

ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES

TOMO XXXVIII  
FASCICULO III



SEP BRE. - DIC BRE.  
MCMLXXXV

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

**ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Alcalá de Henares

Subdirector:

**CARLOS GARCIA VALDES**

Profesor Titular de Derecho penal de la  
Universidad de Alcalá de Henares

*Redactor-Jefe:*

**ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR G.\***

Profesor Titular de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Madrid

*Secretario:*

**LUIS FELIPE RUIZ ANTON**

Profesor Titular de Derecho penal de la  
Universidad Complutense de Madrid

*Consejo de Redacción:*

**MIGUEL BAJO FERNANDEZ**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Madrid

**ANTONIO BERISTAIN IPINA**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de San Sebastián

**JAVIER BOIX REIG**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Alicante

**JUAN BUSTOS RAMIREZ**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Barcelona

**BERNARDO FR. CASTRO PEREZ**

Magistrado de la Sala 2.\* del Tribunal  
Supremo

**JOSE CEREZO MIR**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Zaragoza

**MANUEL COBO DEL ROSAL**

Catedrático de Derecho penal y Director del  
Instituto de Criminología de la Universidad  
Complutense de Madrid

**CANDIDO CONDE-PUMPIDO**

FERREIRO

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

**JUAN CORDOBA RODA**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Barcelona

**FERNANDO DIAZ PALOS**

Presidente de la Sala 2.\* del Tribunal  
Supremo

**AGUSTIN FERNANDEZ ALBOR**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Santiago de Compostela

**MANUEL GARCIA MIGUEL**

Magistrado de la Sala 2.\* del Tribunal  
Supremo

**GERARDO LANDROVE DIAZ**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Murcia

**DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de León

**ADOLFO DE MIGUEL GARCIA-LOPEZ**

Ex Presidente de la Sala 2.\* del Tribunal  
Supremo

**SANTIAGO MIR PUIG**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Barcelona

**FRANCISCO MUÑOZ CONDE**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Cádiz

**HORACIO OLIVA GARCIA**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Complutense de Madrid

**GONZALO QUINTERO OLIVARES**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Barcelona

**GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Autónoma de Madrid

**JOSE ANTONIO SAINZ CANTERO**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Granada

**JOSE MARIA STAMPA BRAUN**

Catedrático de Derecho penal de la Universidad  
Nacional de Educación a Distancia

**RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Oviedo

**ANGEL TORIO LOPEZ**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Valladolid

**TOMAS SALVADOR VIVES ANTON**

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Alicante

## **ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES**

**Editado por: INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS  
Duque de Medinaceli, 6 y 8.—28014 Madrid.**

**Periodicidad: CUATRIMESTRAL.**

**Precio de suscripción: España, 3.700 ptas. Extranjero, 4.100 ptas.**

**Precio del fascículo suelto: España, 1.500 ptas. Extranjero, 1.900 ptas.**

**Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.**

**Ultimo fascículo aparecido: Mayo-Agosto 1985.**

---

**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.**

### **CORRESPONDENCIA**

**Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, separatas, etc., dirigirla al Servicio de Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Duque de Medinaceli, núm. 6, teléfono 429 93 12. 28014-Madrid.**

**La relativa a Dirección y Colaboraciones, al Secretario del ANUARIO, Duque de Medinaceli. núm. 6. 28014-MADRID.**

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

S E R I E 1

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 3

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

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



MINISTERIO DE JUSTICIA  
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

ANUARIO  
DE DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES

TOMO XXXVIII  
FASCICULO III



SEPTIEMBRE-DICIEMBRE  
MCMLXXXV

---

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

---

I.S.S.N. 0210-3001  
Depósito Legal, M. 126.—1958

## SECCION DOCTRINAL

# Problemas del intrusismo en el Derecho Penal

DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de León

*A Francisco Muñoz Conde y  
a Santiago Mir Puig*

### I

La revisión del CP efectuada en 1963 en virtud del mandato de la Ley de Bases de 23-12-1961 convirtió en delito de intrusismo, y concretamente en el tipo básico del artículo 321 CP, el simple ejercicio de actos de una profesión que requiera titulación por un no titulado, conducta que hasta entonces constituía meramente una falta del artículo 572. Con ello, el atribuirse además públicamente la cualidad de profesional, único comportamiento que hasta la reforma de 1963 se consideraba delito (1), pasa a convertirse en un tipo agravado de usurpación de calidad en el párrafo 2.º del artículo 321. Correlativamente, y en la misma línea de ampliación de las tipicidades penales, se definen en la redacción del artículo 572 a partir de 1963 dos nuevas faltas: el ejercicio de actos de otra profesión reglamentada sin poseer la habilitación o capacitación correspondiente, y el ejercicio de una profesión sin la preceptiva inscripción en el respectivo colegio o asociación.

Estas modificaciones, que suponen una muy considerable ampliación de la protección penal de ciertas profesiones frente a la ingerencia de profanos, plantean, en primer lugar, el problema de una correcta delimitación del bien jurídico o bienes jurídicos protegidos, como cuestión previa para la correcta interpretación de los tipos; y, en segundo lugar, precisamente en la interpretación de los tipos concretos se plantean dudas en cuanto a la delimitación del tipo básico del delito frente a la conducta constitutiva de simple falta.

---

(1) La redacción del art. 321 antes de la revisión de 1963, aunque no idéntica, coincidía sustancialmente con la del actual tipo agravado del art. 321, 2.º. El antiguo art. 321 disponía: «El que atribuyéndose la cualidad de profesor ejerciere públicamente actos propios de una Facultad que no se puedan ejercer sin título oficial, incurrirá en la pena de prisión menor».

## II

El artículo 321 CP está encuadrado en el Título III del Libro II, «De las falsedades», y concretamente dentro del Cap. VII: «De la usurpación de funciones y calidad y del uso indebido de nombre, trajes, insignias y condecoraciones». E igual ubicación mantienen los Proyectos de nuevo Código penal (2). Dada esa ubicación, la primera cuestión que se plantea es si el bien jurídico o, al menos, uno de los bienes jurídicos afectados por el delito de intrusismo es el bien propio de las diversas modalidades de las falsedades.

Cuando la anterior redacción del artículo 321 en el CP 1944 exigía la atribución falsa de la cualidad de profesor junto con el ejercicio público de actos de una profesión que requiriera título facultativo, del mismo modo que los correspondientes preceptos de los Códigos de 1848, 1870 ó 1932, que también requerían dicha atribución o ficción de calidad (3), no cabía la menor duda de que se estaba castigando un atentado a la fe pública en una materia especialmente relevante para el funcionamiento social, como es la de la correcta identificación y delimitación de los profesionales facultativos. Por ello la doctrina y la jurisprudencia coincidían en señalar la fe pública como bien jurídico protegido en este delito, en concordancia con su ubicación dentro del Título de las falsedades (4).

(2) El Cap. VII del Título dedicado a las falsedades, tanto en el Proyecto de 1980 (Libro II, Tít. IX, bajo la rúbrica: «Delitos contra la fe pública») como en el Anteproyecto de 1983 (Tít. XV, con la misma rúbrica —«De las falsedades»— que en el CP actual), se denomina: «De la usurpación de funciones, del intrusismo profesional y del uso indebido de trajes, insignias y condecoraciones», en donde la especial denominación de «intrusismo profesional» parece corresponder a la actual «usurpación de calidad».

(3) La redacción originaria del art. 321 CP 1944 rezaba: «El que atribuyéndose la cualidad de profesor ejerciere públicamente actos propios de una Facultad que no se puedan ejercer sin título oficial, incurrirá en la pena de prisión menor». Muy similar, aunque con una pena ligeramente inferior, era la tipificación de los arts 343 CP 1870 y 326 CP 1932. Algo diferente, aunque también exigía ficción de calidad, era la redacción del art. 251 CP 1848: «El que se fingiere autoridad, empleado público o profesor de una facultad que requiera título, y ejerciere actos propios de la profesión o cargo, será castigado, en el primer caso, con la pena de prisión menor, y en el segundo y tercero con la de prisión correccional». Subrayan también estas coincidencias RODRÍGUEZ MOURULLO, *El delito de intrusismo*, RGLJ 58, 1969, 233; TERUEL, NEJ XIII, 1968, 530.

(4) Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ-RODRÍGUEZ DEVESA, DP, II, 1949, 158 ss.; SÁNCHEZ TEJERINA, DP español, II, PE, 1950, 147 ss.; TERUEL CARRALERO, *Las faltas*, 1956, 159; NEJ XIII, 1968, 531; QUINTANO, *Comentarios al CP*, II, 1946, 167; *Compendio de DP*, II, 1958, 126 s. (falsedades personales o pseudofalsedades, que también recaen sobre la fe pública que ampara la identidad de personas y funciones); sigue manteniendo esa posición en *Curso de DP*, II, 1963, 443 ss.; DEL ROSAL, *Del intrusismo*, ADPCP 1962, 330 s. (añadiendo que, junto al mudamiento de la verdad formal de los títulos, se atenta a la facultad estatal de conferir títulos y se pone en trance de peligro a los pacientes). *Memoria al Gobierno de la Fiscalía del TS*, 1930, 242: «la fe pública, la general confianza» (cit. por VIADA y LÓPEZ PUIGCERVER, *Doctrina penal de la Fiscalía del TS*, 1961, 151 s.; DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión del CP y otras leyes penales*, 1964, 121;

Pero como tras la reforma de 1963 el tipo básico del 321 ya no requiere la atribución pública de la cualidad de profesional —dando lugar su concurrencia al tipo cualificado—, sino sólo el ejercicio sin título de actos de ciertas profesiones, un sector doctrinal importante rechaza que se pueda estimar la fe pública como bien jurídico de este delito y, por consiguiente, su consideración como falsedad (5). E incluso algunos autores añaden que es por ello insostenible hoy la denominación legal de «usurpación de calidad (o funciones)», porque ella no es precisa, debiendo sustituirse tal expresión por la de «intrusismo» (6), y que el delito, en consecuencia, debe desaparecer de su actual ubicación en el Título de las falsedades, para trasladarse a otro Título, que, en opinión de algunos y siguiendo el modelo del artículo 348 del CP italiano, debería ser el de los delitos contra la Administración pública (7).

En cuanto al primer problema, es evidente que, no exigiendo ahora el tipo básico la atribución pública, y ni siquiera privada o restringida, de la calidad de profesional, no hay en dicho tipo un ataque frontal a la fe pública, un intento de mutación directa de la verdad formal en cuanto a la concurrencia o ausencia de una determinada cualificación profesional de notoria importancia para el tráfico jurídico. Ello se da claramente en el tipo cualificado del artículo 321, 2.º, donde se exige la pública atribución de calidad profesional y, por tanto, sí que hay directa, manifiesta y completa usurpación de calidad o, si se prefiere, una plena suplantación o impostura, además de efectos trascen-

---

R. MOURULLO, RGLJ 58 1969, 234 n. 8, y CÓRDOBA, III, 1978, 1053, n. 9). TS 10-2-1961, A 746 (verdad formal, seguridad del tráfico jurídico), 19-12-1962, A 4886 (falsedad personal, buena fe general); ello no obstaba a que el TS reconociera repetidamente el carácter pluriofensivo del delito. Con posterioridad a 1963, reconocen que antes de la reforma era indudable su carácter de falsedad, DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964, 124; R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 233 s.; ALVAREZ, *Del intrusismo*, LL (La Ley) 1983-2, 541 s. En cambio, FERRER, *Comentarios al CP*, III, 1948, 385, aludía exclusivamente al perjuicio para las profesiones y al peligro para la sociedad (si bien en p. 386 reconocía que era indispensable la atribución pública de calidad).

(5) DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964, 124; R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 232 ss.; SALOM, *Las faltas de intrusismo del art. 572 CP*, BIMJ, núm. 1.292, 1982, 4; *El delito de intrusismo profesional*, RJCat 1983, 39; ALVAREZ, LL 1983-2, 542. Implicítamente, en cuanto que consideran que son otros los bienes jurídicos, PUIG PEÑA, DP III, 1969, 310; CÓRDOBA, *Comentarios al CP*, 1978, 1042. Por el contrario, R. DEVESPA, PE 1983, 880, 955, 1161 s. (aunque en p. 952 considera discutible su inclusión en las falsedades) sigue considerando el intrusismo como delito contra la fe pública (críticamente R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 235 n. 9). Alguna posiciones intermedias entienden que los bienes jurídicos protegidos son otros, como los intereses públicos, del Estado, los de las profesiones invadidas, etcétera, pero que el intrusismo comparte con otros delitos el carácter de falsedad personal: cfr. CUELLO, DP II, 1975, 297, 302 n. 2; MUÑOZ CONDE, DP PE, 1983, 489, 492; TS 20-12-1967, A 1968, 142; 26-2-1981, A 785; 23-1-1984, A 394. Similar TS 14-7-1983, A 4179 (bienes jurídicos: «la seguridad jurídica en la falsificación, la protección de determinadas profesiones y de los ciudadanos»).

(6) R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 232 s.; SALOM, RJCat 1983, 38 s.; ALVAREZ, LL 1983-2, 542, 544.

(7) R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 241; SALOM, RJCat 1983, 41; ALVAREZ, LL 1983-2, 544. También TS 6-6-1972, A 3265.

dentes por su publicidad, de modo que se perturba gravemente (además de otros bienes jurídicos, como veremos) la fe pública en la veracidad de la presentación de un sujeto como poseedor de una determinada titulación profesional. No obstante, el simple hecho de ejercer sin titulación actos propios o privativos de una profesión implica una de estas situaciones: o bien que, aunque el sujeto no se la atribuya expresamente, con el ejercicio de la actividad sí está implícitamente dando a entender, o al menos dejando creer, que ostenta la cualidad de profesional (con lo que sí hay una usurpación o atribución indirecta o implícita de calidad); o bien, como mínimo, el ejercicio sin legitimación de actos propios o privativos de una profesión significa, si no atribuirse la condición de profesional, sí arrogarse la capacidad de realizarlos aun sin esa cualificación y, por tanto, negar frente a los demás la propiedad o exclusividad de los mismos respecto de dicha profesión, lo que en efecto puede inducir a error al público y poner en duda el carácter propio o privativo de dichos actos: con ello, de modo siquiera secundario e indirecto, hay un atentado a la fe pública, y, aunque no se trate de una propia usurpación de calidad, sí que hay una usurpación (o atribución indebida) de funciones profesionales. Y no se olvide, por último, que el ejercicio indebido de actos puede ir acompañado de atribución particular o restringida de la calidad de profesional, encajando dicha conducta aún dentro del tipo básico del 321, 1.º —para el que resulta irrelevante que se dé o no dicha atribución no pública de calidad—, pues el tipo cualificado del párrafo 2.º sólo se da si la atribución de calidad es pública.

Por todo lo dicho, y al margen ahora de que se atente contra otros bienes jurídicos, en el delito de intrusismo se ve afectada la fe pública: en el subtipo agravado del artículo 321, 2.º de modo directo y relevante, y en el tipo básico del 321, 1.º, o bien de un modo directo pero menos trascendente con la atribución privada de calidad, o bien de modo indirecto con la arrogación implícita de calidad o, al menos, con la usurpación de funciones. De modo que no es cierto que sea insostenible la terminología legal de «usurpación de funciones o calidad». De hecho, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, que han acogido la expresión «intrusismo» para designar el delito (8), sigue admitiendo como sinónima la voz «usurpación de calidad o funciones»(9). Quizá

(8) Así, p. ej., entre otros muchos, QUINTANO, *Comentarios*, II, 1946, 168; *Compendio*, II, 1958, 128; *Curso*, II, 1963, 450; FERRER, III, 1948, 385; R. MUÑOZ/R. DEVEZA, PE, 1949, 160; TERUEL, *Las faltas*, 1956, 159; NEJ XIII, 1968, 529 ss.; DEL ROSAL, ADPCP, 1962, 329 ss.; DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964, 118 ss.; PUIG PEÑA, III, 1969, 309; R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 321 ss.; CUELLO, PE, 1975, 302; SALOM, BIMJ, núm. 1.292, 1982, 3 ss.; RJCat 1983, 37 ss.; ALVAREZ, LL 1983-2, 541 ss.; MUÑOZ CONDE, PE, 1983, 492 ss.; R. DEVEZA, PE, 1983, 955. TS 1-12-1917, JC 99, 117; 14-2-1959, A 385; 26-5-1965, A 2543; 20-12-1967, A 1968, 142; 30-5-1973, A 2476; 26-2-1981, A 785; 28-9-1982, A 4981; 28-2-1983, A 1737; 23-1-1984, A 394; 27-9-1984, A 4291.

(9) Así la doctrina (salvo R. MOURULLO, SALOM y ALVAREZ) y jurisprudencia citadas en nota 8; también CÓRDOBA, III, 1978, 1041, 1043 habla de usurpación de calidad o de profesión (pese a coincidir en p. 1042 con R. MOURULLO en

el término intrusismo, hoy ya admitido por la Academia, y que significa «ejercicio de actividades profesionales por persona no autorizada legalmente para ello» (10), sea más exacto para designar las modalidades delictivas, pues es comprensivo de ambas, ya que indica la invasión, intromisión o injerencia en una esfera o ámbito ajeno, tanto si el sujeto además se atribuye o finge la calidad correspondiente como si no. Por eso el P 1980 (Tít. IX, Cap. VII) y el AP 1983 (Tít. XV, Cap. VII) han preferido la expresión intrusismo a la de usurpación de calidad. Pero lo cierto es que también se puede emplear el término usurpación de funciones o actividad profesional en el mismo sentido amplio de intrusismo. Primero porque, por extensión, es posible hablar de usurpación para referirse al uso, utilización o ejercicio indebido y sin legitimación de algo, prescindiendo de la nota de arrogación o atribución de su titularidad; así, p. ej., Muñoz Conde (11) utiliza como sinónimos usurpación o uso indebido cuando dice que el denominador común de las conductas del actual Cap. VII del Tít. III consiste en «que se realicen determinadas conductas de atribución, usurpación o ejercicio indebido de actividades o calidades para cuyo ejercicio se requieren determinados requisitos legales». Pero en segundo lugar, incluso si se utiliza «usurpación» en la acepción estricta que recoge el Diccionario de la Academia de la Lengua, que requiere no sólo el uso indebido de una cosa, derecho, actividad, etc., sino también arrogarse o atribuirse la titularidad o facultad de disposición sobre la misma (12), es posible hablar de usurpación en el caso de intrusismo: ciertamente que no de «usurpación de calidad», que sólo se requiere en el tipo cualificado del artículo 321, 2.<sup>o</sup> —aunque, como hemos visto, también puede darse implícitamente o incluso explícita, pero no públicamente en el tipo básico—, pero sí de usurpación de funciones; pues dicho término puede aludir a la usurpación de funciones públicas del artículo 320, pero también a la de funciones profesionales: en tal caso el sujeto que sin titulación ejerce actos propios

considerar únicamente como bien jurídico a la potestad de la Administración de expedir títulos). La posibilidad de una usurpación de funciones mediante arrogación implícita de la cualificación o condiciones necesarias la recoge el art. 400 («Usurpación de funciones») del CP portugués de 1982, cuando en su ap. 2 castiga al que «ejerza profesión, para la cual la ley exige título o cumplimiento de ciertas condiciones, arrogándose, expresa o tácitamente, poseerlo o cumplirlas...».

(10) La voz «intrusismo» fue introducida en la 19.<sup>a</sup> ed. (de 1970) del Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia. Hasta la 18.<sup>a</sup> ed. sólo incluía, aparte de «intruso», la voz «intrusión» (que significa «acción de introducirse sin derecho en una dignidad, jurisdicción, oficio, propiedad, etc.»), aunque, como informa DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964, 118 ss., la edición manual del Diccionario sí incluía «intrusismo» precedido de un corchete, indicador de que aún no estaba incluido en el léxico oficial, como término equivalente a «intrusión». TERUEL, NEJ XIII, 1968, 529, recoge otras definiciones de «intrusión» de los Diccionarios de Echegaray, Domínguez y Casares.

(11) PE, 1983, 489.

(12) Usurpación, según el Diccionario, es la acción y efecto de usurpar. Y «usurpar» es: «1. Quitar a uno lo que es suyo, o quedarse con ello, generalmente con violencia. Extiéndese también a las cosas no materiales. 2. Arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro y usar de ellos como si fueran propios».

de una profesión, se está arrogando, en efecto (como hemos visto antes), la capacidad y facultad de ejercerlos como si no fueran exclusivos o propios de la profesión en cuestión. Así pues, y en conclusión, es posible mantener la doble expresión legal actual de «usurpación de funciones o calidad» para designar las diversas modalidades de intrusismo.

En cuanto a su ubicación o no en el Título de las falsoedades o en otro distinto, la cuestión, dejando ahora al margen si la alternativa concreta debería ser el de un Título de delitos contra la Administración pública u otra, es si realmente, dados los bienes jurídicos en juego, hay otro tipo de delitos entre los que el intrusismo encaje mejor que entre las falsoedades personales y otras usurpaciones. A este respecto, la mayoría de la doctrina, quizás influida por el dato de que esa ha sido su ubicación legal inalterada en nuestros Códigos desde el de 1848 (13), no discute su inclusión dentro de las falsoedades (14). Y aún más expresamente dice Muñoz Conde (15) que «los dos últimos capítulos del Título III (el Capítulo VI y el Capítulo VIII) contienen una serie de delitos cuyo encuadre sistemático dentro de las falsoedades sólo se justifica por la imprecisión y vaguedad del bien jurídico protegido en este Título y por no existir otro que se ajuste mejor a su naturaleza».

Pues bien, por lo que se refiere al intrusismo, no sería exacto afirmar que no existen posibles Títulos donde encuadrarlo con igual fundamento (o incluso mejor) que en el de las falsoedades. De hecho otros Códigos extranjeros han escogido, de entre las rúbricas en ellos disponibles, otras para la ubicación del intrusismo: así, en el StGB alemán el § 132 a —ampliado en 1974 para acoger la usurpación de calidad, títulos o trajes de ciertas profesiones— se introdujo entre los «delitos contra el orden público» (Tít. 7.º de la PE (16), en el CP

(13) La excepción la constituye el CP 1822, en el que se incluían entre los delitos contra la salud pública diversas modalidades de intrusismo, pero sólo en relación con la medicina, cirugía o farmacia (arts. 363 ss.): cfr. R. MOURULLO, RGLJ, 58 1969, 238; SALOM, RJCat 1983, 38.

(14) Cfr. con posterioridad a la reforma de 1963, QUINTANO, *Curso II*, 1963, 443 ss.; TERUEL, NEJ, XIII, 1968, 531 (sigue afirmando que su colocación entre las falsoedades es indicadora de su naturaleza, aunque luego reconoce que la reforma ha suprimido la exigencia de autoatribución de calidad); CUELLO, II, 1975, 297 ss.; MUÑOZ CONDE, PE, 1983, 489 ss.; R. DEVESA, PE, 1983, 880, 955 (aunque en p. 952 estima discutible si en vez de su inclusión entre las falsoedades, no sería mejor entre los delitos contra el orden público o contra la Administración; en cambio, en pp. 1161 s., incluye las faltas de intrusismo entre las «faltas contra la fe pública», a pesar de que el CP las ubique entre las «faltas contra el orden público»). Tampoco discuten su inclusión entre las falsoedades a pesar de considerar como bienes jurídicos afectados otros distintos a la fe pública, PURG PEÑA, III, 1969, 306 ss.; CÓRDOBA, III, 1978, 1041 ss.

(15) PE 1983, 489 (subrayado añadido).

(16) El § 132 a fue introducido por la Ley modificadora del StGB de 28-6-1935, experimentando después algunos cambios de redacción, el último de los cuales se operó por el art. 19, 51 de la EGStGB (Ley de introducción al StGB) de 2-3-1974, modificando el círculo de profesiones protegidas en el precepto (se suprimió la mención al uso ilegítimo de trajes y uniformes de enfermería y se

portugués de 1982 se recoge en el artículo 400 junto con la usurpación de funciones públicas en el Tít. V del Libro II: «De los delitos contra el Estado», y en el CP italiano el precepto correspondiente, art. 348 Código penal: «ejercicio abusivo de una profesión», está incluido en el Cap. II del Tít. II del Libro II, «De los delitos de los particulares contra la Administración pública». Esta última solución no me parece correcta, pues, como veremos, considero que el principal bien jurídico afectado no corresponde a la Administración o al Estado, sino a la sociedad. Pero como es indudable que los intereses sociales, aparte de los legítimos de las profesiones, en la cualificación y preparación exigibles para el desempeño de ciertas profesiones relevantes juegan un papel fundamental en la punición del intrusismo, podría defenderse la ubicación del delito entre los delitos contra intereses sociales: concretamente, p. ej., entre los delitos contra el orden público (del mismo modo que, aunque no muy exacta la rúbrica, la de «faltas contra el orden público» incluye las faltas de intrusismo del artículo 572) (17), o entre los delitos de riesgo en general. Sin embargo, aunque es defendible la inclusión en estos otros grupos de delitos por ser de más peso en el tipo básico del intrusismo los citados bienes jurídicos comunitarios que el bien jurídico de la fe pública, en cambio, en el tipo cualificado por la atribución pública de la cualidad profesional aumenta considerablemente la importancia del ataque a la fe pública, por lo que entonces lo que podría parecer discutible sería la ubicación del tipo cualificado fuera del Título de las falsedades; y desde luego, la mejor solución no sería una separación en distintos Títulos de los tipos básicos y cualificado. Por otra parte, no hay que perder de vista el parentesco morfológico entre la usurpación de calidad o, al menos, de funciones profesionales en que consiste el intrusismo, y otras usurpa-

incluyó la actual mención a otros profesionales: cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969, 513; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar StGB*, II, 1985, § 132 a, 1). Este, por lo demás, no castiga el ejercicio profesional ilegítimo, sino el uso ilegítimo de la cualidad (o denominación) de profesional, o sus títulos, trajes o distintivos, concretamente de las de médico, odontólogo, veterinario, farmacéutico, abogado, auditor, censor jurado de cuentas, asesor fiscal o apoderado fiscal. Pero, con independencia de que se haya incluido ahora en el propio Código penal la protección expresa de esas profesiones, dicha protección penal ya existía antes de 1974 en la legislación penal especial alemana en diversas figuras de «delitos menos graves» («Vergehen»); cfr. PREISERDANZ, *StGB*, 1978, 132 a 1. Correspondía, por tanto, a un momento anterior la información de QUINTANO, *Comentarios*, II, 1946, 168 (también recogida por R. MOURULLO, *RGLJ* 58, 1969, 240 nota 21) según la cual el intrusismo era impune en Alemania «donde dicha modalidad («Kurpfuscherei») sólo se sanciona penalmente en el tratamiento ilegal de ciertas enfermedades de trascendencia social, como las venéreas (Ley 18 de febrero de 1927), por ser la libertad profesional un derecho consagrado en el art. 56 de la *Reichsgewerbeordnung*».

(17) Niegan que el orden público sea el bien jurídico afectado en las faltas del 572, QUINTANO, *Comentarios*, 1966, 1080; SALOM, *BIMJ*, núm. 1.292, 1982, 4. Consideran inexacta la mención del orden público, que si acaso habrá que entender en sentido lato, SÁNCHEZ TEJERINA, *CP anotado*, 1948, 653; DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964, 124, n. 1; R. MOURULLO, *RGLJ* 58, 1969, 282 s., n. 91. Defienden la consideración del orden público como bien jurídico: TS 7-12-1966, A 5534; 26-3-1977, A 1305.

ciones de títulos, grados, trajes, insignias, funciones públicas, etc., que como falsedades personales seguirían incluidas en el Título de las falsedades. Y por último, como quiera que la fe pública y la seguridad del tráfico jurídico, aunque no sea el más importante de los bienes jurídicos afectados por el intrusismo, al fin y al cabo siempre se ve —en mayor o menor medida, directa o implícitamente— afectado por la usurpación de calidad o de funciones inherente al delito, y como, en cambio, los otros posibles Títulos en que podría pensarse para su inclusión (orden público, intereses generales, riesgo en general) tampoco expresarían de modo muy exacto el bien jurídico o bienes jurídicos afectados, me parece que tanto podría defenderse ese cambio de ubicación sistemática del delito de intrusismo, como su permanencia en el Título de las falsedades. Por ello no es en absoluto criticable que el P 1980 y el AP 1983, pese a haber cambiado expresamente la denominación del delito: de «usurpación de calidad y funciones» a la de «intrusismo», hayan mantenido inalterada su colocación, junto con las demás usurpaciones, en el Título de «delitos contra la fe pública» P 1980 o «de las falsedades» (AP 1983).

Aparte de la fe pública en la calidad de profesional o en la peculiaridad de sus funciones que, como hemos visto se ve afectada por el intrusismo, ¿qué otros bienes jurídicos están en juego en este delito? Es frecuente aludir —o, al menos, discutirlo— al carácter pluriofensivo del delito, sosteniendo parte de la doctrina y de la jurisprudencia la existencia de una pluralidad de bienes jurídicos (18). Entre nosotros ha tenido bastante repercusión el planteamiento de la cuestión formulado por Rodríguez Mourullo (19) (aunque él personalmente defiende que sólo hay un bien jurídico) en estos términos: «la investigación del bien jurídico debe centrarse en el tríptico de intereses que... pueden verse afectados por la conducta típica que describe el artículo 321: El privado de los particulares que reciben la prestación; el también privado de los respectivos grupos profesionales de titulados, y el público de que se respete la exclusiva potestad estatal de expedir títulos que capacitan para el ejercicio de determinadas profesiones» (20). Sin em-

(18) Así FERRER, III, 1948, 385; DEL ROSAL, ADPCP 1962, 330 s.; DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964, 119 s.; PUIG PEÑA, III, 1969, 310; CUENLO, PE, 1975, 302; SALOM, BIMJ, núm. 1.292, 1982, 4 s.; RJC 1983, 40 s.; MUÑOZ CONDE, PE, 1983, 489, 492 s. TS 27-3-1926, JC 113, 129; 7-11-1957, A 2950; 26-5-1965, A 2543; 2-7-1966, A 3543; 20-12-1967, A 1968, 142; 1-12-1970, A 5036; 5-5-1977, A 2187; 22-4-1980, A 1468; 26-2-1981, A 785; 14-7-1983, A 4179; 23-1-1984, A 394. En Alemania, donde el § 132 a StGB castiga la usurpación de calidad, denominación, título o traje de ciertas profesiones, también algunos autores consideran que hay más de un bien jurídico: concretamente los intereses de la colectividad frente a estafadores y la confianza de la población en la autenticidad de ciertos profesionales especialmente importantes como presupuesto de su capacidad funcional: así RUDOLPHI, SK StGB, II, 1982, § 132 a, 2; v. BÜBNOFF, LK StGB, 10.<sup>a</sup> ed (fasc. 9: 1978), § 132 a, 2 (en contra: MAURACH/SCHROEDER, BT 2, 1981, 207; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, StGB, 1982, § 132a, 3).

(19) RGLJ 58, 1969, 235 s.

(20) Acogen este planteamiento, CÓRDOBA, III, 1978, 1041, s.; ALVAREZ, LL, 1983-2, 542 ss.; MUÑOZ CONDE, PE, 1985, 492 s.; SALOM, RJC 1983, 40 ss. De modo muy similar, TS 6-6-1972, A 3265; 30-5-1973, A 2476; 23-11-1976, A 4875.

bargo, aparte de si es exacto o no calificar de privados los intereses de los grupos profesionales y de los recipientes de la actividad profesional, este planteamiento es algo incompleto, pues deja fuera de la discusión otros intereses —o enfoques de los mismos—, que otras opiniones ponen de relieve: el interés social en la capacitación de quienes ejercen ciertos actos profesionales, para evitar el peligro en general en caso de falta de garantías (21), los intereses no sólo económicos, sino de prestigio de los profesionales titulados (22), el interés público en que se cumplan las habilitaciones y formalidades legales, que son una teórica garantía jurídicamente insustituible (23), o, por último, la potestad estatal, *no para expedir* con exclusividad títulos (como formulaba R. Mourullo), sino para *exigir* la posesión de tales títulos para ejercer ciertas actividades profesionales: así lo expresan correctamente una serie de sentencias (24), de las que cabe destacar la formulación de la STS 6-6-1972, A 3265: «protege el interés público en su potestad, exclusiva, de que las profesiones más importantes se desempeñen por las personas tituladas con la indispensable aptitud y capacidad, poseyendo la garantía formal de los títulos que los amparan respectivamente y que corresponde a aquél expedir, tutelar y vigilar en su desarrollo para que sólo los sujetos que los posean puedan con exclusividad actuar» (25).

(21) Cfr. FERRER, III, 1948, 385; DEL ROSAL, ADPCP 1962, 331; DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964, 119; PUIG PEÑA, III, 1969, 310; CUENLO, PE, 1975, 302, n. 2. TS 27-3-1926, JC 113, 129; 7-11-1957, A 2950; 26-5-1965, A 2543; 2-7-1966, A 3543; 7-12-1966, A 5534; 20-12-1967, A 1968, 142 (especialmente en matices); 1-12-1970, A 5036; 2-3-1974, A 1194; 28-5-1975, A 2343; 26-3-1977, A 1305; 5-5-1977, A 2187; 22-4-1980, A 1468; 26-2-1981, A 785; 14-7-1983, A 4179; 23-1-1984, A 394; 19-11-1984, A 5502. También la doctrina y jurisprudencia alemanas dominantes consideran que en el § 132 a se trata de la *protección de la colectividad* ante el peligro (que, se suele añadir, es el de caer en manos de impostores o estafadores, dado que el § 132 a castiga la usurpación de denominación o título profesional): cfr. v. BUBNOFF, LK, 10.<sup>a</sup> ed., 1978, § 132 a, 2; RUDOLPHI, SK, II, 1982, § 132 a, 2; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, StGB, 1982, § 132 a, 3; LACKNER, StGB, 1983, § 132 a, 1; WESSELS, BT 1, 1984, 120; DREHER/TRÖNDLE, StGB, 1985, § 132 a, 3; BGH GA 1966, 279; BGHSt. 31, 61; BayOLG NJW, 79, 2359. En cambio, dada la redacción legal, SCHMIDHÄUSER, BT, 1983, 176, pone más el énfasis en la seguridad del tráfico jurídico y la confianza social. En cualquier caso, se suele destacar (así SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, SCHMIDHÄUSER) que se trata de la protección de la sociedad y no del Estado, dado que se castiga también el uso ilegítimo de títulos extranjeros. Este último argumento es admitido incluso (como excepción) por MAURACH/SCHRÖDER, BT 2, 1981, 207, que consideran que se trata de la competencia del Estado para impartir denominaciones profesionales.

(22) DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964, 120; SALOM, RJC 1983, 40.

(23) QUINTANO, *Compendio*, II, 1958, 129 *Curso*, II, 1963, 451; similar DÍAZ VALCÁRCEL op. cit., 119 s. De modo más general habla de prescripciones reglamentarias que exigen mayores requisitos y nivel para ejercer las profesiones liberales TERUEL NEJ XIII 1968 531. Cfr. también TS 20-12-1967, A 1968, 142; 22-4-1980, A 1468.

(24) Cfr. TS 20-12-1967, A 1968, 142; 6-6-1972, A 3265; 30-5-1973, A 2476.

(25) La sentencia añade por ello: «sin la ilícita y peligrosa concurrencia de los que carezcan de ellos» (que ya alude al aspecto de los intereses de los grupos profesionales).

Frente a esta posible pluralidad de bienes jurídicos, un sector de nuestra doctrina, iniciado por R. Mourullo, y tomando como ejemplo el modelo de CP italiano, que incluye su artículo 348 entre los delitos contra la Administración pública (26), considera que sólo hay un bien jurídico afectado, consistente en la potestad exclusiva del Estado de expedir los títulos capacitadores de determinadas profesiones, y, como consecuencia, considera que el único sujeto pasivo del delito es el Estado, la Administración pública (27), y no la sociedad, las profesiones o los particulares.

Ahora que ya tenemos una panorámica general sobre las diversas posibilidades de entender el bien o bienes jurídicos, podemos examinar las razones a favor o en contra de unas y otras posiciones.

En primer lugar aparece la posibilidad de que el bien jurídico lo constituyan los intereses del *cliente* o *clientes* del intruso, de tal modo que éstos serían sujeto pasivo del delito. Esto puede entenderse en un doble sentido: que el bien jurídico y el sujeto pasivo correspondan a los intereses, efectivamente lesionados, del cliente concreto que haya recibido los servicios del intruso (28); o que se trate de proteger en general a todos los potenciales clientes del intruso, es decir, a la sociedad o colectividad frente a la falta de capacitación y peligros que de la misma se podrían derivar (29), con lo que el tipo se configuraría

(26) R. MOURULLO, RGLJ, 58, 1969, 241, invoca el modelo del art. 348 CP italiano, y en n. 24, p. 241, cita a MANZINI, *Trattato di DP italiano*, V, 4.<sup>a</sup> ed. 1962 (a cargo de NUVOLONE), 567, s., que considera objeto de protección «la potestad exclusiva del Estado para habilitar a los particulares para el ejercicio de determinadas profesiones». También el reciente CP portugués de 1982, pese a contener en su Libro II (PE) un Tít. III sobre «delitos contra los valores e intereses de la vida en sociedad», incluye el intrusismo junto con la usurpación de otras funciones públicas en el art. 400 (Secc. IV del Cap. II, Tít. V del Libro II, denominada: «De la usurpación de funciones») dentro del Tít. V dedicado a «los delitos contra el Estado», rezando el Cap. II: «De los delitos contra la autoridad pública». Cfr. *Nova legislaçao penal*. Códigos Coimbra Editora, 1, 4.<sup>a</sup> ed. 1983, 106 ss., 158, 174, 179.

(27) R. MOURULLO, RGLJ, 58, 1969, 235-243; CÓRDOBA, III, 1978, 1072; ALVAREZ, LL 1983-2, 544. Menos claro en: SALOM, RJCat 1983, 40 s.: siempre es bien jurídico afectado la potestad estatal de expedir títulos, pero también pueden serlo los intereses de los particulares o de las corporaciones profesionales; igual MUÑOZ CONDE, PE, 1983, 429 s. (En BIMJ, núm. 1.292, 1982, 4 s., SALOM considera siempre bienes jurídicos tutelados en la falta de intrusismo del art. 572, los intereses de las corporaciones profesionales, los de las reglamentaciones estatales, y a veces los de los clientes). Aunque hablan de la potestad estatal, no de expedir títulos, sino de exigirlos para el ejercicio profesional, también la consideran como único bien jurídico las STS 6-6-1972, A 3265 (añade que, por ello, «el sujeto pasivo de esta figura es el Estado mismo, por ser un delito contra la Administración pública»); 30-5-1973, A 2476 (ídem); 20-11-1975, A 4491; 23-11-1976, A 4875 (ídem).

(28) Así DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964, 119 (aunque en 119 s. añade una serie de objeciones para indicar «que no es ésta la única razón para tipificar el delito de intrusismo»); TS 22-10-1965, A 4344; 28-5-1975, A 2343. SALOM, BIMJ, núm. 1.292, 1982, 4.; RJCat 1983, 40 s., y MUÑOZ CONDE, PE, 1983, 492 s., estiman que éste puede ser *a veces* bien jurídico afectado.

(29) Así FERRER, III, 1948 385; DEL ROSAL, ADPCP 1962, 331; DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964, 119-121; PUIG PEÑA, 1969, 319; CUELLO, PE, 1975,

como delito de peligro (30) (abstracto). Frecuentemente no se distingue ese doble sentido, sino que se examinan indistinta e indiferenciadamente los intereses de los concretos y efectivos clientes del no profesional y los de la generalidad de potenciales clientes (31). Sin embargo, hay que distinguir, pues ni la caracterización del delito (como de lesión o de peligro concreto, o de peligro abstracto, contra las personas o contra la comunidad) sería la misma, ni pueden ser comunes las alegaciones u objeciones, respecto de cada posibilidad.

En efecto, frente a la posibilidad de que el bien jurídico sean los intereses del efectivo receptor de los servicios del intruso, se ha objetado con razón que el delito se produce aunque no resulten perjudicados, sino incluso beneficiados los intereses del cliente del intruso (32). Si como consecuencia de la actividad del intruso se le causara un mal, lesión o daño al cliente, se aplicaría un concurso de delitos entre el intrusismo y el delito de resultado lesivo (33) (doloso o imprudente, de homicidio, lesiones, daños, estafa, etc.). Pero es más, se añade, en

302, nota 2; TS 27-3-1926, JC 113, 129; 7-11-1957, A 2950; 2-7-1966, A 3543; 7-12-1966, A 5534; 20-12-1967, A 1968, 142; 2-3-1974, A 1194; 26-3-1977, A 1305; 5-5-1977, A 2187; 22-4-1980, A 1468; 26-2-1981, A 785; 14-7-1983, A 4179; 23-1-1984, A 394. También la doctrina alemana (cit. en nota 21) que considera que se trata de la protección de la colectividad.

(30) TS 19-11-1984, A 5502.

(31) Cfr. DEL ROSAL y DÍAZ VALCÁRCEL, cits. en nota 29. También consideran únicamente el interés privado de los clientes particulares, para rechazar que sea bien jurídico, pero con argumentos que son asimismo aplicables a todos los potenciales receptores de servicios, es decir, a los intereses de la comunidad, R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 235-238 (aunque en 241, n. 24, se ocupa separadamente de los intereses generales de la sociedad, también para rechazar que sean bien jurídico); CÓRDOBA, III, 1978, 1042; ALVAREZ, LL 1983-2, 543; SALOM, RJCat 1983, 40 s.

(32) DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964, 120 (pone el ej. de quien sin ser farmacéutico vende un específico recetado por un médico al comprador); SALOM, BIMJ, núm. 1.292, 1982, 4; RJCat 1983, 40 (cliente beneficiado por los servicios de un intruso que, sin embargo, es experto). También destacan que el delito no requiere la producción de un mal o resultado material lesivo, QUINTANO, *Comentarios*, II, 1946, 168; *Compendio*, II, 1958, 128; *Curso*, II, 1963, 450; TS 6-6-1972, A 3265; 26-2-1981, A 785; 19-10-1983, A 4764; 23-1-1984, A 394; 19-11-1984, A 5502.

(33) QUINTANO, *Comentarios*, II, 1946, 168; *Compendio*, II, 1958, 128 s.; *Curso*, II, 1963, 450; R. MUÑOZ/R. DE VESA, PE 1949, 160 (con estafa); DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964, 128 (con estafa); TERUEL, NEJ XIII, 1968, 531; R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 242, 277 ss.; CÓRDOBA, III, 1978, 1058 ss.; MUÑOZ CONDE, PE, 1983, 494 (estafa); R. DE VESA, PE, 1983, 956; SALOM, RJCat 1983, 71 ss. En cambio, TERUEL, *Las faltas*, 1956, 160, considera que si a consecuencia de una *falta* de intrusismo se produce un mal constitutivo de delito, éste subsume a la falta. En el caso de la estafa, la jurisprudencia se ha negado frecuentemente a admitir concurso con la misma, argumentando que la percepción de honorarios es inherente al intrusismo; así TS 24-3-1953, A 492; 7-11-1957, A 2950; 14-2-1959, A 385; 20-12-1967, A 1968, 142; 30-5-1973, A 2476. Cfr. críticamente (y con diversas exigencias para admitir el concurso con estafa), R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 279-281; CÓRDOBA III 1978, 1059 s.; SALOM, RJCat 1983, 73 s. En contra de la jurisprudencia cit., TS 24-3-1961, A 1283 (concurso real intrusismo-estafa); 4-2-1969, A 722; 1-12-1970, A 5036: la percepción de honorarios no es inherente al delito.

el artículo 321 no se castiga la impericia en sí (34), pues no se exige un peligro concreto para los bienes del receptor del servicio (35). Así, por ejemplo —se afirma— comete el delito si ejerce actos profesionales, pese a sus conocimientos y pericia material, el profesor o titulado de una prestigiosa universidad extranjera, cuyo título o diploma no haya sido reconocido o convalidado (36), o quien, teniendo terminada la carrera, no ha obtenido el título (37). Aunque estos ejemplos con-

(34) QUINTANO, *Compendio*, II, 1958, 129; *Curso*, II, 1963, 451; DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964, 120 (a este argumento añade el de que existe la falta en el 572 CP de no colegiación, «mero trámite administrativo que no influye, ni presuntivamente, sobre la capacidad profesional del que lo incumple»; pero este argumento no es válido para el delito del art. 321); R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 237; CÓRDOBA, III, 1978, 1042; SALOM, BIMJ, núm. 1.292, 1982, 4; RJCAt 1983, 40; ALVAREZ, LL 1983-2, 543. TS 10-2-1961, A 746; 27-1-1975, A 227; 5-3-1976, A 980, 22-4-1980, A 1468.

(35) DEL ROSAL, ADPCP 1962, 332; R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 238; ALVAREZ, LL 1983-2, 543; TS 27-1-1975, A 227; 5-3-1976, A 980. Así también la jurisprudencia que, frente a la que habla de delito de peligro, considera al intrusismo delito formal o de mera actividad: p. ej., TS 6-6-1972, A 3265; 30-5-1973, A 2476; 26-2-1981, A 785; 19-10-1983, A 4764; 23-1-1984, A 394.

(36) Argumento de: DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964, 120; R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 237; ALVAREZ, LL 1983-2, 543. Igual, aunque sin argumentar con ello en relación con el bien jurídico, FERRER, III, 1948, 386; R. MUÑOZ/ R. DEVEZA, PE, 1949, 160; TERUEL, NEJ XIII, 1968, 532; PUIG PEÑA, III 1969, 311; CUENLL, PE, 1975, 309; CÓRDOBA III, 1978, 1054; SALOM, RJCAt 1983, 48; TS 20-11-1975, A 4491; 23-1-1984, A 394. En contra (cierto que antes de la reforma de 1963, que vino a aclarar que el título ha de estar «reconocido por disposición legal o convenio internacional»), QUINTANO, *Compendio*, II, 1958, 129.

(37) Argumento de DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964, 120. Aunque no lo utilizan como argumento en relación con el bien jurídico, también otros autores mantienen esta posición; sin embargo, todos ellos hacen la salvedad de que se trata de no poseer el título ni el resguardo del mismo, pues la posesión del resguardo (por haber satisfecho los derechos y formalidades pertinentes) equivale a la posesión del título: así el propio DÍAZ VALCÁRCEL, op. cit., 126 s.; además: SÁNCHEZ TEJERINA, II, 1950, 149; R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 262-264; CÓRDOBA, III, 1978, 1053; SALOM, RJCAt 1983, 48 (aunque reconoce que se podría llegar a la solución de absolver en todo caso, si se estimara que lo que se protege es a la sociedad frente a la impericia del agente, pues con los estudios se habría acreditado la pericia). Considera que hay delito en todo caso (sin distinguir si se posee o no el resguardo) la Memoria al Gobierno de la Fiscalía del TS, 15 sept. 1930, Instrucción especial de 27-6-1930, p. 242: en caso de quien ejercía como practicante sin poseer el título, pero con la previa aprobación de todos los estudios universitarios precisos, afirma que hay delito «porque la objetividad jurídica de tal incriminación no es la de garantizar directamente la pericia o conocimientos profesionales, sino la de tutelar la fe pública, la general confianza necesaria para el desarrollo de ciertas actividades sociales, lesionada por el hecho de quien hace creer con su conducta que posee la autorización oficial de que carece y exigida para el ejercicio de ciertas profesiones». En contra, FERRER, III, 1948, 386, y QUINTANO, *Compendio*, II, 1958, 129, consideran que la ausencia de la materialidad del título es una mera infracción administrativa (FERRER invoca la STS 8-1-1934, mientras que QUINTANO también la cita, pero reconoce que castigó como falta penal del art. correspondiente al actual 572; en *Comentarios*, 1966, 652, se limita a decir que haber concluido la carrera de Derecho y atribuirse calidad de Letrado sin haber cumplido formalidades administrativas no integra tal delito, según R. D. de 3-11-1888 y S. 8-1-1934; en cambio, en *Curso*, II, 1963, 451, refiriéndose a esta Sentencia, opina que estos casos «pueden más bien ampararse en la falta de dolo y en el error de prohibición»); PUIG

cretos puedan ser más o menos discutibles (en el caso del último, y dado que, a diferencia del título extranjero, donde no se sabe *a priori* si será o no convalidado, en los estudios nacionales la expedición del título será automática tras el cumplimiento de las formalidades de solicitud, creo perfectamente posible negar que haya delito, en una interpretación restrictiva del tipo en el sentido de que «sin poseer el correspondiente título» significa: sin poseer las condiciones —aprobación de estudios— que garantizan la expedición del título (38)); de todos modos lo que sí es cierto es que, en general, aunque el intruso haya adquirido con la experiencia una buena pericia y capacitación para la profesión (39), comete el delito del artículo 321. Por último, se alega que no obsta en absoluto a la comisión del delito el que, aun recayendo la actividad del intruso sobre bienes renunciables o disponibles, el titular de éstos preste su consentimiento al intruso (40), lo que en efecto muestra que tales bienes no son relevantes para el delito. En consecuencia, como señalan R. Mourullo y otros, el concreto cliente podrá ser perjudicado —con repercusiones a efectos de responsabilidad civil—, pero no es sujeto pasivo del delito (41).

En cambio, la situación es distinta si se trata de la protección de los intereses de todos los potenciales clientes o receptores del servicio, es decir, de los intereses de la comunidad (sociedad, colectividad). A su vez, ese interés social puede entenderse de dos modos: como interés en evitar el peligro en general frente a la falta de capacitación o pe-

PEÑA, III, 1969, 311, nota 11, piensa que encajan en la falta 2.<sup>a</sup> del art. 572 CP. CUELLO, PE, 1975, 303 s., n. 2 (en relación con el texto relativo a esa falta del 572, 2.<sup>a</sup>) se limita a mencionar que según el R. D. 3-11-1883 (sic.) el ejercer sin la expedición del título, pero habiendo verificado el depósito, es una simple falta administrativa, y a recoger la doctrina de la S. 8-1-1934, que castigó como falta penal. Hay que destacar que R. MOURULLO, op. cit., 262, n. 52, invoca precisamente el R. D. 3-11-1888 a favor de su postura, ya que el mismo consideraba falta administrativa si ya se había verificado el depósito; y que en 262, n. 50, advierte correctamente que la tan citada STS 8-1-1934 (no publicada en el correspondiente tomo: JC 130) no puede invocarse a favor de la tesis contraria, puesto que, si condenó como falta, es porque estimó que, aunque al terminar los estudios ya era «Profesor» (y por eso no encajaba en el delito), ejercía «sin título»: lo que entonces era una simple falta.

(38) Ello porque, de no ser así, no se afecta al bien jurídico fundamental de este delito que, como veremos, es el interés de la comunidad, refrendado por el Estado, en que sólo ejerzan las profesiones de superior calificación quienes hayan demostrado y acreditado, cursando todos los estudios, conocimientos, prácticas, etc., que en ese momento se exigen por la legislación nacional, reunir la preparación y formación requeridas como garantías de un correcto ejercicio profesional. Y, como se ve, ello es independiente de si (cuestión clave para un sector doctrinal: ver nota 37) se ha obtenido o no el resguardo efectuando el depósito.

(39) Así QUINTANO, *Compendio*, II, 1958, 129; *Curso*, II, 1963, 451; R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 237; CÓRDOBA, III, 1978, 1042; SALOM, BIMJ, número 1.292, 1982, 4; RJCat 1983, 40; ALVAREZ, LL 1983-2, 543.

(40) DEL ROSAL, ADPCP 1962, 332; R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 238. Destaca que ello es así por lesionar el delito un bien público, por naturaleza indisponible, ALVAREZ, LL 1983-2, 546, siguiendo a SANTORO, *Manuale di DP*, 1962, 383, y ANTOLISEI, *Manuale di DP*, PS II, 1977, 753.

(41) R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 242 s. (en 243 n. 27 critica a TS 22-10-1965, A 4344); SALOM, RJCat 1983, 43; TS 6-6-1972, A 3265.

ricia, o como interés en exigir determinadas garantías exactas y precisas. Si se considera como bien jurídico el interés de la comunidad en protegerse a sí misma, evitando el peligro en general que se podría derivar de la no capacitación de quienes ejercen actos profesionales (42) (en otras palabras: el interés social consistiría en exigir la capacitación para evitar peligros), a esto no le afectan las anteriores objeciones de que no es preciso que se produzca un daño o de que el consentimiento del particular no excluye el delito. Pero, al configurarse el tipo como un delito de peligro abstracto, se plantearía inmediatamente el problema, común a esos delitos, de si el tipo se excluye o no cuando en el caso concreto se demuestre que de antemano no hay riesgo alguno (43); y si la respuesta fuera positiva —es decir, atipicidad—, ello chocaría con la afirmación, que antes hemos dado por válida, de que el delito subsiste aunque el intruso tenga suficiente pericia y en el caso concreto no haya habido peligro alguno. Sea como sea esa cuestión, lo cierto es que, como destaca un sector doctrinal, originariamente el intrusismo se concebía como delito de peligro, intentando evitar la impericia, primero en la medicina y cirugía (así en las Partidas), después en la farmacia o veterinaria, es decir, en actividades relativas a la vida o salud, de modo que algunos Códigos, como nuestro CP de 1922 (art. 363), lo configuran como delito contra la salud pública, o contra la seguridad de la vida, como el § 343 del StGB austriaco a partir de una reforma de 1937, pero nuestro actual CP no lo hace así ni lo configura como delito de peligro (44). Esta afirmación podría parecer discutible, pues cabría aducir que lo que el Código pretende al exigir la posesión del título es precisamente evitar peligros en general por el ejercicio de no titulados en profesiones de alta cualificación. Sin embargo, aunque esa pueda ser una de las finalidades de la ley, si se examina más exactamente la cuestión, se verá que la ley exige más, y algo distinto, pues no se conforma con la ausencia de riesgo por la pericia y la capacidad del ejerciente, sino que requiere una garantía formal, precisa y exacta —constituida por el título

(42) Cfr. la doctr. u jurispr. cits. supra en notas 21, 29 y 30.

(43) Cfr., en general y en sentido afirmativo, BARBERO, *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, ADPCP 1973, 487 ss., 492, 495; ESCRIVÁ, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en DP*, 1976, 73; MIR, DP PG, 1984, 171. En contra, CÓRDOBA, RIDP 1969, 359; R. MOURULLO, PG, 1976, 279 s.; R. RAMOS, CPC 1977, 55 s.; R. DEVESAS, PG, 1981, 410.

(44) Así detalladamente, R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 237 s. Cfr., también sobre la evolución histórica del intrusismo en las legislaciones, DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964, 121 s. (especialmente detallado: Partidas, Novísima Recopilación, Reglamento de los Colegios de Medicina y Cirugía de 1828, R. O. 20-5-1854 y R. D. 9-4-1890); TERUEL, NEJ XIII, 1968, 530 s. (con mención de historia antigua); CUELLO, PE 1975, 302. A este respecto es especialmente interesante notar, como destaca DÍAZ VALCÁRCEL, op. cit., 121, que, mientras en las Partidas se castigaba la efectiva impericia («a los físicos y cirujanos que se meten por sabidores e non lo son»: Partida VII, Tít. VIII, Ley 6.º), en cambio, en la Novísima Recopilación (Libro VIII, Tít. XI, Leyes 4.º-6.º, 8.º y Tít. XII, Leyes 4.º, 7.º, 12.º) ya se castiga, mediante el requisito formal, a los que sin título o licencia ejercieran la medicina o cirugía o arte de curar.

lo— de una determinada preparación y formación (con lo que, por otra parte, ello *a veces* puede significar *menos* que exigir la pericia y falta de riesgo, pues, una vez poseído el requisito formal del título, no se comete delito de intrusismo, aunque en el caso concreto el profesional, por falta de actualización de sus conocimientos teóricos, por insuficiente experiencia, etc. no tenga la capacidad o pericia que serían necesarias).

En efecto, la evolución histórica pasa de castigar inicialmente sólo el intrusismo en el ámbito de la sanidad, donde suponía un peligro para la vida o salud, a sancionar después la invasión de otras profesiones superiores (y luego, incluso, de profesiones medias), donde está en juego una gama más amplia de otros intereses importantes. Y aun en el primer caso, como señala Quintano (45), el delito «de usurpación de título facultativo no se concebía siquiera en tiempos de absoluto empirismo profesional, habiendo nacido sólo cuando la Medicina adquirió el rango intelectual y social que hoy ocupa». Con mayor razón aún, cuando se incluye a otras profesiones superiores, lo que interesa no es sólo el puro requisito, materia y aun tosco, de la habilidad y ausencia de peligro en el ejercicio profesional, sino además, dado el alto nivel e importancia social de esas profesiones, un desempeño correcto y basado en una formación sólida, cuyos mínimos estén asegurados por una amplia, equilibrada y completa preparación, que estará garantizada a su vez por la adquisición del título. A este respecto, son muy significativas las declaraciones que sobre el mayor rigor en la exigencia de requisitos para desempeñar profesiones superiores, debido a la importancia de los bienes en juego, efectúa la STS 2-3-1974, que pone de relieve «una viva preocupación jurisprudencial, a través de una serie de decisiones de signo diverso, bajo cuyo explicable cau-*suismo* no es difícil advertir, en su conjunto, un coherente pensamiento rector, concorde con la realidad social y con el sano y común sentido jurídico, a cuya luz es observable una estimativa judicial más rigurosa, o lo que es lo mismo, más propicia para la apreciación del delito, en aquellos supuestos en que el prevalente interés penalmente protegido es bien a las claras de naturaleza esencial y de relevante interés comunitario, como la salud, la cultura, la pública incolumidad, la administración de justicia u otros equiparables, atendidos por profesionales originariamente dotados de estudios y títulos, típicos y específicos, al efecto, pertenecientes a órdenes tales como la sanidad, la enseñanza, la ingeniería, en sus múltiples ramas, o la postulación forense, entre otros de pareja importancia o significación» (46).

(45) *Comentarios*, II, 1946, 168; también R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 237.

(46) A 1194. La sentencia continúa contraponiendo estas profesiones a «aquellos otros sectores ciertamente respetables pero diferentes, en los que, por más que no falte en la razón de su acotamiento un estimable ingrediente de conveniencia social, lo que más acusadamente destaca es la faceta de vigorosa tutela del actual régimen monopolístico de ejercicio»; argumentos que esta sentencia añade a otros para justificar la no apreciación en un acto aislado de mediación y corretaje de fincas de delito de intrusismo respecto de los Agentes de la Propiedad inmobiliaria (cuando, como veremos, respecto de esta profesión, dada la clase

En una palabra, que por la importancia, dificultad, complejidad y responsabilidad de ciertas profesiones la ley (reflejando el interés social) quiere que se ejerzan no sólo pasablemente (con habilidad) sino bien (con preparación y formación, además), y no sólo en algún concreto acto o tipo de actos, sino en todos; y como para ello la legislación fija en cada momento y en cada país unos determinados estudios, unos concretos requisitos y un determinado nivel, es lógico que sólo se permita el ejercicio a quienes hayan hecho el esfuerzo y hayan conseguido superarlos, pues, como ya vimos que destaca algún autor (47), hay un interés público en que se cumplan las habilitaciones y formaciones legales, porque son una teórica garantía jurídicamente insustituible. Por consiguiente, a mi juicio, el bien jurídico fundamental en el delito de intrusismo (art. 321, 1.º CP) es el interés de la comunidad o sociedad, refrendado por el ordenamiento jurídico y ejecutado por el Estado, en exigir para el ejercicio de determinadas profesiones cualificadas la posesión del título —que, como hemos visto, se satisface con la disponibilidad del mismo, es decir, con la posesión de las condiciones: estudios, exámenes, etc., que garanticen la segura, aunque sea previa alguna formalidad, concesión del mismo—, título que representa la garantía formal y general de que se cumpla el nivel de preparación y formación completa y equilibrada que en cada momento y país se considera el mínimo indispensable para esa profesión (con el consiguiente formalismo, pero también seguridad, pues se evita tener que comprobar en cada caso si había o no la suficiente capacitación) (48).

No se trata en sí de un interés o potestad del Estado, o de la Administración pública, como vimos que sostiene cierta doctrina y jurisprudencia. Desde luego que no se trata de la potestad exclusiva del Estado de *expedir* títulos (49), puesto que no estamos ante conductas de quienes otorgaran sin legitimación títulos profesionales: p. ej., de abogado, arquitecto, veterinario, etc., lo que sí invadiría o usurparía la potestad estatal expedidora de títulos (50) (del mismo modo que

---

de titulación que exige, es más que dudoso que el intrusismo constituya delito del 321, en vez de falta del art. 572). También destacan los razonamientos de esta Sentencia, CÓRDOBA, III, 1978, 1052 nota 6; SALOM, RJCat 1983, 42.

(47) QUINTANO, y de modo similar DÍAZ VALCÁRCEL, TERUEL y algunas STS: ver supra nota 23.

(48) En sentido similar DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964, 119 s.: pues ya en 119 señala que «se supone que el título oficial o reconocido garantiza una suma de conocimientos de los que carece o, por lo menos, puede carecer el intruso»; y aunque a continuación plantea que los bienes jurídicos pueden ser los intereses del cliente y los intereses de los profesionales, en 120 concluye afirmando: «Los requisitos establecidos por el Estado para el ejercicio de cada profesión tienden a que ésta se practique con las mayores garantías de idoneidad, en beneficio social. Como contrapartida, el poder público debe sancionar, incluso penalmente, a quienes vulneren estas disposiciones». También DEL ROSAL, ADPCP 1962, 331, después de hablar de peligros, acaba precisando: «el peligro que supone o la falta de garantía de una actividad sin el marchamo oficial correspondiente». Cfr. también TS 26-5-1965, A 2543; 22-4-1980, A 1468.

(49) Ver la doctrina cit. supra en n. 27.

(50) Un supuesto así sí que se daba, aparte del ejercicio intrusivo de actos profesionales, en los hechos de la STS 27-9-1984, A 4291, en los que el sujeto,

invaden las correspondientes prerrogativas o potestades estatales quienes ilegítimamente otorgan títulos de nobleza, grados académicos, fabrican o expenden moneda falsa, etc.). Lo que en el fondo quiere decir esa formulación es que se trata del poder o facultad de exigir que (en consonancia con la virtualidad capacitadora de los títulos cuya expedición es potestad estatal) sean exclusivamente quienes posean los títulos quienes ejerzan la profesión (51). Pero ni aun así es exacta la formulación: pues esa facultad de exigir la titulación la formula el Derecho, cierto que con el respaldo instrumental, ejecutor y sancionador, del Estado, pero no es una potestad ni un interés típica ni directamente estatal, es decir, perteneciente al Estado como organización político-administrativa; sino que es un interés directa y primariamente de la colectividad, de la sociedad como tal, para su correcto funcionamiento, aunque tal exigencia sea formulada, delimitada e instrumentada a través del Derecho y del Estado (52) —del mismo modo que, p. ej., en el tráfico de drogas el interés en delimitar las drogas prohibidas y permitidas, las autorizaciones excepcionales para la fabricación o despacho, etc., corresponde directa y primariamente a la comunidad, aunque sea instrumentado por el Derecho y el Estado.

En conclusión, el bien jurídico fundamental, esto es, el interés en exigir el título como garantía para el ejercicio profesional, corresponde a la sociedad, que es por ello sujeto pasivo del delito (como también vimos que lo es como titular de la fe pública o seguridad del tráfico jurídico, más o menos directa o indirectamente afectada por la usurpación de funciones).

Queda, por último, examinar si junto a esto pueden ser bien jurí-

---

sin poseer título académico y atribuyéndose la calidad de arquitecto, y pese a haber sido conminado reiteradamente por el Colegio de Arquitectos para que cesara en su actividad, realizó y suscribió varios proyectos de casas, y además intentó «legalizar» su situación recurriendo «al sofisma de que operaba bajo los auspicios de una legalidad creada al socaire de la Ley 19/1977, de 1 de abril, reguladora del derecho de asociación sindical», bajo cuyo amparo, y junto con otro socio fundador, creó «una supuesta Asociación de Diplomados en Técnicas de la Construcción», y, como la Ley daba facilidades para el depósito de los estatutos sociales y su entrada en vigor si no mediaba impugnación en un plazo de veinte días, ello «permittió que el procesado articulase unos estatutos a su gusto y manera, y donde daba carta de naturaleza y validez a unos supuestos diplomas de que se decía estaba en posesión». Naturalmente, la Sentencia considera totalmente nulos tales diplomas y estatutos, rechazando el intento de fraude de ley, y señala que el sujeto «no sólo persistió en su actividad invasora de una profesión tan digna de protección como técnica en su acceso, sino que para orillar las dificultades arbitró el medio de que ya se hizo mérito, poniendo de manifiesto, una vez más, el redoblado dolo en la comisión del delito».

(51) Así lo formula la jurisprudencia cit. en n. 24; y de modo similar (potestad estatal para *habilitar* a particulares para el ejercicio de ciertas profesiones), en la doctrina italiana, MANZINI/NUVOLONE, cit. en n. 26.

(52) Justo al contrario, R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 241 s., nota 24, criticando a TS 7-12-1966, A 5534, que considera sujeto pasivo los intereses generales de la sociedad, salud, sanidad, seguridad, etc. (idéntica declaración, por cierto, en TS 26-3-1977, A 1305), opina que es el motivo de la incriminación, pero que el bien jurídico es la aludida potestad estatal de expedir títulos como garantía formal de esos intereses generales.

dico los intereses de las profesiones mismas. Frente a la doctrina y jurisprudencia que responden afirmativamente —intereses de las profesiones frente a la ilícita competencia— (53), se han formulado una serie de objeciones:

Cierto, se dice, que la protección excluyente conseguida por los gremios medievales resurge solicitada hoy por los grupos de presión, de tal modo que toda profesión tiende a ensanchar su esfera de actividad a costa de las profesiones limítrofes y a restringir el número de quienes pueden ejercer la propia, no sólo eliminando intrusos, sino dificultando el acceso al ejercicio, para con ello fijar precios monopolísticos por sus servicios (54). Y cierto también que, al haber al principio para las formas no cualificadas de ejercicio intrusivo sanciones meramente gubernativas y aplicadas sólo intermitentemente, las profesiones desean una protección penal y judicial más eficaz (55); y que, en efecto, la reforma del artículo 321 en 1963, ampliando la hasta entonces insuficiente protección penal, fue en gran medida motivada por las exigencias de las asociaciones profesionales (56). Pero, se añade, por una parte, esos intereses corporativistas o gremialistas chocarán con una concepción liberal que permita la competencia y que consagre como derecho fundamental la libertad profesional (57). Y por

(53) Así QUINTANO, *Comentarios*, II, 1946, 168 (vincula la existencia de delito al rango social de la profesión y a la mayor o menor libertad profesional); FERRER, III, 1948, 385; DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964, 120; TERUEL, NEJ, XIII, 1968, 531 (protección del nivel intelectual y social de las profesiones); PUIG PEÑA, III, 1969, 310; CUELLO, PE, 1975, 302, n. 2; R. DEVESPA, PE, 1983, 956 (tutela penal a las profesiones). SALOM, BIMJ, núm. 1.292, 1982, 4 s., considera protegidos esos intereses de los Colegios o asociaciones profesionales, mencionando incluso el evitar la disminución de ingresos por la competencia; en cambio, en RJCat 1983, 40 señala que *a veces*, pero no siempre, puede afectar al interés económico de la corporación profesional; igual MUÑOZ CONDE, PE, 1983, 492 e. En la jurisprudencia mantienen que afecta a los intereses de las profesiones las STS 27-3-1926, JC 113, 129; 7-11-1957, A 2950; 26-5-1965, A 2543 (a más del bien jurídico colectivo «el individual, a fin de que los titulados oficialmente reciban los beneficios de su esfuerzo»); 20-12-1967, A 1968, 142 (exigencias para ejercer la profesión y «elogio legítimo en contrapartida del provecho que premia el esfuerzo y la dedicación», evitándose la concurrencia de los no capacitados); 22-4-1980, A 1468; 14-7-1983, A 4179. En otras sentencias se formula la idea aludiendo a la competencia ilícita (o desleal) como fundamento del delito: así TS 2-7-1966, A 3543; 5-5-1977, A 2187; también, aunque de modo residual (fundamento, «más que en la competencia ilícita», en el peligro para la colectividad), 1-12-1970, A 5036; 28-5-1975, A 2343; 26-2-1981, A 785; 23-1-1984, A 394.

(54) Así DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964, 120 (quien, sin embargo, tras comenzar diciendo que una de las razones de la punición es proteger los intereses de prestigio y económicos de los profesionales, acaba afirmando que «como debe suponerse, no son estos intereses de clase los que ha querido proteger el legislador»): recoge ese planteamiento R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 239.

(55) TERUEL, NEJ XIII, 1968, 531.

(56) Así QUINTANO *Curso*, II, 1963, 450; *Comentarios*, 1966, 652; R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 238-240.

(57) Así R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 239 s., invocando la reacción liberal de la Revolución Francesa, y poniendo como ejemplo (240, n. 21; ej. que también menciona QUINTANO, *Comentarios*, II, 1946, 168) legislaciones como la antigua alemana donde eran impunes la mayoría de las modalidades de intrusismo.

otra parte, no se puede considerar bien jurídico a los intereses particulares de las profesiones (58), dado que hay delito aunque los intereses de los profesionales titulados no hayan sufrido perjuicio alguno (59) y aunque el no titulado actuara con la aquiescencia o consentimiento de la respectiva asociación profesional (60). Los posibles intereses corporativos o gremiales sólo han encontrado protección penal, añade algún autor (61), en la falta del artículo 572, 2.º, que castiga al titulado o habilitado que ejerza la profesión sin realizar la reglamentaria inscripción en el colegio, corporación o asociación oficial. Por todo ello, se concluye, no son bienes jurídicos los intereses de las respectivas profesiones, ni éstas, por tanto, sujeto pasivo del delito, sino sólo perjudicados a efectos de responsabilidad civil (62).

Si se entienden los intereses de las profesiones en el sentido de intereses materiales, económicos —en no perder clientes— y gremiales —en restringir al máximo la competencia—, entonces hay que dar la razón a esas críticas. Pues no son esos intereses materiales, particularistas o gremiales los que pretende satisfacer la exigencia de titulación, sino, como vimos, garantizar la correcta cualificación en profesiones relevantes (y a este respecto no es preciso ahora discutir si la exigencia de colegiación o asociación del art. 572, 2.º responde a intereses

---

ALVAREZ, LL 1983-2, 543, recoge este planteamiento de R. MOURULLO, pero objeta que nuestra Constitución no sólo garantiza la libre elección de profesión (art. 35), sino que en el art. 36 («La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales») «ha querido —erróneamente sin duda y obedeciendo a oscuros intereses, presionado el legislador fundamentalmente por grupos de abogados en un auténtico alarde de gremialismo medieval— dar una especial cobertura constitucional a los Colegios Profesionales...». Así las cosas, no se puede descartar con los solos argumentos constitucionales que el bien jurídico protegido en el art. 321 CP no sea el privado de determinados grupos profesionales, por lo que añade que son otros los argumentos en contra. El razonamiento de ALVAREZ es endeble, pues, por una parte, el reconocimiento constitucional de las peculiaridades jurídicas de los Colegios profesionales no tiene nada que ver ni implica que lo que el 321 CP esté protegiendo sean intereses particulares de esos Colegios; y por otra parte, con o sin la parte del art. 36 de la CE sobre Colegios profesionales, lo que puede limitar el derecho de libre elección de profesión del art. 35 CE son las exigencias legales (administrativas y, en muchas legislaciones como la nuestra, además penales) de adquirir una titulación para poder ejercer ciertas profesiones cualificadas y de gran trascendencia; límites que, por cierto y sin que ALVAREZ se percate de ello (!), los recoge *expresamente* el propio art. 36 CE, que añade que la ley regulará «... el ejercicio de las profesiones tituladas».

(58) Así (insistiendo en que el interés no es privado, sino general o público) R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 240 s.; CÓRDOBA, III, 1978, 1042; ALVAREZ, LL 1983-2, 543 s.; TS 19-12-1962, A 4886. En la doctrina italiana, MANZINI, V, 1962 (a cargo de NUVOLONE), 568; SANTORO, *Manuale*, II, 1962, 381.

(59) R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 240; SANTORO y CÓRDOBA, cits. en nota 58; ALVAREZ, LL 1983-2, 544; SALOM, RJC 1983, 40 (pone el ejemplo de quien, no encontrando remedio a su enfermedad en la ciencia médica actual, acude a un curandero).

(60) SANTORO y R. MOURULLO, cits. en nota 59.

(61) ALVAREZ, LL 1983-2, 543 s.

(62) R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 242 s.; SALOM, RJC 1983, 40-43 (aunque, como hemos visto, dubitativo y no terminante).

gremialistas, pues la que desde luego no responde a los mismos es la exigencia de titulación en el artículo 321); y, en efecto, el delito subsiste aunque no haya perjuicios materiales para la profesión o aunque ésta consintiera en el intrusismo.

Pero no olvidemos que, además de los materiales, también están en juego intereses morales y de prestigio de las profesiones (63). Por una parte, su prestigio se ve en entredicho cada vez que se da una conducta intrusiva —y no sólo cuando el intruso no tiene la preparación suficiente, como indica Salom (64), puesto que *de facto* se pone en discusión la capacitación y competencia exclusivas de los profesionales titulados para realizar esa actividad. Pero además, y al margen de lo que en concreto pudiera opinar o desear una corporación profesional, *objetivamente* hay un interés moral de la profesión, que coincide plenamente con el interés de la *sociedad*, a saber: el de que, puesto que se trata de una profesión de superior trascendencia (por los bienes y prestaciones en juego), nivel y responsabilidad, se exija que sólo la ejerzan exclusivamente quienes estén en posesión del título, que garantiza de modo general la completa formación y preparación que se considera indispensable; es decir, quienes por su titulación ofrezcan las mismas garantías que ellos, los profesionales, ofrecen. Que ello además coincida con el lógico y humano deseo de los profesionales de que quienes accedan a la profesión tengan que efectuar el mismo esfuerzo que ellos hicieron y de ver garantizada y sancionada la exclusividad como contrapartida de ese esfuerzo (65), no debe hacernos perder de vista que el interés fundamental de la profesión es el de la exigencia de las garantías de la titulación, en beneficio tanto del adecuado funcionamiento, nivel y prestigio de la propia profesión como, precisamente por ello, de la sociedad. Por eso mismo, dado que ese interés de la profesión es objetivo (general) y coincidente con el interés comunitario, es irrelevante la eventual aquiescencia de una asociación profesional en algún caso de intrusismo: pues ese consentimiento no impediría el perjuicio para el interés objetivo de la profesión y, además, naturalmente sería totalmente irrelevante frente a los otros intereses comunitarios.

En conclusión, sí que estamos ante un delito pluriofensivo: la profesión invadida es también sujeto pasivo del delito en cuanto titular del interés en la exigencia de ejercicio exclusivo por quien ofrezca la

(63) Cfr. DÍAZ VALCÁRCEL y SALOM, cits. en nota 22. Cfr. también TS 26-5-1965, A 2543; 20-12-1967, A 1968, 142.

(64) Cfr. RJCat 1983, 40. Aunque en el caso concreto el intruso tenga la habilidad y pericia suficientes, ello también afecta (aunque de otro modo) al prestigio de la profesión: pues da a entender —o puede crear esa impresión— que esos actos los puede realizar cualquiera con práctica sin necesidad de la preparación y garantías requeridas por el título.

(65) Hablan también de contrapartida del esfuerzo, pero no desde una mira exclusivamente individualista, sino vinculándolo correctamente a los requisitos y garantías del nivel exigido en beneficio social, DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964, 120; TS 26-5-1965, A 2543; 20-12-1967, A 1968, 142.

garantía de la titulación (66), junto con el principal sujeto pasivo: la sociedad como titular de ese mismo interés y de la fe pública (y seguridad del tráfico jurídico) afectada por la usurpación de funciones.

### III

A partir de la reforma de los artículos 321 y 572 CP efectuada por la revisión de 1963, el tipo básico del delito (321, 1.º) está constituido por el hecho de ejercer, sin atribución pública de calidad, actos propios de una profesión «sin poseer el correspondiente título oficial, o reconocido, etc.». Antes de la reforma de 1963 el ejercer «sin título actos de una profesión que lo exija», sin atribución pública de calidad, era sólo una falta del artículo 572; y como no se especificaba qué categoría había de tener el título, era discutible si sólo constituía falta ejercer actos de una profesión que requiera título facultativo (67), o si también encajaba en el 572 el realizar actos de profesiones que requieran una titulación inferior (68). Pero en cualquier caso estaba claro que el delito sólo se daba si se usurpaba, arrogándose públicamente la cualidad, una profesión que requiriera título facultativo, ya que el artículo 321 rezaba: «El que, atribuyéndose la cualidad de profesor, ejerciere públicamente actos propios de una Facultad que no se puedan ejercer sin título oficial...».

Actualmente, el artículo 321, 1.º tampoco dice expresamente qué categoría o nivel ha de tener el título, oficial o reconocido, de la profesión invadida para que haya delito. Pero como también se castiga como falta el mero ejercicio de actos profesionales que no llegue a constituir delito, ya que en el nuevo artículo 572, 1.º se castiga al que «no estando comprendido en el artículo 321 ejerciere actos propios de una profesión reglamentada por disposición legal, sin poseer la habilitación o capacitación oficial requerida», surge inmediatamente la difícil cuestión de cómo es posible distinguir el delito de la falta, si el «título» mencionado en el artículo 321 no ha de ser un título facultativo; o, dicho en otros términos, qué diferencia hay entre profesiones que requieran tí-

(66) Ello implica que la corporación profesional respectiva resultará *siempre* perjudicada a efectos de responsabilidad civil del intruso, y que procesalmente estará siempre legitimada para actuar como parte afectada.

(67) Así TERUEL, *Las faltas*, 1956, 159. Implícitamente DEL ROSAL, ADPCP 1962, 362: la única diferencia con el delito está en la ausencia de atribución pública, pues en lo demás ha de concurrir «lo mismo que en el delito».

(68) Así R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 248, y la jurisprudencia, que apreciaba falta en invasión de profesiones como la de maestro de obras (TS 22-12-1882, JC 27, 544), profesor en castración (TS 22-1-1894, JC 52, 36; 21-12-1898, JC 61, 203) o herrador (TS 21-12-1900, JC 65, 190: aquí incluso delito); lo que, como destaca R. MOURULLO (246 s.), significaba equiparar licencia o habilitación oficial al «título» del artículo regulador de la falta. Ocasionalmente incluso el TS llegó a apreciar delito del 321 en la usurpación de la cualidad de Matrona (sin plantearse si se trataba o no de «profesor» con título de una Facultad, si bien es verdad que en otros lugares del Código, p. ej., aborto, la expresión «facultativo» incluye a las matronas): TS 21-3-1891, JC 46, 241.

tulo oficial y profesiones que requieran habilitación o capacitación oficial.

Naturalmente, la cuestión no se plantea con esta perentoriedad en aquellos Códigos que, como el artículo 348 CP italiano (ejercer abusivamente una profesión para la que se requiera una especial habilitación del Estado) o el artículo 400 del nuevo CP portugués de 1982 (ejercer, con arrogación expresa o tácita, profesión para la que la ley exige título o cumplir ciertas condiciones), consideran delito la invasión de profesión que requiera cualquier clase de habilitación (69); ni en los que, como en el § 132 a del StGB alemán, sólo se considera delito la usurpación (de denominación, títulos o trajes) de unas concretas profesiones universitarias superiores, relegando los restantes casos a las faltas: hoy contravenciones administrativas (70). Pero este no es el caso del Derecho español, que mantiene una dualidad, a primera vista poco clara, de delito y falta. Y lo más notable es que las dificultades para la delimitación surgieron porque en el texto articulado del CP de 1963 no se respetaron los términos, mucho más precisos, de la Ley de Bases de 1961, que disponía que el artículo 321 castigara como delito el ejercicio ilegal de «actos propios de una profesión, carrera o especialidad que requiera *título académico, oficial o reconocido*», y que el artículo 572 castigara como reos de falta a quienes, «sin estar habilitados legalmente, ejerzan actos de una profesión reglamentada que *no* requiera *título facultativo*, pero sí permiso o capacitación oficial».

Como a continuación veremos, ya en este planteamiento se encuentran las claves para la solución del problema, que consiste en aclarar cuándo los actos realizados son propios de una profesión que requiera título oficial o reconocido —delito del 321— y cuándo de una profesión cuya reglamentación requiera otra habilitación o capacitación oficial —falta del 572, 1.º.

De entrada hay que advertir que no es posible distinguir el delito de la falta partiendo del concepto de «profesión», para reservarlo al delito y queriendo excluir del mismo a los oficios, artes o industrias, como ha propuesto algún sector doctrinal (71). Y no sólo porque, como destacan R. Mourullo y otros, el término «profesión» tiene en nuestro idioma un significado muy amplio, comprensivo también de los oficios,

(69) Reconoce que la exigencia de habilitación del CP italiano es menor que la de titulación de nuestro CP y que, por tanto, la situación es distinta, ÁLVAREZ, LL 1983-2, 545, n. 12, donde cita doctr. italiana (SANTORO, *Manuale*, 1962, 382; ANTOLISEI, *Manuale*, PS II, 1977, 752) que entiende que no sólo hay «ejercicio abusivo» en el no titulado, sino también en el no inscrito en el registro. De todos modos, la doctrina italiana, basándose en el concepto de «profesión», estima que quedan al margen los oficios, artes, industrias, comercios, etc.: cfr. R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 244 n. 28 (cita a MANZINI, ANTOLISEI, RANIERI y MAGGIORE).

(70) Cf. supra, en nota 16, las profesiones cuya usurpación constituye el delito del § 132 a.

(71) Así TS 22-1-1894, JC 52, 36; también la doctrina italiana mencionada en n. 69. GROIZARD, CP 1870, III, 1874, 723 s., aunque distinguía profesión de arte u oficio, los englobaba todos en el delito. Cfr. sobre todo ello más ampliamente R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 244.

ya que, según el Diccionario de la Lengua, profesión equivale a acción y efecto de profesor, y profesor significa «ejercer una ciencia, arte, oficio, etc.» (72), sino sobre todo porque precisamente dicho término —profesión— es el utilizado tanto por el artículo 321 para el delito como por el 572 para la falta. Por consiguiente ha de ser la exigencia de título requerido por la profesión lo que caracterice al delito frente a la simple exigencia de habilitación o capacitación, propia de la falta.

A ese respecto, en nuestro Derecho se han mantenido las siguientes interpretaciones sobre el alcance de la expresión «título» empleada en el artículo 321: Según la jurisprudencia mayoritaria y un sector doctrinal minoritario la profesión invadida ha de requerir cualquier título oficial, aunque no sea académico (73), sino de rango inferior. Por el contrario, la doctrina mayoritaria y algunas sentencias (alguna muy importante, como veremos) entienden que la profesión ha de precisar título «académico» oficial o reconocido (74), existiendo luego divergencias en cuanto al alcance que se le da a la expresión «título académico».

Quienes mantienen la primera interpretación alegan que, a dife-

(72) Así R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 245, donde además indica que, aunque a veces el CP utiliza como distintos los conceptos, p. ej., al hablar de suspensión de profesión u oficio, en otros lugares el ordenamiento jurídico utiliza profesión en sentido incluso más amplio que el gramatical, llamando profesionales a quienes no ejercen una ciencia, arte u oficio (cabe añadir que el propio CP a veces los utiliza como conceptos equivalentes: así en la causa de justificación de ejercicio legítimo de un «oficio»: art. 8, 11, que incluye a las profesiones superiores); por ello, concluye que sólo el requisito del título puede delimitar el delito del 321; DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964, 119; CÓRDOBA, III, 1978, 1042; SALOM, RJCat 1983, 45. Maneja también un concepto amplio de profesión TERUEL, NEJ XIII, 1968, 532.

(73) Así, entre infinitad de sentencias, TS 7-12-1966, A 5534; 19-5-1967, A 2418; 11-11-1967, A 4947; 23-3-1968, A 1544; 16-4-1970, A 1838; 25-2-1971, A 766; 27-2-1972, A 1806; 2-3-1974, A 1194; 8-5-1974, A 2176; 26-3-1977, A 1305; 5-5-1980, A 1803; 27-6-1980, A 3061; 26-12-1981, A 5228; 23-2-1983, A 1715 (para una exposición crítica de esta jurisprudencia cfr. R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 248 ss.; CÓRDOBA, III, 1978, 1045 s.; SALOM, RJCat 1983, 46 s.). En la doctrina, PUIG PEÑA, III, 1969, 310; CUELLO, PE, 1975, 303; R. DEVESA, PE, 1983, 955 s.: todos ellos insisten en que no hace falta título facultativo. Más dudoso en: QUINTANO, en *Curso*, II, 1963, 451, se limita a contraponer capacitación a título; *Comentarios*, 1966, 652: sólo indica que la falta del 572 tendrá escasas posibilidades de aplicación (lo que implícitamente significa conceder gran amplitud al delito), y en 1080: profesiones reglamentadas, «pero no tituladas ni académicas» (como conceptos distintos); TERUEL, *Las faltas* (1956), Apéndice, 1963, 13: título «universitario o técnico» (sin explicar qué entiende por «técnico»); NEJ XIII, 1968, 532: «título académico o técnico», 533: «título facultativo, académico o técnico».

(74) TS 2-7-1966, A 3543 (dice que hay que ejercer «actos propios de una Facultad» que no se puede ejercer sin título oficial). Exigen «título académico»: TS 23-3-1983, A 2171; 27-9-1984, A 4291. DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964, 126; DEL ROSAL/Cobo/R. MOURULLO/CASTRO, CP, 1964, 395 («cursados sus estudios»); R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 246 ss. (247); CÓRDOBA, III, 1978, 1044 ss.; SALOM, BIMJ, núm. 1292, 1982, 5-7; RJCat 1983, 45 s.; ALVAREZ, LL 1983-2, 544-546. Ya hemos visto (nota 73) que es dudoso en TERUEL, quien de todos modos en NEJ XIII, 1968, 531 habla de «las profesiones liberales». No toma posición, limitándose a exponer las posiciones, MUÑOZ, PE, 1983, 493.

rencia del texto del 321 antes de la reforma del 63, que requería título facultativo, y de la Ley de Bases de 1961, que ordenaba que se redactara exigiendo título académico, ahora el nuevo artículo 321 precisamente no lo requiere (75). De ese modo se ha podido afirmar que en el delito se precisa «título oficial o reconocimiento, bien académico... o bien título oficial» (76), que se precisa un «título, aunque esté representado por un modesto carnet», aunque, eso sí, es de entidad superior a la habilitación o capacidad oficial (77), que no hay confusión entre el artículo 321 y el 572, 1.º, porque «el primero se refiere a profesiones para las que se requiere título, y el segundo a las meramente reglamentadas» (78), o que la falta se diferencia del delito en que la profesión no exige «título oficial o reconocido, sino que simplemente está reglamentada» (79); con cuyas tautológicas declaraciones, por cierto, no se sabe en qué radica la diferencia entre el título y la habilitación o capacitación (80). Y de ese modo el TS ha apreciado delito de intrusismo no sólo respecto de profesiones que requieren titulación académica, como las de abogado, arquitecto, aparejador, ayudante técnico sanitario, practicante o matrona, director de centro de enseñanza, farmacéutico, ingeniero agrónomo, médico, odontólogo, óptico diplomado, psicólogo, topógrafo (ingeniero técnico), veterinario (81), ingeniero industrial e ingeniero técnico industrial (82) o economista (83) —si bien no se ha preocupado de si en el momento de los hechos esas profesiones ya requerían titulación académica—, sino que también ha considerado como tales a profesiones que no requieren titulación académica, como la de gestor administrativo y, sobre todo, en una reiteradísima jurisprudencia, la de Agentes de la propiedad inmobiliaria, si bien en ambos casos, para evitar en lo posible la aplicación del delito del 321, el TS, con un criterio harto discutible, sólo lo aprecia cuando el ejercicio de la actividad es habitual y retribuido, pues si es ocasional sólo suele apreciar falta del artículo 572 (84).

Frente a esto la posición contraria invoca en primer lugar una in-

(75) Así PUIG PEÑA, III, 1969, 310; R. DEVESÀ, PE, 1983, 955 s. De modo similar TS 11-11-1967, A 4947, argumenta que en la reforma del 63 se elevó la antigua falta del art. 572 a delito y que, por eso, en éste se exige o título facultativo o profesional. R. MOURULLO, op. cit., 248 s., critica esa argumentación diciendo que no es cierto que todas las profesiones, tanto las facultativas como las reglamentadas por título o capacitación profesional, hayan pasado al delito, pues de lo contrario el art. 572 quedaría vacío de contenido.

(76) TS 23-11-1976, A 4875.

(77) TS 11-11-1967, A 4947.

(78) TS 19-5-1967, A 2418.

(79) TS 8-5-1974, A 2176.

(80) Así R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969 249; SALOM, RJC 1983, 47.

(81) Cfr. sobre todas ellas la jurispr. cit. por SALOM, RJC 1983, 51-61.

(82) TS 19-10-1973, A 3852 (para director de un laboratorio de cosméticos); 14-7-1983, A 4179, Ingeniero técnico industrial y Doctor ingeniero industrial.

(83) TS 10-12-1983, A 6512, aunque castiga sólo por el art. 324 —uso indebido de título— pues no consta que llegara a ejercer actos profesionales.

(84) Cfr. amplia y críticamente sobre esa jurisprudencia, R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 248 ss., 260 s.; SALOM, RJC 1983, 52-55. Más recientemente (Agentes de la prop. inmobiliaria) TS 26-12-1981, A 5228; 23-2-1983, A 1715.

interpretación histórica: cierto que en el artículo 321 tras la reforma de 1963 no se menciona expresamente que el título requerido por la profesión ha de ser «académico», pero ello hay que entenderlo así, en una interpretación restrictiva de «título», ya que ese era el sentido que se le daba en su antecedente, la Ley de Bases de 1961, que sentó los principios de la reforma (85); en efecto, los párrafos 2, 3 y 4 de la base 5.<sup>a</sup> de la Ley de Bases 79/1961, de 23 de diciembre, disponían:

(2) «El artículo 321 será modificado conforme a las exigencias actuales para lograr una mayor eficacia en la represión del intrusismo, castigando a los que, sin poseer condiciones legales para ello, ejercieren actos propios de una profesión, carrera o especialidad que requiera título *académico*, oficial o reconocido por las Leyes del Estado o los Convenios internacionales». El párrafo 3 preveía la cualificación por atribución pública de calidad; y el párrafo 4 añadía :«El artículo 572 castigará como autores de una falta a los que, sin estar habilitados legalmente, ejerzan actos de una profesión reglamentada que no requiera título *facultativo*, pero sí permiso o capacitación oficial, y a los que, teniendo título o grado facultativo, ejerzan la profesión sin estar inscritos en el Colegio, Corporación o Asociación oficial respectivos» (subrayados añadidos).

La verdad es que, si sólo se toma como argumento para una interpretación histórica, no sería decisivo para quienes precisamente lo manejan para demostrar lo contrario: que el texto articulado no contiene esas restricciones. De todos modos, pese a que las interpretaciones históricas no suelen dar el argumento definitivo, en este caso sí que sería un criterio interpretativo vinculante por tratarse en el nuevo 321 del texto articulado de una Ley de bases, según ha declarado una antigua y repetida jurisprudencia (86).

Pero además, se añade, tal interpretación restrictiva del concepto «título» se deriva forzosamente de la confrontación *sistemática* del artículo 321 y el 572, 1.<sup>º</sup> CP, ya que si no se interpreta en el primero título como título académico, es imposible diferenciar el delito del 321, 1.<sup>º</sup> de la falta del 572, 1.<sup>º</sup>; en efecto, como el concepto de título es muy amplio —en la acepción que viene al caso, la núm. 8 del Diccionario, significa «testimonio o instrumento dado para ejercer un empleo, dignidad o profesión»—, en el mismo encaja perfectamente la habilitación o capacitación, de modo que la «habilitación o capacitación oficial» del 572 también encuadraría en el 321, con lo que, o habría una duplicidad absurda, o el 572, 1.<sup>º</sup> quedaría sin contenido. Por

(85) Aducen esa interpretación histórica DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964. 124-126; R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 245 s.; SALOM, BIMJ, núm. 1.292, 1982, 7; RJC 1983, 46. Cita también el antecedente de la Ley de Bases, ALVAREZ, LL 1983-2, 544, atribuyéndole la argumentación a CÓRDOBA (pero sin explicar que para CÓRDOBA la fuerza de la Ley de Bases es mayor que la de una simple interpretación como antecedente del 321, pues lo anula en lo que excede de la Ley de Bases).

(86) Cfr. CARRETERO PÉREZ, *Concepto constitucional de fuentes del Derecho*, en: *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, I, Instituto Estudios Fiscales, 1979, 415, citando las STS 19-12-1903 y 27-4-1908.

consiguiente, la diferencia de términos (título y capacitación o habilitación) encerraría una mera contraposición nominal engañosa. La distinción entre el delito y la falta, pues, sólo es posible si, de acuerdo con los antecedentes de la Ley de Bases, se entiende que el título del 321, 1.<sup>º</sup> se refiere al título académico (87). Sólo así es posible dar respuesta a aquellas sentencias que, como vimos, en una mera petición de principio decían que el delito se diferencia de la falta porque el primero supone invasión de profesión que requiere título oficial de cualquier clase o rango, mientras que la segunda se refiere a profesiones que requieran habilitación oficial (88).

Por mi parte, debo decir que, en teoría, podría haber pese a todo una posibilidad de distinguir el «título» del 321 de la «habilitación o capacitación» del 572, 1.<sup>º</sup>, aunque el título no tuviera que ser académico; y sería entender que sólo estamos ante profesiones del 321 cuando su ejercicio precise un instrumento o testimonio denominado expresa y precisamente «título», y no, p. ej., diploma, permiso, carnet, etcétera, que se considerarían simples habilitaciones de rango inferior. Sin embargo, si se aceptara esa interpretación puramente formalista y nominal del término, sería totalmente injustificable desde el punto de vista material de la importancia de las respectivas profesiones la diferencia entre el delito y la falta (pues a veces será puro producto del azar el que el requisito para el ejercicio de algún oficio o profesión no académica reciba el nombre de título u otro similar). Por ello creo que, en efecto, aunque no se añadiera el argumento que a continuación vamos a derivar de la fuerza de la Ley de Bases, la confrontación sistemática de los artículos 321, 1.<sup>º</sup> y 572, 1.<sup>º</sup> obliga a entender en el primero que el título ha de ser académico (89) para poder diferenciar coherentemente —es decir, basándose en la diferente relevancia de las profesiones (por consiguiente la argumentación se basa en una interpretación no sólo sistemática, sino *teleológica*)— el delito de la falta y para no dejar sin contenido y sin posibilidad de aplicación práctica el artículo 572, 1.<sup>º</sup> (90).

(87) Cfr. sobre todos esos razonamientos, ante todo, R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 246 s. Además DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964, 126; CÓRDOBA, III, 1978, 1044 s. (añade que el título es una habilitación o capacitación oficial «de entidad superior»); SALOM, BIMJ, núm. 1.292, 1982, 7; RJCat 1983, 47; ALVAREZ, LL 1983-2, 544; en 545 s. añade otro arg. sistemático: confrontación con el 572, 2.<sup>º</sup>, que habla del titulado que ejerce «su profesión», reconociendo así que el título habilita para la profesión (pero que falta un requisito reglamentario: la colegiación), por lo que el 321 se circunscribe a los que carecen de título académico, siendo indiferente la colegiación. El argumento es totalmente endeble, pues el «titulado» de que habla el 572, 2.<sup>º</sup> podría ser no sólo un titulado académico, sino uno de rango inferior.

(88) Cfr. la crítica a esa jurisprudencia en R. MOURULLO y SALOM, cits. en n. 80.

(89) Igual CÓRDOBA, III, 1978, 1046.

(90) Realmente puede pensarse que no quedaría vacío de contenido totalmente el 572, 1.<sup>º</sup>: Pues tal como está ahora redactado —en términos no exactamente concordantes con la Ley de Bases—, en él puede encajar también (en contra SALOM, BIMJ, núm. 1.292, 1982, 8) la conducta del *titulado* que ejerce sin poseer una adicional habilitación que es precisa en una profesión titulada: ese

Pero además creo que se pueden aducir en favor de esta interpretación dos consideraciones más: En primer lugar, es cierto que la palabra título por sí sola tiene un significado muy amplio, pero no se olvide que la ley está pensando al fin y al cabo en profesiones que deben ser ejercidas por titulados; y la 2.<sup>a</sup> excepción de «titulado» en el Diccionario, coincidente por lo demás con el lenguaje usual, es la de «persona que posee un título académico» (91). Y en segundo lugar, es incluso posible que, al redactar el nuevo artículo 321 sin ceñirse estrictamente a las pautas de la Ley de Bases, sólo se pensara en un cambio de redacción estilístico y no en ampliar la punición más allá del mandato de la Ley de Bases: pues los redactores del texto articulado pudieron pensar que en definitiva lo que aquélla pretendía era que se convirtiera en tipo básico del delito el simple ejercicio intrusivo de profesión que hasta entonces era falta, y que el antiguo delito constituido por la circunstancia adicional de arrogación pública de cualidad pasara a tipo cualificado; y para ello se utilizó *exactamente la misma expresión* («título», sin adición de «académico» o «facultativo») en el nuevo artículo 321, 1.<sup>º</sup>: «sin poseer el correspondiente *título oficial*, o reconocido», que en el antiguo artículo 572, que hablaba de los que «ejercieren sin título actos de una profesión que lo exija», o que en el propio artículo 321 en su redacción anterior a 1963, que también decía «actos... que no se puedan ejercer sin título oficial», donde ciertamente no se añadía el adjetivo «académico» o «facultativo»; pero sin darse cuenta de que en el antiguo artículo 321 ello se derivaba de que se utilizaba la expresión «actos propios de una Facultad» (en vez de decir como ahora «actos propios de una profesión»). En cualquier caso cabe, como se ve, la posibilidad de que ni siquiera la voluntad subjetiva del legislador (más exactamente, del redactor del texto articulado) fuera la de ampliar la punición como delito a la invasión de actos de profesiones no académicas.

Pero hay, por último, otra consideración absolutamente definitiva para interpretar restrictivamente el «título» del artículo 321 como «título académico». Córdoba ha sido el primero en formularla entre nosotros, a saber, la *nulidad del exceso* del texto articulado respecto de lo preceptuado en la Ley de Bases: Como quiera que en el nuevo artículo 321, 1.<sup>º</sup> se suprimió el término «académico» que exigía para el título la base 5.<sup>a</sup> de la Ley de 23-12-1961, que autorizó la revisión del CP en 1963, con lo que se atribuyó «a dicho precepto una exten-

es el único caso que ve ALVAREZ, LL 1983-2, 545 s. (licenciado que imparte clases sin la «venia docendi»); más correctamente, DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964, 327, y R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 284 s., entienden que ese puede ser un supuesto típico además del caso de ejercicio ilegal de profesión que no requiere título pero sí habilitación. Pero el que exista aquella posibilidad (lo que es, por lo menos, dudoso, pues la redacción del nuevo 572, 1.<sup>º</sup>, podría ser nula por infringir lo dispuesto en la Ley de Bases), no obsta para que esta otra sea la posibilidad normal del 572, 1.<sup>º</sup> y que subsista el problema de la necesidad de diferenciarla del delito.

(91) Del mismo modo, la 4.<sup>a</sup> acepción de «titular» en el Diccionario es: «obtener una persona un título académico».

sión evidentemente mayor a la autorizada por la referida base», y dado el «rango normativo de los preceptos integrantes de la Ley de Bases, por un lado, y del Decreto que aprobó la revisión del Código Penal, de 1963, por otro, debemos entender que el primer párrafo del artículo 321 es nulo en todo aquello que rebase la autorización concedida por la indicada ley, y, en su virtud, restringir el 'título' aludido en el primer párrafo del artículo 321 al que ostente la cualidad de 'académico'» (92). Posteriormente, una reciente e importante STS de 23-3-1983 ha acogido y desarrollado esta doctrina, apreciando por primera vez judicialmente la supremacía y carácter vinculante de la Ley de Bases de 1961 frente al texto articulado que redactaba el nuevo artículo 321 CP, y la consiguiente nulidad de éste en lo que excediera de aquélla. La sentencia, tras plantear las diferencias entre la Base 5.<sup>º</sup> de la Ley y el texto del nuevo 321 y abogar por mantener el principio de legalidad penal, declara que «el texto legal que logró carta de naturaleza en el CP al suprimir el término académico dio una extensión desmesurada y expansiva en franca contradicción con la autorización concedida en la base indicada, aflorando así el arduo problema del exceso que ha de resolverse en el sentido de que la norma delegada incurre en *ultra vires* por falta de cobertura de la Ley de delegación, debiendo entenderse en consecuencia, que el primer párrafo del artículo 321 es nulo en todo aquello que rebase la autorización concedida por la calificada Ley de Bases y, en consecuencia, restringir el *título* al que se hace referencia en el párrafo 1.<sup>º</sup> del artículo 321 CP al que ostente la cualidad de *académico*, sin entrar ahora en el problema que deba darse a esta última expresión». Ello le sirve a la citada STS 23-3-1983 para negar el delito de intrusismo respecto de la profesión de Agentes y Comisionistas de Aduana, que no requiere título académico, sino sólo autorización (93).

En efecto, cuando se trata de la denominada legislación delegada, tanto en los textos refundidos como en los textos articulados de una Ley de bases, esto es, en los también denominados —con terminología recogida hoy por nuestra Constitución: arts. 82-85 CE— Decretos legislativos, salvo una antigua jurisprudencia, hoy ya superada, y un sector doctrinal minoritario, que han sostenido que, al tener rango legal, están sustraídas al control judicial, que sólo abarca disposiciones de rango inferior (94), la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia

(92) CÓRDOBA, III, 1978, 1045.

(93) A 2171. La sentencia añade que tampoco castiga por falta del 572 por no constar que el sujeto ejerciera actos propios de esa profesión; por lo demás recuerda la redacción del párr. 4 de la Base 5.<sup>º</sup> de la Ley, relativo a la comisión de falta en el intrusismo en profesión que no requiera «título facultativo».

(94) Así TRUJILLO PEÑA, QUINTANA y BOLEA, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, I, 1965, 147. Sobre jurisprudencia del TS cfr. la cit. por GARCÍA-TREVIJANO, *Tratado de DA*, I, 3.<sup>ª</sup> ed., 1974, 257 s. Al respecto se ha solido invocar en favor de esa opción el art. 1 LJ, que establece la impugnabilidad judicial de las disposiciones «de categoría inferior a la ley»; cfr. críticamente, GARCÍA-TREVIJANO, loc. cit.; GARRIDO FALLA, *Tratado de DA*, I, 8.<sup>ª</sup> ed., 1982, 286, n. 33; GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, *Curso de DA*, I, 3.<sup>ª</sup> ed., 1982, 237.

moderna sostienen con razón que, aparte de a otros posibles controles políticos, parlamentarios, del Consejo de Estado, etc., dichos decretos legislativos están sometidos plenamente al control judicial en cuanto a la revisión de su concordancia o no con la legislación delegante (95). Esta posibilidad, que ha sido reconocida expresamente por el artículo 82. 6 de la CE (96), ya se derivaba antes del hecho de que el rango legal del Texto refundido lo adquiere sólo en tanto en cuanto se mantiene dentro de los límites de lo autorizado o preceptuado (*intra vires*) por la ley delegante: la Ley de Bases, pero *ultra vires*, es decir, si hay un exceso (de fondo, competencia o de forma) en la delegación respecto de los límites trazados por la Ley de Bases, el Decreto legislativo, en este caso el Texto articulado, no adquiere rango de ley, sino que es un simple Decreto, y queda sometido, por tanto, al control judicial (97). En lo que la doctrina se divide al llegar a este punto es en si el texto articulado conserva algún valor normativo o no. Un sector considera que, si ha habido exceso en la delegación, el texto no adquiere rango de ley, pero conserva su valor reglamentario, es decir, como mero Decreto (98). En cambio, otros autores consideran

(95) Cfr. también con citas de jurisprudencia, GARRIDO, *La fiscalización de los Decretos legislativos por la jurisdicción contencioso-administrativa*, RDP 69, 1969, 115 ss.; Tratado, I, 1982, 286 (aunque limitado a las infracciones manifiestas de la Ley de Bases); GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada y Poder Judicial*, 1970, 170 ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, I, 1982, 235 ss.; SÁINZ DE BUJANDA, *Conclusiones de la XIX Semana de Estudios de Derecho Financiero*, 1971, 355; GARCÍA-TREVIJANO, I, 1974, 257 ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la jurisd. cont.-admva.*, 1978, 144; ENTRENA, *Curso DA*, I, 6.<sup>a</sup> ed. 1979, 115; ANGULO, *Delegaciones legislativas tras la Constitución de 1978*, en: *La Constitución española y las fuentes del Derecho* (Instituto Estudios Fiscales), I, 1979, 210 ss. (en 211 cita además a MARTÍN OVIEDO y BAYÓN); CARRETERO, *Concepto constitucional de puentes del Derecho*, en: *La Constitución*, cit., I, 1979, 413 ss.; MÉNDEZ OLIVÁN, *Tipología de las Leyes en la Constitución*, en: *La Constitución*, cit., I, 1979, 100.

(96) Que dice que «sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer fórmulas adicionales de control» de los Decretos legislativos. Lo destacan ANGULO, ob. cit., 1979, 210; CARRETERO, ob. cit., 1979, 413; MÉNDEZ OLIVÁN, ob. cit., 1979, 100; G. DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, I, 1982, 239 s. (que añaden que el criterio ha sido también aplicado por el art. 27. 2 b) de la LOTC, al admitir la declaración de inconstitucionalidad de los Decretos legislativos sólo *intra vires* de la delegación legislativa, no *ultra vires*, que producirá la ilegalidad del Decreto legislativo).

(97) Así GARCÍA-TREVIJANO, I, 1974, 257; ENTRENA, I, 1979, 115; ANGULO, en: *La Constitución española*, cit., I, 1979, 212 ss.; GARRIDO, I, 1982, 286, n. 33; G. DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, I, 1982, 237 ss. ANGULO (211 s., 215) y G. DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ (238) destacan que en el cambio de la jurisprudencia y doctrina influyó el art. 11.3 LGT, al declarar respecto de la legislación delegada que «sus preceptos tendrán la fuerza y eficacia de meras disposiciones administrativas en cuanto excedan de los límites de la autorización o delegación o ésta hubiere caducado por transcurso del plazo o hubiera sido revocada». A continuación estos autores discrepan en cuanto a las consecuencias de este precepto, pues ANGULO (212 ss.) considera que, una vez que permite que los tribunales revisen el Decreto, nada impide apreciar su nulidad radical por infracción de la Ley de delegación.

(98) Así G. TREVIJANO, ENTRENA, GARRIDO, G. DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, cits. en n. 97.

que ni siquiera es así, puesto que el Decreto legislativo del Texto articulado (o refundido) es nulo precisamente por infringir la ley de delegación, que es una norma superior y, por consiguiente, en virtud de los principios de legalidad y jerarquía normativa consagrados por el artículo 9.3 CE, y de lo dispuesto en los artículos 26 y 28 LRJAE y 47.2 LPA, ello determina la nulidad de la norma inferior (99). Como hemos visto, esta última es la solución aplicada al caso concreto del texto articulado de 1963 del nuevo artículo 321 CP por Córdoba y la STS 23-3-1983. Pero incluso aunque se optase de modo general por la posición que no llega a afirmar la nulidad del texto articulado, sino que mantiene su valor como mero Decreto, en el caso concreto del Código Penal se llegaría a la misma solución, puesto que, en virtud del principio de legalidad penal, la tipificación penal sólo puede efectuarse por normas con rango de Ley, nunca de reglamento; estaríamos en un caso en que incluso autores que mantienen la posibilidad de que conserve su valor reglamentario el Decreto legislativo que excede los límites de la delegación, hacen la excepción de que será plenamente nulo si el Decreto legislativo afecta a materia reservada a Ley o regulada por Ley (100).

Por lo demás, en estos casos la revisión —y consiguiente apreciación de nulidad en cuanto al exceso— del Texto articulado la puede efectuar tanto la jurisdicción contencioso-administrativa mediante los recursos directo e indirecto contra Reglamentos, como los Tribunales ordinarios a través de la técnica de la inaplicación (101) del texto articulado en lo que tenga de excesivo. Esto último ha sido lo que de modo directo y frontal, y digno de aplauso, ha aplicado recientemente la citada STS 23-3-1983 al delito de intrusismo (102).

Por tanto, mientras subsista el actual artículo 321 CP redactado por el Texto articulado de 1963, en virtud de la delegación conferida por la Ley de Bases 79/1961, de 23 de diciembre, y mientras no se modifique por una norma con rango de Ley (no entra aquí en si además ha de ser Ley Orgánica), ha de entenderse forzosamente que el

(99) Así ANGULO, en: *La Constitución española*, cit., I, 1979, 211-216, quien, en 211, n. 57, también cita a CALVO ORTEGA a favor de esta solución. También, aunque sin afirmar claramente la nulidad, CARRETERO, en: *La Constitución española*, cit., I, 1979, 415, mantiene que en caso de contradicción clara entre la Ley de Bases y el texto articulado prevalece aquélla sobre éste, siendo en todo caso aquélla la que marque la pauta para la interpretación del texto articulado.

(100) Así MARTÍN OVIEDO, BAYÓN y SÁINZ DE BUJANDA, cits. por ANGULO, en: *La Constitución española*, cit., I, 1979, 211 s.

(101) Así G.-TREVIJANO, I, 1974, 258; G. DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, I, 1982, 239; ANGULO, en: *La Constitución española*, cit., I, 1979, 213-217, muy detenidamente y con importantes argumentos. En contra (admite sólo el control por los Tribunales contencioso-administrativos, pero no por los demás) MÉNDEZ OLIVÁN, en: *La Constitución española*, cit., I, 1979, 100 s.

(102) Y posiblemente haya abierto un camino que sigan otras sentencias. Ya hemos visto que, aunque no lo fundamenta, la posterior STS 27-9-1984, A 4291, requiere terminantemente para el delito «una profesión con exigencia de título académico».

tipo básico del delito en el artículo 321, 1.º exige que la profesión invadida requiera título académico, oficial o reconocido (103).

Como ya he anticipado, en lo que discrepa la doctrina dominante es en el alcance que debe darse a la expresión «título académico». Unos autores, como Díaz Valcárcel, R. Mourullo y Salom, entienden que no sólo es el facultativo (expedido por una Facultad), sino todo título acreditativo de haber superado las pruebas y requisitos de «un determinado ciclo de estudios» (104). Aquí, aunque no lo expliquen expresamente, encajarían no sólo los títulos universitarios, sino también los de estudios inferiores: bachillerato, enseñanza primaria y quizás incluso cabría pensar que encaja también la formación profesional. En defensa de su interpretación alegan que la base 5.º de la Ley de Bases de 1961 sólo hablaba de título «académico» para el delito del artículo 321, y que ya no se exige, a diferencia de la antigua redacción del 321, que el título sea de una Facultad (facultativo), ni de enseñanza equiparada (105). Por el contrario, otros, como Córdoba y Alvarez, consideran que título académico equivale a facultativo o equiparado, concretamente: «aquel que acredite estudios efectuados en una Facultad o estudios que ostenten un valor análogo a los que se llevan a cabo en Facultades universitarias», es decir, los de las Escuelas Técnicas Superiores (106). A ese respecto Córdoba alega que, si bien es cierto que en el párrafo 2 de la base 5.º se habla de «título académico», en el párrafo 4 de la base 5.º se alude al «título facultativo» y al «título o grado *facultativo*», lo que nos indica lo que en el párrafo 2 se quería decir con «académico», pero que tampoco hay que entenderlo estrictamente como título de una Facultad, pues quedarían fuera de la tutela penal títulos equivalentes a los de las Facultades, es decir, los de ingeniero o arquitecto obtenidos en las Escuelas Técnicas Superiores (107).

Personalmente creo que tiene razón Córdoba en invocar el párrafo 4 de la base 5.º para la interpretación del párrafo 2, pues al hablar en

(103) Otra cosa sería si un nuevo CP (una nueva Ley, por tanto), por mera inercia con la redacción actual y sin tener conciencia clara del problema actual, mantuviera en el delito la fórmula de «título oficial o reconocido». Pero no parece que pueda producirse esa inadvertencia después de que el AP 1983 haya optado por cambiar la fórmula actual; lo que ocurre es que el art. 370, 1 AP 1983 prefiere cambiar totalmente el sistema vigente equiparando la actual falta al delito, al decir: «sin poseer el correspondiente título facultativo o licencia», de modo similar, por tanto, al art. 348 CP italiano o al art. 400, 2 CP portugués 1982. En cambio, el art. 439 P 1980 restringía el delito al ejercicio de actos «sin poseer el correspondiente título facultativo».

(104) DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión*, 1964, 126; R. MOURULLO, RGLJ 58, 1969, 247; SALOM, BIMJ, núm. 1.292, 1982, 7; RJCat 1983, 45 s. También DEL ROSAL/COBO/R. MOURULLO/CASTRO, CP, 1964, 395.

(105) DÍAZ VALCÁRCEL, R. MOURULLO, cits. en n. 104; SALOM, RJCat 1983, 46.

(106) Así CÓRDOBA, III, 1978, 1047. Similar ALVAREZ, LL 1983-2, 545: «la posesión de la licenciatura universitaria, o grado académico equiparable». Según SALOM (BIMJ, 1.292-1982, 6; RJCat, 1983, 46), también TERUEL mantiene esta posición; pero ya hemos visto —supra notas 73 y 74— que la posición de TERUEL («título facultativo», «académico» o «técnico») es dudosa.

(107) Cfr. CÓRDOBA, loc. cit.

el párrafo 4 de «profesión reglamentada que no requiera título *facultativo*» como objeto de la falta, sí nos está diciendo *sensu contrario* lo que se entiende por profesión que requiere «título académico» en el delito. Pero creo que tampoco es exacto interpretar que éste equivale sólo a título universitario superior (expedido por Facultad o Escuela Técnica Superior), como hace Córdoba, por lo siguiente: porque lo decisivo y vinculante a efectos del delito del artículo 321, 1.º sigue siendo el concepto de título «académico» del párrafo 2 de la base 5.º, y no el de «título facultativo» utilizado en el párrafo 4 para indicar la redacción de la falta, y que, por tanto, sólo sirve como orientación en la interpretación del concepto manejado en el párrafo 2 —cosa que también reconoce Córdoba (107)—, y *sobre todo* porque la expresión «*facultativo*» es multívoca: no equivale sólo a título «de Facultad», sino que también incluye a titulados medios, como los antiguos Facultativos de minas, o las matronas, practicantes o enfermeras, que el propio CP denomina a veces «*facultativos*», es decir, a títulos universitarios de grado medio, expedidos por las Escuelas Universitarias. Y precisamente creo que ese es el significado correcto de «título académico» en el párrafo 2 de la base 5.º de la Ley de 1961 y, por tanto, vinculante para el delito del artículo 321, 1.º CP: título académico equivale a *título universitario*. No creo, en efecto, que sea aceptable la acepción de «académico» como equivalente al título propio de cualquier ciclo de estudios, pues el concepto resultaría tan amplio que prácticamente volvería a coincidir y superponerse con el de «*habilitación o capacitación oficial*» de la falta del 572, 1.º; o, suponiendo que fuera algo más restringido, de todos modos materialmente no justificaría bien una diferencia de rango y superioridad de esos títulos (p. ej., de EGB o de Formación Profesional de Primer Grado) sobre las otras habilitaciones o capacitaciones profesionales, que explicara su tratamiento como delito, distinto de la falta. Es cierto que el significado de «académico» puede ser más amplio y no tiene que restringirse forzosamente a lo universitario —es más, el Diccionario no recoge ese sentido (108)—, pero en el lenguaje usual también existe una acepción de académico como equivalente a «universitario»: en toda una infinidad de expresiones se suele utilizar precisamente en ese sentido: curso académico, traje académico, usos académicos, cuarto de hora académico, etc. Y ello porque, si bien «*academia*» también puede ser cualquier centro de enseñanza, o una corporación de académicos, entre otras acepciones, hay una acepción de «*la Academia*» por excelencia: el *alma mater*, la Universidad. Pues bien, por las consideraciones expuestas de orden teleológico —justificación de la distinción entre delito y falta por su diferente trascendencia y nivel de preparación— y sistemático —en relación con el término «*facultativo*» del párrafo 4 de la base 5.º— creo que «título académico» es cualquier título uni-

(108) Las acepciones correspondientes del Diccionario de la Lengua son: «académico, ca: ...3. Perteneciente o relativo a las academias, o propio y característico de ellas ...5. Dícese de algunas cosas relativas a centros oficiales de enseñanza. *Curso, traje, expediente, título ACADEMICO*».

versitario, tanto las licenciaturas (o doctorados) o diplomáticos de las Facultades y Escuelas Técnicas Superiores, como las diplomaturas de las Escuelas Universitarias (109).

Hay que destacar, por último, que para que se dé el delito es preciso que la profesión en cuestión *requiera* (obligatoriamente) título académico, es decir, universitario. No bastaría, por tanto, el que en un momento unos determinados estudios puedan adquirir rango universitario si, de todos modos, esa carrera es una *posibilidad* que se ofrece a quien voluntariamente quiera obtener la titulación superior, pero no es preceptiva la posesión de tal título para el ejercicio profesional: piénsese, p. ej., en las discusiones y cambios legislativos habidos en los diversos países sobre la necesidad o no de titulación para ejercer el periodismo, o el cine, o el teatro; o también en la existencia de la licenciatura de Bellas Artes, que naturalmente no es obligatoria para ejercer como pintor, escultor, etc. Por otra parte, cuando los estudios de una profesión, que antes no tenían rango universitario, lo adquieren, puede ocurrir que para ejercer *una parte* de los actos de esa profesión se requiera, legal o reglamentariamente, la posesión de la titulación superior, mientras que para realizar otra parte —la menos cualificada— de las actividades profesionales no sea precisa la nueva titulación universitaria, sino simplemente la habilitación correspondiente (ello dependerá de las reglamentaciones de cada profesión). En ese caso, la realización intrusiva de esas actividades menos cualificadas no constituirá delito del artículo 321, sino sólo falta del 572, 1.º: es decir, que la nueva titulación académica precisa para parte de las actividades profesionales no atrae hacia sí (hacia el delito) el todo de la actividad profesional, pues no basta que la profesión requiera título académico, sino que es preciso que se realicen precisamente «actos propios» de esa profesión que lo requiere, esto es, actos para los que es precisa la posesión de la titulación universitaria.

---

(109) El que en algún caso pueda no parecer del todo adecuado el que se haya concedido rango universitario a una carrera, no es un problema de que sea incorrecto el criterio de exigir título universitario para el delito de intrusismo, sino precisamente un problema general: de indebida o inmerecida inclusión de esos estudios entre los superiores, es decir, los universitarios. Claro que, para evitar esos posibles problemas en el delito de intrusismo puede optarse por la solución de enumerar, de modo expreso y limitado, como, p. ej., en el § 132 a StGB alemán, las concretas profesiones cuya usurpación se quiere que constituya delito. O también podría optarse por el criterio absolutamente opuesto, y no conceder valor diferencial al título universitario, equiparando a efectos de protección penal (como delito) la invasión de cualquier profesión que requiera título académico o habilitación o licencia oficial, como se hace en el art. 348 CP italiano, 400 CP portugués o 370, 1 de nuestro AP 1983.



# El tratamiento del error en la reforma de 1983: art. 6 bis a

JUAN BUSTOS RAMIREZ

Catedrático Universidad Autónoma de Barcelona

## 1. PLANTEAMIENTO POLITICO CRIMINAL

Necesariamente desde esta perspectiva hay que partir de la pena, por ser ella en concreto la expresión de la intervención del Estado en los derechos del individuo, que requiere en un Estado social y democrático de derecho de una explicación y fundamentación. He sostenido que la pena *es* autoconstatación (1) del propio sistema estatal. Ahora bien, como en el sistema democrático sus pilares sustentadores son los bienes jurídicos, la autoconstatación de ellos significa como tarea básica la protección de esos bienes jurídicos. De ahí que el principio rector de todo injusto es el de *lesividad* o, en otros términos, «*nullum crimen nulla poena sine iniuria*». No puede haber un injusto (o delito) sin que se afecte de algún modo real un bien jurídico. Pero eso no basta, ya que los bienes jurídicos *son una relación social* (2), luego surgen de la participación de los sujetos en la vida social, por tanto el principio de lesividad tiene que estar conectado a los actos de los individuos. El injusto tiene que ser *suyo*, lo que desde antiguo ha sido expresado bajo el principio de culpabilidad en el sentido de prohibición a la responsabilidad objetiva: necesidad que exista una *relación personal con el injusto* (3). En otras palabras, en un Estado democrático la pena se aplica a los individuos por *sus hechos*, la intervención del Estado sobre los derechos de un individuo sólo puede explicarse en cuanto el injusto es *su obra*. De ahí que haya de considerarse la teoría del error en el injusto, pues el error altera esta conexión personal, la pena pierde entonces su sentido.

---

(1) Cfr. *Manual de Derecho Penal Español, Parte General*, Ariel, Barcelona 1984, pp. 39 ss.; *Bases críticas de un nuevo Derecho penal*, Temis, Bogotá 1982, pp. 136 ss., 179 ss.

(2) Véase BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual*, ob. cit., pp. 62 ss.; *Bases*, ob. cit., pp. 14 ss., 31 ss., 70 ss.

(3) Véase BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *El principio de culpabilidad en el anteproyecto de Código penal*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 6, pp. 165 s.

Pero he sostenido que en un Estado democrático la pena se aplica por su hecho *al individuo*. No basta, por tanto, con fundamentar desde el hecho sobre la base de los bienes jurídicos, sino que además se requiere explicitar y legitimar *la imposición* de la pena (4). Su explícitación radica en la finalidad de tal imposición, que es aumentar la capacidad de actuar del individuo frente a conflictos sociales, por eso la pena ha de ser un ejercicio de opciones para el sujeto, en definitiva el Derecho penal ha de convertirse en un *Derecho de Opciones para el sujeto*. Ahora bien, la legitimidad de la intervención de un Estado democrático está sometida a un principio básico para su orden político y social, que es el de la dignidad de la persona. Por eso, la pena sólo se puede imponer a un sujeto *capaz de respuesta* o de responder frente a ese orden jurídico. De ahí que no se pueda aplicar pena al inimputable, ya que él no puede responder frente a ese orden racional, sino respecto de otro —además, por ello mismo, la finalidad de opciones carecería de sentido— (5). Se violaría su dignidad de persona al someterlo a un orden racional que no es el suyo o respecto del cual no tiene las condiciones necesarias para responder, la intervención estatal se convertiría en violencia estatal. El juicio de imputabilidad o inimputabilidad no agota, sin embargo, el principio de dignidad de la persona. Además, hay que considerar si al sujeto se le puede exigir una determinada conciencia del derecho en relación al hecho concreto realizado, al injusto cometido, porque podría suceder que dadas las condiciones personales determinadas en que el sujeto actuó su actitud valorativa frente al injusto (o delito) no podía coincidir con la exigida conforme al ordenamiento jurídico. De ahí la necesidad de considerar también desde la dignidad de la persona la exigibilidad de una determinada conciencia valorativa para la imposición de una pena, lo que necesariamente plantea la problemática de una *creencia diferente sobre la licitud*. Imponer una pena, a pesar de que tal creencia diferente impedía al sujeto coincidir con la conciencia exigida significaría no respetar la dignidad de la persona, la pena perdería toda su legitimidad y también carecería de sentido la pena como opción.

En definitiva, desde un punto de vista político criminal, las teorías del error y la creencia diferente (o errónea, según el código) aparecen indisolublemente unidas a una concepción de la pena dentro de un Estado social y democrático de derecho.

## 2. LA TEORIA DEL ERROR

### 2.1. *Delimitación conceptual*

Conforme al artículo 6 bis a del C. p. al relacionar sus párrafos 1 y 2 con el 3, la teoría del error comprende todo aquello que no diga relación con la creencia errónea de estar obrando lícitamente. En otras

(4) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual*, ob. cit., pp. 40 s.

(5) Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual*, ob. cit., pp. 381 ss.; *Bases*, ob. cit., pp. 87 ss.

palabras, todo aquello que dice relación con la actitud valorativa de licitud del hecho realizado no queda comprendido por la teoría del error.

La teoría del error aparece referida sólo a los elementos integrantes de la infracción penal y, respecto de estos elementos, no se trata ya de un problema de creencia, sino de *conocimiento*. Así surge claramente del artículo 60, párrafo 2, que habla del «*conocimiento*» de las circunstancias atenuantes o agravantes. La teoría del error aparece pues en relación a la teoría del conocimiento de los elementos de la infracción penal. Dicho conocimiento, como señala el propio artículo 60, párrafo 2, ha de darse «*al momento de la acción*», es decir, ha de ser *actual, presente* en ese momento. Esto quiere decir que todo elemento de la infracción que requiera de *conocimiento* puede también quedar afectado por la teoría del error, en el sentido que al momento de la acción haya una ignorancia respecto de ese elemento o un falso o equivocado conocimiento.

Ahora bien, los elementos que requieren de conocimiento en la infracción penal son el aspecto objetivo del tipo y los presupuestos de las causas de justificación. En general, se puede decir que sobre ello no existe discusión en la doctrina, pues no es una contradicción en términos absolutos con esta afirmación el que ciertas posiciones limiten el conocimiento en las causas de justificación sólo a algunas de ellas (6). De modo, entonces, que la teoría del error hay que referirla al aspecto objetivo del tipo y a los presupuestos de las causas de justificación.

## 2.2. *El error en relación al aspecto objetivo del tipo*

En el aspecto objetivo del tipo pueden darse elementos esenciales y accidentales. Los esenciales son aquellos constitutivos para el injusto de la respectiva figura delictiva, sin ellos no es posible el injusto. Los accidentales, en cambio, sólo implican una modificación del injusto, es decir, lo aumentan o lo disminuyen. Por tanto, la teoría del error no puede tener las mismas consecuencias en uno y otro caso, pues un error sobre un elemento accidental dejará siempre subsistente el injusto correspondiente. Un error sobre un elemento accidental deja intocado el injusto, que conforme a lo que establece el artículo 1, párrafo 1, seguirá siendo doloso o culposo según el caso, ya que las acciones u omisiones son las dolosas o culposas y no las circunstancias.

Luego, el injusto admite formas de conexión personal: puede ser doloso o culposo. Es, por eso, que un error sobre un *elemento esencial* de él tiene que tomar en cuenta estas formas de relación personal. Habrá casos en que ellas queden absolutamente eliminadas y otros en que pueda subsistir alguna de ellas, es decir, la culpa. De ahí que el

(6) Así, p. ej., COBO-VIVES, *Derecho Penal, Parte General*, Universidad de Valencia, 1984, pp. 387 s.

artículo 6 bis a, en sus párrafos 1 y 2, distinga entre error esencial *invencible* y *vencible*, el primero elimina toda relación personal con el injusto, éste no pertenece al sujeto, no es suyo, de ahí que no se pueda aplicar pena alguna, pues carecería de fundamento conforme al principio de culpabilidad, entendido como exclusión de la responsabilidad objetiva. Pero diferente es si es vencible, ya que en tal caso puede subsistir la relación personal con el injusto basado en la falta de cuidado. Esto es, que aún cuando no se ha dado el *conocimiento* de ese elemento esencial (—que es eliminado por el error cualquiera que sea: invencible o vencible—), lo que es básico para establecer la relación personal dolosa con el injusto sin embargo *normativamente* se podía exigir un determinado cuidado en los actos del sujeto que habría excluido la afección del bien jurídico. Desde el punto de vista del injusto se equipara, por tanto, para el establecimiento de la relación personal, el *conocimiento* (y querer consecuente = dolo) con el *cuidado exigido* en el ámbito de actuación concreto.

Diferente es, en cambio, la situación con los elementos accidentales, éstos no admiten formas de conexión personal alguna, ya que dolo y culpa están referidos a las acciones y omisiones, pero no a las circunstancias aisladamente consideradas. Es, por eso, que conforme a lo que establece el artículo 60, párrafo 2 del C. p. sólo se puede predicar el conocimiento respecto de ellas y éste entonces *se da* o *no se da*, no hay posibilidad de establecer formas respecto de él. Este está presente o no: un conocimiento a medias no es conocimiento y un conocimiento posible tampoco lo es. Por eso que, conforme al principio de exclusión de la responsabilidad objetiva, si no se tenía conocimiento de una circunstancia agravante no se puede agravar la pena. Ahora bien, este planteamiento aparece confusamente expuesto en el artículo 6 bis a, párrafo 1, en relación al 2, ya que pareciera que es posible una agravación culposa (7), con lo cual se entra en contradicción con el artículo 1, párrafo 1. De modo que habría que entender que el párrafo 2 del artículo 6 bis a no puede referirse al error sobre una agravante. Pero aun resuelto este punto, conforme a una interpretación sistemática y teleológica, queda subsistente la situación de las atenuantes. ¿Qué pasa con un error sobre una atenuante?, se podría entender a *contrario sensu* del artículo 6 bis a, párrafo 1, el único aplicable a las circunstancias, que en ese caso la atenuante no queda excluida. Lo cual no pareciera incorrecto, pues el conocimiento de una circunstancia atenuante podría equiparse con la suposición errónea de su presencia ya que se trata de no aumentar la pena, sino de disminuirla. Pero ello entra en contradicción con el artículo 60, párrafo 2 del C. p. y, por tanto, frente a una regla expresa, la regulación a *con-*

(7) Cfr. críticamente MAQUEPA, María Luisa, *El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al artículo 6 bis a del Código Penal*, en CPC 21, páginas 699 ss.; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona 1984, pp. 210 ss.; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual*, ob. cit., pp. 303 s.; del mismo, *El principio de culpabilidad*, ob. cit., pp. 173 s.

*trario sensu*, que tendría un carácter puramente interpretativo, no se puede hacer valer.

Por último, queda todavía un punto que resolver en torno al error sobre un elemento accidental. Si bien es cierto que a los elementos accidentales no se les pueden aplicar las formas de conexión personal del injusto, sin embargo se podría decir que sí sería aplicable una cierta graduación del error mismo. Es decir, que el artículo 6 bis a, lo que quiere señalar es que, para excluir una agravación, el error tiene que ser invencible, si fuese vencible ello no sería posible. Al respecto habría que decir, en primer lugar, que tal interpretación entraría en conflicto con el artículo 60, párrafo 2, ya que éste simplemente habla de conocimiento o no de la respectiva circunstancia. Frente a esta argumentación se podría contestar que como el artículo 6 bis a, es la ley posterior prima sobre el artículo 60, párrafo 2 y, por tanto, el error que excluye sólo ha de ser el invencible. Pero entonces tal planteamiento habría que fundamentarlo desde el punto de vista del principio de exclusión de la responsabilidad objetiva. En otras palabras, *todo error excluye el conocimiento*, sea invencible o vencible, como hemos dicho un conocimiento a medias o potencial no es conocimiento, por eso el artículo 60, párrafo 2, exige el conocimiento al momento de la acción. No basta, por tanto, decir que hubiese podido tener ese conocimiento, eso ya no es conocimiento y no permite fundamentar una pena (otra cosa es que en la culpa se fundamente la pena sobre la falta de cuidado exigido). Luego, equiparar el error vencible a conocimiento y entender que tal circunstancia está abarcada por el dolo, es una pura ficción o presunción, que vulneraría el principio de exclusión de la responsabilidad objetiva y, consecuencialmente, la exigencia de dolo propiamente tal que hace el código, que no es de un dolo presunto o posible.

En definitiva, la regla del artículo 6 bis a, párrafo 1, sobre la agravante no sólo resulta innecesaria frente al artículo 60, sino que además confusa, y, contradictoria con uno de los principios garantistas básicos del Derecho penal.

### 2.3. *El error sobre los elementos normativos del tipo*

Tanto los elementos esenciales como accidentales, pueden ser meramente descriptivos o normativos. En el tipo objetivo hay, pues, elementos descriptivos y normativos. Los primeros, en general, no ofrecen mayor problemática para la teoría del error, como tampoco para la del conocimiento, pues basta para éste con una aprehensión sensorial de ellos y según el caso una menor o mayor adecuación con una significación lingüística general. Así, por ejemplo, la discusión iría más allá de lo puramente sensorial, si una ley prohibe en un bosque matar todo animal de cuatro pies, con lo cual al aparecer en él unos canguros se podría plantear la duda, no ya sensorial, sino de significación: quien

piensa que sólo se pueden llamar pies las extremidades que se utilizan normalmente para andar, podría llegar a la conclusión que el canguro no está comprendido por dicha ley.

Esta problemática resulta todavía más agudizada cuando se trata de los elementos normativos, ya que su conocimiento surge fundamentalmente no de una aprehensión sensorial, sino de una serie de juicios de significación (8). Es por eso mismo que no se puede exigir el conocimiento propio a un especialista en estas significaciones (jurista, sociólogo, economista, etc.), sino sólo aquel conocimiento propio al general del uso del lenguaje, el llamado paralelo del lego. Así, por ejemplo, en el caso del delito de atentado del artículo 231, núm. 2, basta para el conocimiento de funcionario público saber que se trata de un miembro perteneciente a la Administración del Estado, no se requiere el conocimiento de todos los requisitos que, jurídicamente, y más aún, desde un punto de vista penal, configuran el concepto de funcionario público conforme a la doctrina y la jurisprudencia. Luego, la teoría del error abarcará todos los presupuestos mismos de este conocimiento, es decir, *tanto aquellos de carácter puramente sensorial como de significación*.

Así, ciertamente, será un presupuesto sensorial la calidad de hombre del funcionario público: luego, si alguien queriendo golpear lo que supone un perro detrás de unas cortinas, golpea a un funcionario público, no se puede decir que ha empleado fuerza contra un funcionario público. Del mismo modo si al querer golpear a un sujeto que se le interpone en su camino durante una manifestación, al agacharse éste golpea a un funcionario público, tampoco puede decirse que hay empleo de fuerza contra un funcionario público. En este último caso el error no descansa ya en un problema puramente sensorial de conocimiento, ya que él ciertamente sabía que a quien pensaba golpear no reunía las cualidades de funcionario público. En todos estos casos estamos en presencia de un error respecto de un elemento normativo del tipo, diferente a estimar si el obrar es lícito o no.

Ahora bien, pienso que la teoría del error alcanza todavía *hasta el nivel más elevado dentro de los juicios de significación* respecto de *un elemento* y que ello no implica una creencia diferente sobre el obrar lícito. Así, por ejemplo, si para alguien, equivocadamente, los funcionarios de las autonomías no son funcionarios públicos, porque no serían funcionarios del Estado, ciertamente no actúa con dolo, ya que no sabe, en el caso del delito de atentado, que golpea a un funcionario público. Hay claramente un error sobre *un elemento* esencial de la infracción (9). Diferente sería, en cambio, si él estimara que los funcionarios de las Autonomías son funcionarios públicos, pero que no

(8) Por eso que KUNERT prefiere reemplazar la clasificación de elementos descriptivos y normativos por la de unidimensionales y pluridimensionales, distinguiendo a su vez entre aquellas verdaderas características valorativas, las características de sentido y las de apreciación (*Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände*, Walter de Gruyter, Berlín 1958, pp. 82 ss., 93 ss., 104, 105 ss.

(9) Cfr. KUNERT, Karl Heinz, ob. cit., p. 103.

quedan comprendidos por la protección del delito de atentado, pues éste sólo se refiere a los funcionarios públicos de la Administración Central del Estado. En este caso, él sabe que golpea a un funcionario público, luego actúa con dolo, no hay un error sobre un elemento (esencial) de la infracción, sino que hay una creencia diferente sobre la licitud *del obrar* en su conjunto, en virtud de una creencia diferente sobre el ámbito de la licitud, se trata de lo que se ha denominado error de subsunción. Aquí el problema ya no es en relación a un elemento determinado, sino a la valoración o desvaloración que informa al hecho en su conjunto, al obrar como tal.

Algo semejante, pero en forma más simplificada que en los elementos normativos —ya que éstos se componen mediante un complejo de juicios de significación—, se puede producir en los elementos descriptivos. Si retomamos el ejemplo ya dado, cuando una persona equivocadamente piensa que un canguro no es un animal de cuatro pies, al matarlo *está errando sobre un elemento esencial* del tipo legal prohibitivo, pero *no sobre la prohibición misma*, ya que no sabe que mata a un animal de cuatro pies. Diferente sería si sabe que los canguros son animales de cuatro pies, pero cree que la prohibición está referida sólo a animales de cuatro pies españoles y no alcanza a los extranjeros. En este caso no se trata de un error sobre un elemento de la infracción penal, sino sobre el ámbito mismo de la prohibición, se trata de una creencia diferente sobre la licitud del obrar.

En definitiva, *todo problema referente al conocimiento respecto de un elemento normativo* —al igual que respecto de uno descriptivo—, *abarcando cualquiera de sus diferentes niveles de significación que lo componen, hace referencia a la teoría del error y se resuelve conforme a sus principios*. Cuando el problema no es el del conocimiento de un elemento de la infracción, sino que tiene que ver con la licitud o ilicitud misma del hecho, con su valoración (sea de prohibición o de mandato), se está en presencia no ya de la teoría del error, sino de la creencia diferente sobre la licitud del obrar.

#### *2.4. El error sobre los presupuestos de las causas de justificación*

Ciertamente las causas de justificación cuando concurren son elementos esenciales de la infracción penal, su presencia excluye el *injusto* (o delito). También en este caso hay que excluir aquellos de creencia errónea de estar obrando lícitamente, como sucedería si el sujeto cree estar actuando conforme a una causa de justificación no reconocida por el derecho (p. ej., cree tener permiso para corregir al hijo de su vecino). El problema, entonces, no gira en torno al contenido de la causa de justificación, a sus presupuestos para que se dé, sino en relación a su existencia jurídica misma, a la valoración que hace el derecho en una situación de conflicto social, que es la que hace surgir la regla permisiva misma.

Por tanto, la teoría del error no puede referirse a este tipo de casos, sino a aquellos en que al interior de una causa de justificación

se exige el conocimiento de sus presupuestos (a la situación de defensa en la legítima defensa o a la situación de peligro en el estado de necesidad, por ejemplo), en que este conocimiento, al igual que en relación al aspecto objetivo del tipo ha de ser actual, es decir, presente al momento de la acción (de defensa, de necesidad, de obediencia, etcétera). También en estas situaciones el error elimina totalmente el conocimiento (no hay un conocimiento a medias o sólo posible). Otra cosa es la exigencia de un determinado cuidado en las acciones y, por tanto, que a pesar de la falta o falso conocimiento, pueda atribuirsele al sujeto una relación personal con el hecho en virtud de la falta del cuidado exigido.

Ahora bien, sobre la base de la llamada teoría de la culpabilidad se podría entrar a discutir la naturaleza misma de este error: las argumentaciones sistemáticas y materiales en contra de tales objeciones, nos las repetiré, pues a ellas me he referido en extenso en otras publicaciones (10). Ahora sí quiero añadir unas precisiones de carácter dogmático fundadas en la ley española. El artículo 565, párrafo 1, señala que quien ejecutara por imprudencia temeraria un hecho que «si mediare malicia, constituiría delito, será castigado...», El artículo 565 opone, pues, al concepto de dolo del artículo 1, párrafo 1, el de malicia, y, ciertamente, aparecen como dos conceptos diferentes. Así, el artículo 1, párrafo 1, predica el *dolo respecto de la acción u omisión*, y, en cambio, el artículo 565 la *malicia respecto del delito*, esto es, la acción u omisión (típica o, como dice el Código, penada por la ley) no es maliciosa, sino sólo dolosa. ¿Qué se requiere, pues, para que la acción u omisión dolosa se convierta en delito con malicia?, justamente algo más que señalar que es típica, esto es, que es además antijurídica. *Sólo el injusto o delito puede ser malicioso, no la acción u omisión típica*. En otras palabras, un error en relación al conocimiento de los presupuestos de las causas de justificación, impide la existencia de un injusto o delito, no hay un hecho malicioso. La acción u omisión típica dolosa sólo ha sido indicio de injusto, pero en definitiva no injusto, pues no se ha dado la antijuricidad y, por tanto, no se puede hablar de un hecho malicioso (o en términos tradicionales de un delito doloso). Pero si bien el error sobre un presupuesto —*sea descriptivo o normativo*— de una causa de justificación, elimina la malicia, luego la segunda desvaloración que hace del hecho doloso el ordenamiento jurídico mediante el juicio de antijuricidad, ello no quiere decir, sin embargo, que no se pueda exigir un determinado cuidado en el actuar del sujeto, que el error no ha eliminado. (La falta de cuidado exigido, por su carácter eminentemente normativo y no basado, por tanto, en el conocimiento como el dolo se puede predicar, conforme a los artículos 1, párrafo 1, y 565, párrafo 1, tanto respecto de la acción u omisión típica como respecto del delito o injusto). De ahí, entonces, la posibilidad conforme al artículo 6 bis a, párrafo 2, y artículo

(10) *Manual*, ob. cit., pp. 299 s.; *El principio de culpabilidad*, ob. cit., páginas 176 ss.

565, párrafo 1, que quede subsistente la relación personal con el injusto denominada culpa o imprudencia, cuando el error es vencible.

El hecho, en definitiva, es uno solo: cuando Pedro mata a José, no sólo sabe que lo mata, sino también que lo hace para defenderse de su agresión. Pero las valoraciones son diferentes. *Una*, es la que surge de *la norma* (de prohibición en este caso, que necesariamente ha de ser absoluta, ya que la protección de los bienes jurídicos —la vida, la salud, la libertad— no puede quedar adjetivada o sujeta a condiciones, pues con ello el ciudadano perdería frente al Estado toda su lucha por los derechos humanos desde la Carta Magna). *Otra* es la valoración que surge en relación a una solución general de conflictos sociales, que da nacimiento a una *regla de permiso*, cuando se dan determinadas circunstancias. Sería una contradicción pensar que está prohibido y permitido matar. Matar está siempre prohibido: la vida, como derecho reconocido, no está sujeta a condiciones en su reconocimiento, se protege como tal, otra cosa son las situaciones de conflicto y su resolución. Del mismo modo, sería absurdo pensar que está permitido matar y que sólo en ciertos casos concretos se prohíbe matar. Los planteamientos, los elementos negativos del tipo y de lo típicamente antijurídico de Mezger incurren, respectivamente, en estas contradicciones valorativas.

Hay, pues, dos desvaloraciones diferentes en relación a uno y el mismo hecho. Este es injusto (delito) sólo cuando se dan ambas. Luego, el hecho indiciariamente doloso será un injusto doloso (con malicia para el código) cuando se da también la segunda desvaloración. Por tanto, si hay falta de conocimiento o un falso conocimiento sobre un presupuesto de una causa de justificación no se puede establecer la relación personal a título de malicia con el hecho. Sólo quedaría subsistente la posibilidad de recurrir a la otra forma de relación personal, esto es, la culpa o imprudencia, si no se ha actuado con el cuidado exigido.

En definitiva, frente al texto legal, el problema del conocimiento de los presupuestos —sean descriptivos o normativos— de una causa de justificación está en relación con la teoría del error y queda englobado, por tanto, en las reglas de los párrafos 1 y 2 del artículo 6 bis a, esto es, que si es invencible se elimina dolo y culpa, y si es vencible, sólo el dolo, permaneciendo la posibilidad de la culpa.

### 3. LA TEORIA DE LA CREENCIA DIFERENTE (O ERRONEA)

#### 3.1. *Precisión conceptual*

En principio habría que estimar como totalmente diferentes las regulaciones de los párrafos 1 y 2 del artículo 6 bis a y el tercero. Ello, sin embargo, puede ser controvertido desde la óptica de algunas posiciones doctrinales, que trasladan la discusión existente en Alemania y pretenden distinguir entre teoría de la culpabilidad y teoría del

dolo (11). En verdad, como hasta el momento hemos ido explicando, tal artículo no se puede interpretar ni a partir de una ni de otra, sino que de él surge un planteamiento totalmente diferente.

Así, se ha señalado que el párrafo 3 reproduciría la teoría de la culpabilidad (12) y aun lo han afirmado decididos partidarios de la teoría del dolo (13). Pero ello no se corresponde con la formulación global del artículo 6 bis a, ya que claramente y con una fundamentación

(11) Como se sabe, la teoría de la culpabilidad se divide en teoría de la culpabilidad estricta y limitada. La teoría de la culpabilidad estricta, que coincide especialmente con la estructura del delito que presenta la teoría finalista, señala que el error de tipo recae sobre el conocimiento del dolo (natural) en relación al aspecto objetivo del tipo y que el error de prohibición recae sobre la conciencia de la antijuridicidad. De modo que todo lo que pertenece al aspecto objetivo del tipo puede dar lugar a un error de tipo y todo lo que pertenece a la antijuridicidad puede dar lugar a un error de prohibición. Con ello, sin embargo, se encuentra con dos problemas: primero explicar por qué el error sobre los presupuestos de una causa de justificación, que están en relación a un problema de conocimiento actual de ellos, es un error de prohibición, si éste no está referido a problemas de conocimiento, sino sólo de conciencia del injusto; segundo, cómo fundamentar la punibilidad del error de prohibición vencible, si todo error invencible o vencible elimina la conciencia del injusto. Con el objeto de salvar estos problemas, aunque sin lograrlo satisfactoriamente, surgen las teorías de la culpabilidad limitada, que sobre todo se refieren al problema de los presupuestos de las causas de justificación, si bien la de teoría de la culpabilidad elástica de JAKOBS se plantea el segundo (JAKOBS, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, de Gruyter, Berlín 1983, pp. 452 ss.). Por su parte también la teoría del dolo se divide en teoría del dolo estricta y limitada. La teoría del dolo estricta, que coincide en general con la estructura del delito que sustenta el causalismo, al partir del concepto de dolo malo (que comprende tanto el conocimiento del aspecto objetivo del tipo como de la antijuridicidad), pues el dolo es un problema de la culpabilidad estima que tanto el error de tipo como de prohibición eliminan el dolo y quedaría entonces sólo como posibilidad de fundamentar la punibilidad la culpa, ya sea la *facti* respecto del error referido al tipo, o bien la *iuris* respecto del error referido a la antijuridicidad. Los problemas con que se enfrenta esta teoría son: uno, al exigir conocimiento actual de la antijuridicidad, abre enormemente las posibilidades del error sobre la antijuridicidad, en especial porque procesalmente resulta imposible de demostrar que el sujeto tuvo tal conocimiento al momento de actuar; dos, si bien logra fundamentar la punibilidad del error vencible de prohibición en base a la culpa *iuris*, éste resulta un concepto totalmente inaplicable, ya que sería la pretensión de exigir un cuidado al sujeto en relación al derecho y más aún respecto de las valoraciones o racionales que sustentan los injustos. De ahí que surgieran las teorías del dolo limitadas, que se han preocupado especialmente del primer problema.

(12) Cfr. HUERTA TOCILDO, Susana, *El error vencible de prohibición en el Proyecto de ley orgánica de Código penal de 1980*, en CPC, p. 93; BACIGALUPO, Enrique, *La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código penal de 1980*, en La Ley, núm. 76, pp. 2 ss.; ROMEO CASABONA, Carlos María, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980*, en ADP 1981, p. 740; ZUGALDÍA, José Miguel, *El tratamiento jurídico-penal del error en el artículo 20 del Proyecto de Ley orgánica del Código penal español de 1980*, en CPC, pp. 519 ss.

(13) Cfr. SÁINZ CANTERO, José, *Reflexión de urgencia sobre la reforma parcial y urgente del Código penal*, en *Estudios penales y criminológicos*, VII, páginas 432, 434; TORIO, Angel, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código penal*, en *La Reforma Penal y Penitenciaria*, Santiago de Compostela 1980, pp. 249 ss.

distinta tanto a la teoría de la culpabilidad estricta como a las diferentes configuraciones de la culpabilidad limitada (14), el problema referido a los presupuestos de las causas de justificación, como ha quedado demostrado, aparece como una cuestión de *conocimiento actual* y, por tanto, perteneciente a la *teoría del error*.

También, aisladamente, por Santiago Mir (15), se ha sostenido que el artículo 6 bis a, párrafo 3, no se aparta de la teoría del dolo. Según este autor abonan su tesis dos líneas argumentales. En primer lugar, que el artículo 6 bis a, párrafo 3 estaría dando sólo una regla de determinación de la pena cuando alude al artículo 66, sin dar razón de dicha atenuación y que ella, justamente, podría fundarse en la institución de la «culpa iuris» que planteó la teoría del dolo. Esta argumentación resulta discutible, ya que se parte en el artículo 6 bis a, párrafo 3, segunda frase, de *algo sustancial* que es atenuado (corroborado por la redacción del artículo 66), *no se trata pues de una nueva categoría de relación entre el sujeto y su hecho*, como es el caso de la culpa y que aparece muy claro en el artículo 565; por otra parte, no tendría explicación que en el párrafo 2 se aluda a la culpa y en el tercero, sin embargo, nada se diga al respecto. En segundo lugar, se señala por Mir que el párrafo 3 respondería a la alternativa *conocimiento (luego actual)* o no conocimiento, por tanto claramente conforme a la teoría del error. Pero si esto así fuese sobraría este último párrafo y bastaría con los dos primeros, ya que se podría entonces entender que la licitud o ilicitud es también un elemento esencial de la infracción. Sin embargo, se agrega este párrafo 3 y con una redacción muy diferente, no se trata del error sobre un elemento, luego el reverso del conocimiento de ese elemento, sino de la *creencia* errónea sobre el *obrar* lícito. No es, por tanto, un problema de conocimiento de aquél u otro elemento, sino que el obrar en su conjunto se cree lícito, es decir, se le da una valoración positiva, no se estima que es injusto o delito. No estamos pues al nivel de la estructura del conocimiento, sea de carácter fundamentalmente sensorial o intelectual, respecto de un determinado elemento o presupuesto, sino de la *conciencia* concreta que tiene el sujeto respecto del conjunto de su obrar.

Se trata, pues, de un juicio mucho más sofisticado y complejo que aquél referido a *un puro elemento descriptivo o normativo*, que siempre conforme al código será un problema de conocimiento y, por tanto, dirá relación con la teoría del error. Lo que ahora es relevante es que el sujeto tenga comprensión de la *valoración* que sirve de sustento al obrar injusto, o bien, de la *ratio* que lo inspira. Así, un sujeto puede conocer la ley, el artículo 119 del Código penal que define al funcionario público y, sin embargo, a pesar de ello no tener conciencia de la *ratio* del injusto frente a un precepto determinado y creer que los funcionarios de las autonomías quedan excluidos del delito de atentado, por ejemplo. Del mismo modo alguien puede haber leído el artículo

(14) Sobre las teorías limitadas de la culpabilidad, cfr. Bustos RAMÍREZ, Juan, *Manual*, ob. cit., p. 402.

(15) Ob. cit., pp. 548 s.

407 («El que mate a otro tendrá tal pena...»), pero creer conforme a sus costumbres culturales que eso no alcanza a los niños de corta edad con graves deficiencias corporales. Igualmente, alguien puede tener la comprensión que el aborto es un injusto, pero conforme a su experiencia social que lo es sólo a partir del tercer mes de vida del feto. Al revés, alguien puede tener la conciencia de que matar es un injusto y no haber leído jamás el artículo 407 del Código penal, ni tampoco el artículo 15 de la Constitución. Conocimiento de un elemento (o presupuesto) y conciencia del valor o de la *ratio* sobre que descansa un delito corren caminos diferentes y tienen, por tanto, una estructura diferente. De ahí que también la teoría de la culpabilidad, no sólo la del dolo, siga una vía equivocada, ya que habla de conocimiento potencial o posible, y ciertamente un conocimiento potencial o posible no es conocimiento, es cualquier otra cosa. Es por eso, que la teoría de la culpabilidad se confunde en el tratamiento, ya que sobre la base de la posibilidad de conocimiento o conocimiento potencial, pretende de algún modo homologar el problema de la conciencia de la ilicitud con la del conocimiento de un elemento de la infracción penal y de este modo *homologar la teoría de la creencia diferente (o conciencia diferente) con la teoría del error*. En ese sentido la crítica de la teoría del dolo a la teoría de la culpabilidad es acertada, si se trata de cuestiones homologables también las consecuencias deberían serlo (de ahí que frente a la culpa *facti* debiera surgir la culpa *iuris*). Más aún, esta pretendida homologación lleva a la teoría de la culpabilidad estricta a considerar el error sobre los presupuestos de las causas de justificación como una cuestión de conocimiento posible o potencial, lo que ciertamente es sostenible sólo sobre la base de una ficción, de considerar lo actual como potencial y de ahí que éste haya sido el punto más débil de toda su construcción y en el cual la teoría del dolo ha podido mostrar resultados más realistas (16).

(16) En verdad la teoría de la culpabilidad es presa de su propio esquematismo sistemático. Como el error de tipo, como reverso del dolo, está en relación al tipo, por su parte el error de prohibición, como reverso de la conciencia de la antijuricidad, está en relación a la antijuricidad. Pero ello así esquemáticamente planteado, no es totalmente cierto, ya que si se habla de error de prohibición, la prohibición propiamente tal está en relación al tipo y no la antijuricidad, por eso se dice que la acción típica es antinformativa —viola la prohibición—; por otra parte tampoco es acertado hablar de conciencia de la antijuricidad, pues como hemos señalado con ello no se comprendería la conciencia de la prohibición, pues ésta dice relación con el tipo y no con la antijuricidad. De ahí que la expresión más correcta es aquella que habla de conciencia del injusto y correlativamente de error sobre el injusto. Esto es, lo que se trata de poner de relieve es que la conciencia y el error han de estar referidos a la valoración que sirve de base al injusto; en otras palabras, al bien jurídico en cuanto desvaloración de relación social (que abarca tanto el desvalor de acto como de resultado). Y este problema valorativo está entonces más allá de una consideración atomizada de tipicidad y antijuricidad, dice relación con las bases de fundamentación del injusto o delito. De ahí que la conciencia del injusto o el error sobre el injusto no pueda referirse específicamente a la antijuricidad y menos aún a aspectos objetivos (ya sean descriptivos o normativos) de ella, que como tales, requieren de conocimiento y no de conciencia, pues no están directamente referidos a la fundamentación valorativa del injusto.

Pero conocimiento de un elemento y conciencia de la licitud *no son homologables*. Para el conocimiento de un elemento de la infracción no se requiere la conciencia ni de la valoración ni tampoco de la *ratio del injusto*, así como para la conciencia de la licitud no se requiere necesariamente un conocimiento de un elemento concreto. La estructura de la conciencia de la licitud está dada sobre la base de una comprensión cultural y social del individuo de los valores y razonalidades concretas que informan el sistema jurídico y político en que vive y *participa*. Por eso, sería absurdo plantear como requisito la actualidad de la conciencia esto es, que esté presente al momento de la acción, como señala el artículo 60, párrafo 2, para los elementos de la infracción penal, basta con que en el sujeto *se dé* tal comprensión (el hecho que esté presente al momento de la acción, evidentemente es prueba que se da tal comprensión, pero el que no esté presente no es prueba que no se dé o que por lo menos no sea exigible —así claramente en los casos de dolo de ímpetu o en los hechos culposos—). Por eso, que tal conciencia vale tanto para hechos dolosos como culposos y estos últimos hemos constatado que no se construyen, como el dolo, sobre la base del conocimiento (y querer), sino sobre la falta de cuidado. Si la conciencia fuese igual a conocimiento de un elemento surgiría una contradicción con la estructura de los delitos culposos. Resultaría extraño después de haber señalado que el error, conforme al artículo 6 bis a, párrafos 1 y 2, eliminó —sea invencible o vencible— el conocimiento como forma de relación personal con injusto, y que la punibilidad sólo es posible ya fundamentarla sobre la falta de cuidado —como forma de relación personal, en su caso subsistente—, resurgiera por arte de magia con posterioridad nuevamente el conocimiento —conocimiento de la ilicitud— en el hecho culposo, para dar nacimiento a la culpa *iuris*. De ahí que la teoría del dolo tampoco logre dar un sentido coherente a su explicación del error sobre la licitud, pues basa la llamada culpa *iuris* sobre un conocimiento reaparecido desde las cenizas, como si fuese un ave fénix, ficción semejante a la de la teoría de la culpabilidad (17).

En otras palabras, la conciencia del injusto queda excluida conforme al artículo 6 bis a por la creencia errónea, esto es, por una conciencia diferente. Aquí, al revés que en la teoría del error, no se puede hablar de falta de conciencia, porque el sujeto siempre tendrá alguna, sólo que no la misma que inspira al injusto llevado a cabo.

(17) La estructura del delito culposo está basada en la falta de cuidado exigida, no sobre el problema de conocimiento como el dolo; más aún, hemos visto que tanto el error invencible como vencible sobre un elemento esencial, eliminan el conocimiento, pero sin embargo, en el error vencible puede quedar subsistente la culpa. Luego si el conocimiento no juega papel alguno en la culpa, ¿cómo se puede explicar entonces una exigencia de conocimiento actual de la antijuricidad para poder castigar el delito culposo? Resulta totalmente una ficción y con mayor razón todavía sostener que este conocimiento actual ficticio de la antijuricidad en el delito culposo pueda dar base a un error vencible que eliminaría ese conocimiento, pero que dejaría subsistente la posibilidad de una falta de cuidado *iuris* exigida o *culpa iuris*. En definitiva, nos encontramos ante una construcción basada sobre sucesivas ficciones.

### 3.2. *La creencia errónea invencible y vencible*

De todos modos, el legislador cayó un poco dentro de los planteamientos de la teoría de la culpabilidad y del dolo, ya que habla de *invencibilidad y vencibilidad* (18) de la creencia errónea y, ciertamente, tales conceptos se adecúan a la teoría del error y no de la creencia diferente.

En efecto, si planteamos el problema desde la perspectiva de la teoría del error, la creencia errónea elimina de partida toda posibilidad de respuesta del sujeto, luego no tendría sentido la distinción entre invencibilidad y vencibilidad, ya que esta última en la teoría del error se puede sustentar sólo sobre la base de la falta de cuidado exigido (*la culpa*) y en la creencia errónea no encontraríamos base de fundamentación para aplicar pena a la llamada vencible, aunque sea atenuada. Se transgredaría el principio de culpabilidad, ahora ya no en el sentido de falta de relación personal con el injusto, sino en el sentido que no hay base para establecer la capacidad de respuesta del sujeto. Es por eso, que la teoría del dolo recurre para tal fundamentación de la punibilidad de la creencia errónea vencible sobre la licitud a la culpa *iuris*; pero como hemos visto ello es insostenible, pues implica una ficción de conocimiento. Por su parte, la teoría de la culpabilidad no encuentra fundamentación para tal punibilidad y de ahí, con razón, se pueda criticar que extiende ilegítimamente la punibilidad, como lo ha señalado la teoría del dolo. Por eso, últimamente, Jakobs, para salvar esta deficiencia de la teoría de la culpabilidad, plantea una teoría de la culpabilidad elástica, en que el concepto de vencibilidad dice en verdad relación con la competencia (*Zuständigkeit*) del sujeto respecto de su falta de conciencia (18 bis). Pero también este planteamiento es una ficción, pues sin fundamentación alguna pone *a cargo* del sujeto su creencia errónea y, de ahí que tenga que llegar a la conclusión que la creencia errónea vencible no siempre atenúa, pues de partida *corre por cuenta* del sujeto (19). Por tanto, no sólo no se salvan las deficiencias de la teoría de la culpabilidad, sino que se las acentúa, se extiende todavía más de modo ilegítimo la punibilidad. Pero también el planteamiento de la culpa *iuris* de la teoría del dolo es una fundamentación ilegítima de la punibilidad en la creencia errónea vencible sobre la licitud del obrar. Primero, porque parte de una presunción de conocimiento, que existe un conocimiento de la ilicitud presente al momento que el sujeto realiza el hecho, lo cual es ciertamente *indemodable* y si así se postulara llevaría *al fracaso a todo proceso penal*. Segundo, porque se exige ya no sólo un cuidado en la forma de llevar a cabo un comportamiento, sino ahora también un cuidado respecto del conocimiento del derecho. Si ya hay que admitir que es una exigencia grande para el sujeto requerirle un cuidado en sus propias acciones, resulta totalmente desmesurado obligarlo a un cuidado de co-

(18) En sentido semejante, JAKOBS, Günther, ob. cit., p. 459.

(18 bis) Ob. cit., pp. 451, 459.

(19) Cfr. JAKOBS, Günther, ob. cit., p. 452.

nocimiento del derecho (o bien de la licitud o ilicitud), en el fondo sería exigir a todos que sean un buen jurista o buen juez. Tal exigencia carece de sentido y en la práctica se transforma entonces en una simple presunción de falta de cuidado. Por tanto, la teoría del dolo adolece de una doble ilegitimidad en su fundamentación de la creencia errónea vencible.

Pero el problema en torno a la conciencia gira de modo diferente a la teoría del error. No se trata como en el conocimiento si hay o no, sino si la conciencia del sujeto coincide o no con la que ha servido de base al ordenamiento jurídico en relación a ese injusto concreto. Si tiene la conciencia del injusto no habrá problema. Tampoco si claramente tiene una conciencia diferente, en virtud que las circunstancias jurídicas y sociales vivenciadas (de las que ha sido partícipe) por el sujeto configuraron de modo diferente su conciencia respecto de ese injusto concreto. Es lo que el Código llama creencia errónea invencible. En otros términos, en ese caso no hay posibilidad para el ordenamiento jurídico de *exigibilidad* de una coincidencia entre la conciencia del sujeto y la que sirve de base a su sistema en relación a ese injusto concreto. En otras palabras, la creencia errónea invencible es en verdad una *causa de no exigibilidad* de una determinada conciencia. El ordenamiento jurídico dada la imputabilidad del sujeto, es decir, su capacidad general de respuesta frente a ese orden racional, y dada la elementalidad de los valores o racionalidades del sistema, puede plantear la exigencia de una determinada conciencia al sujeto, es decir, que le era posible llegar a la comprensión de la valoración o racionalidad concreta de ese injusto. Sin embargo, por un sinnúmero de causas (de no exigibilidad —de carácter abierto, como es lógico, en el código, con la *fórmula amplia* de invencibilidad), ya sea personales estrictamente, por las circunstancias sociales y políticas y aún por la falta de elementalidad —o bien, gran complejidad— de las valoraciones o racionalidades que sirven de base al injusto concreto, tal coincidencia exigida por el derecho entre la del sujeto y la que sirvió de base al injusto, no resulta posible.

Ahora bien, sin embargo, puede suceder que las causas de no exigibilidad de la conciencia carezcan de la intensidad suficiente, que no logren dar una explicación totalmente satisfactoria respecto de la conciencia diferente del sujeto, en este caso no se da una causa de inexigibilidad completa o estricta. Es lo que el Código llama creencia errónea vencible. Esta, contrariamente a lo que sostiene Jakobs (20), ha de ser siempre atenuada, pues *hay una conciencia diferente*, sólo que las circunstancias que la han conformado no revisten la suficiente intensidad o no son suficientemente satisfactorias frente al sistema jurídico. Con razón entonces el artículo 6 bis a, párrafo 3 se remite al artículo 66 del Código penal, pues éste justamente da razón de la atenuación de la creencia errónea vencible, ya que se refiere al caso en que al no concurrir todos los requisitos para eximir de responsabilidad el hecho no fuere del todo «excusable» (expresión claramente normativa apli-

(20) Ob. cit., p. 452.

cable totalmente a la creencia errónea vencible, si se la considera desde el punto de vista de la exigibilidad de la conciencia). Por ello resulta totalmente homologable con el problema de la exigibilidad de la conciencia la regla final del artículo 66, al señalar que los Tribunales impondrán la pena en el grado que estimaren conveniente «atendido el número y entidad de los requisitos que faltaren o concurrieren».

En definitiva, pues, la única manera de entender la regla del artículo 6 bis a, párrafo 3, sobre la creencia errónea, es como una causa de inexigibilidad de la conciencia del injusto, es decir, como una cuestión fundamentalmente normativa (21) y, por tanto, esencialmente graduable (a diferencia de lo que sucede en la teoría del error, ya que el conocimiento se da o no se da).

Por cierto, se puede discutir el criterio de exigibilidad (excusabilidad según el artículo 66); pero éste aparece fundamentado tanto por el principio de imputabilidad, por la elementalidad los bienes jurídicos protegidos, como también por las características mismas de la conciencia del injusto, que le dan una estructura y flexibilidad muy diferente a la del estricto conocimiento. Por ello mismo, a cualquier posición doctrinaria aparece como exagerado llegar a la conclusión que la responsabilidad queda excluida en todo caso, si la conciencia del sujeto respecto de ese injusto concreto es diferente. Por eso que la teoría del dolo tuvo que crear la figura de la «ceguera jurídica», para evitar la excesiva ampliación de la impunidad que traía como consecuencia su planteamiento, pero tal concepto resultaba totalmente inadmisible y no era sino una nueva ficción de la teoría del dolo. De ahí entonces que también desde un punto de vista práctico el principio de la exigibilidad aparece totalmente justificado (22). Más aún, dado este carácter esen-

(21) Cfr. JAKOBS, Günther, ob. cit., pp. 460 ss. La perspectiva de Jakobs, propia a su planteamiento funcionalista de positivismo jurídico, es despersonalizante, en cambio la nuestra parte del hecho que una consideración valorativa tiene que tener como eje no al sistema sino al sujeto actor de las relaciones sociales que dan fundamento al sistema.

(22) Ciertamente se podría decir que como toda creencia errónea sobre el obrar ilícito implica una conciencia diferente, necesariamente hay siempre un error invencible; pero ello dejaría sin explicación la regla de vencibilidad que da el código, que por eso mismo hay que entenderla sobre la base de una causa de inexigibilidad incompleta. Sería absurdo explicar la regla de la vencibilidad de otra manera, esto es, por ej., que tuvo conciencia del injusto, pero con ciertas perturbaciones, ya que si tuvo tal conciencia, tales perturbaciones ya no influyen en su conciencia, sino en su actuar. De ahí que el llamado error sobre las excusas legales absolutorias o sobre las condiciones objetivas de punibilidad —en que no hay alteración respecto del conocimiento de un elemento esencial de la infracción y tampoco respecto de la conciencia de la ilicitud del obrar—, no es un problema propio ni a la teoría del error ni a la creencia errónea sobre la licitud del obrar, sino que se trata de circunstancias que inciden en relación a la exigibilidad de la conducta y pueden dar lugar a su inexigibilidad o a una atenuación.

Por último, si habría que reafirmar que como se trata también en la creencia errónea vencible de una conciencia diferente, con el objeto de acentuar que se trata de un problema de inexigibilidad, debería dar facultad al juez para llegar hasta la exclusión de la pena, y así también salvar cualquier interpretación demasiado rígida o estricta de la invencibilidad (cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual*, ob. cit., p. 404).

cialmente normativo del criterio de exigibilidad, puede prescindirse de él o restringirse en ciertos ámbitos jurídico penales, justamente por la falta de elementalidad de la valoración o racionalidad que sirve de base al injusto; así, por ejemplo, en el llamado derecho penal administrativo. Es decir, en este caso tanto la creencia errónea invencible como vencible excluyen la responsabilidad. La inexigibilidad o excusabilidad se produce siempre.

Para terminar, reafirmemos una vez más que la reforma del año 83 se aparta en el artículo 6 bis a de las llamadas teorías del dolo y de la culpabilidad y sus variantes, surgidas frente al texto penal alemán y conforme a una determinada tradición político, cultural y jurídica. Ello no significa desconocer las importantes aportaciones al ámbito jurídico penal de tal polémica; pero que, como tal, no es trasladable, y, sería absurdo tratar de ceñir nuestra realidad jurídica a un anillo teórico ajeno que, además, se ha demostrado insatisfactorio en sus soluciones.



# Desarrollo jurisprudencial del Derecho constitucional a la presunción de inocencia

ESTEBAN MESTRE DELGADO

Profesor de Derecho Penal del CEU-Luis Vives y  
Colaborador del Departamento de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá de Henares

El constituyente español de 1978, con una clara voluntad garantista, reguló minuciosamente los derechos y libertades públicas fundamentales, introduciendo en la Constitución un amplio elenco de controles y garantías que asegurasen la virtualidad de aquellos enunciados. El artículo 24, 2º de la Constitución ha convertido, coherentemente con esta orientación, «lo que limitadamente venía siendo un mero principio teórico de derecho», la presunción de inocencia, en «un amplio derecho fundamental (...), haciéndose vinculante para todos los Poderes Públicos y dotándole de la protección del amparo constitucional, representando por su contenido *una insoslayable garantía procesal*», como ha reconocido el Tribunal Constitucional (1).

Los enunciados constitucionales, como ha afirmado Aguiar (1983, 17), «cobran hoy la plenitud de su significado a través de las interpretaciones y contenido que a ellos atribuye la jurisprudencia del Tribunal (Constitucional) mediante sus sentencias en recursos de inconstitucionalidad, amparo (...) o conflictos de competencias». Rubio Llorente (2) ha precisado que la verdadera función a la que debe ordenarse el recurso de amparo es «la de servir de instrumento para precisar, definir y, en cuanto sea necesario, *redefinir continuamente el contenido de los derechos fundamentales*».

El contenido del presente trabajo parte de la contemplación de ambas perspectivas: por un lado, la consagración constitucional, como

(1) Sentencia de 29 de noviembre de 1983, dictada por la Sala Primera en el Recurso de amparo núm. 21/1983, de la que fue ponente el magistrado ESCUDERO DEL CORRAL. En el mismo sentido, puede verse la Sentencia TC de 28 de julio de 1981.

(2) En «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y poder judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», p. 67. Es igualmente interesante la idea que apunta de la actual conformación del recurso de amparo como mecanismo de control de la «constitucionalidad de la jurisprudencia», de tal manera que si dentro del Poder Judicial se arbitrasen recursos eficaces que garantizasen al ciudadano el ejercicio de los derechos fundamentales, podría hacerse restrictivo ese hoy omnicomprensivo recurso de amparo.

derecho fundamental y directamente exigible, de lo que antes era un principio; de otro, la labor interpretativa que, con asiduidad en los últimos cuatro años, ha realizado el Tribunal Constitucional, precisan- do tanto el contenido como los límites de la presunción de inocencia. La Sentencia núm. 56/1982, de 26 de julio, señala que la aplicación de este derecho fundamental informa el ordenamiento jurídico, lo que obliga a que las normas tengan que interpretarse desde esta presun- ción (3). Luego esta interpretación jurisdiccional está delimitando la futura interpretación que ha de darse a otras normas, por lo que la referencia exhaustiva a los pronunciamientos del Tribunal Constitucio- nal —como aquí se hace— cobra toda su significación. Para complementar este panorama, se hace referencia a las sentencias del Tribunal Supremo que han decidido basándose en el mismo derecho a la presun- ción de inocencia, lo que permite comprobar en qué medida la juris- dicción ordinaria asume la interpretación del Tribunal Constitucional, y en qué medida elabora sus propias decisiones desde otras considera- ciones, entre las que quizás tenga más peso la tradición histórica del principio procesal «*in dubio pro reo*».

Como ya ha señalado Bettiol (4), el favor rei, principio general del que es plasmación el derecho a la presunción de inocencia, debe ser el principio general básico e informador de toda la legislación penal y procesal de un Estado inspirado en su acción política y ordenamien- to jurídico por criterios superiores de libertad y respeto a la dignidad de los ciudadanos. Nuestra Constitución quiere configurar así la actuación estatal, y para ello utiliza criterios garantistas como el reco- nocimiento del derecho a la presunción de inocencia que aquí se estu- dia. De conseguirlo, la Constitución estaría actuando como mecanismo «ad hoc» para la consolidación de nuestro sistema democrático, en una función que Alvarez Conde ha denominado «transformadora» (5). Tan sólo a través de la práctica efectiva de nuestros Tribunales de Justicia —jurisdicciones ordinaria y Constitucional— podemos comprobar el grado de cumplimiento de las instituciones que fijó en su día el legislador constituyente. En esa línea de investigación se enmarca el presente trabajo.

(3) Sentencia que resuelve los Recursos de amparo 60 y 110 de 1982, acumu- lados, y de la que fue ponente RUBIO LLORENTE. Dice el Fundamento Jurídico Segundo que la constitucionalización de la presunción de inocencia es «la plena positivación de un derecho a partir del cual cualquier ciudadano podrá recabar su tutela *ante los Tribunales ordinarios* (art. 53.2 de la CE) y su elevación al ran- go de derecho fundamental, de conformidad con el cual deben ser interpretadas todas las normas que componen nuestro ordenamiento».

(4) En su obra «*Istituzioni di Diritto e Procedura Penale*», p. 213, en VÁZ- QUEZ SOTELO, p. 281.

(5) En su obra «*El régimen político español*», p. 23. La presunción de ino- cencia es un principio garantista que, además de cumplir una función legítima- dora democrática o incluso ideológica, ha supuesto de hecho un apreciable giro en la actuación de los poderes públicos, lo que a mi juicio, permite encuadrarle entre la relación de artículos que allí cita, caracterizados por su «potencialidad transformadora de la realidad social».

## I. LA GARANTIA JURISDICCIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PRESUNCION DE INOCENCIA

«Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida. ¿Qué derecho sino el de la fuerza será el que dé potestad al juez para imponer pena a un ciudadano mientras se duda si es reo o inocente?». Hace más de doscientos años que el Marqués de Beccaria se planteó la defensa de las garantías, penales y procesales, de aquellos ciudadanos que eran acusados de delitos no probados (6). Hoy el derecho a la presunción de inocencia alcanza el mayor rango normativo en los países desarrollados, manteniéndose, en esencia, la afirmación que igualmente hiciera Cesare Bonesana: «*inocente es (...) un hombre cuyos delitos no están probados*» (7).

El artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York - ONU), de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977, afirma que «toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a ley». El artículo 6.2 del Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (Roma - Consejo de Europa), de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, afirma igualmente que «toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida». La más completa de las formulaciones de este principio en textos internacionales es la contenida en el artículo 11.1.<sup>º</sup> de la Declaración Universal de Derechos de la ONU, de 10 de febrero de 1948, donde se enuncia que «toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa».

Esta panorámica de la regulación internacional del derecho fundamental a la presunción de inocencia se realiza porque el objeto principal de este estudio es analizar la interpretación —y desarrollo— que de él hace la jurisprudencia, constitucional y ordinaria, española, y el artículo 10.2.<sup>º</sup> de la Constitución obliga a realizar esta interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. De la misma manera, y como ha señalado el magistrado Arozamena Sierra (1979, 260), esta tarea interpretativa, «por la misma esencia constitucional», tiene que responder «a las exi-

---

(6) La primera edición del libro «*De los delitos y de las penas*» apareció en Livorno en 1764. La edición consultada es la segunda de las que publicó Alianza Editorial, Madrid, 1980, y la página de esta cita, la 52.

(7) Op. cit. loc. cit.

gencias de la adecuación a la realidad social, según un criterio evolutivo que haga actual en todo momento a la Constitución». La delimitación del contenido del derecho a la presunción de inocencia debe hacerse atendiendo a ambos postulados, en una «labor creadora» (8) ante cada uno de los múltiples supuestos que se presenten a la decisión del Tribunal, teniendo siempre presente su función de garante de los derechos y libertades constitucionales. Como ha escrito Andrés Ibáñez (1978, 70), «sometido al imperio de la ley, el Poder judicial independiente debería protagonizar un *papel netamente garantista* al servicio, como la propia Constitución, de toda la sociedad, que se concibe como un homogéneo agregado de individuos libres e iguales en derechos». Las sentencias del Tribunal Constitucional reiteran que su función no es «convertirse en un órgano revisor o tercera instancia» (9), sino examinar la existencia, en cada proceso, de las «debid as garantías procesales» (10).

Lógica consecuencia de la postura garantista de la jurisdicción es que el Poder Judicial (que, como todo poder público, está obligado a acatar las «exigencias indeclinables» del principio constitucional a la presunción de inocencia) abra «vías de penetración (de este derecho) en todas las instancias y recursos procesales» (11). Ello se vio claramente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo tras la aprobación de la Constitución, en sentencias en las que abría la posibilidad del recurso de casación, «dado el carácter preeminente de la Constitución» (12), a toda pretensión basada en el principio de presunción de inocencia, aunque no tuviere abierta vías ordinarias en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Aunque más adelante haré referencia a estos supuestos más concretos, hay que señalar previamente que el derecho fundamental a la presunción de inocencia garantizado en el artículo 24.2.º de la Constitución tiene la garantía jurisdiccional suprema del Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades contenidos en la Sección primera del Capítulo segundo de la Constitución (arts. 53.2.º y 161.1 b) de la CE), estando legitimada para interponerlo toda persona, natural o jurídica, que invoque un interés legítimo (art. 162.1 b) CE).

El artículo 53.2.º CE también posibilita la tutela de este derecho por los Tribunales ordinarios, a través de un procedimiento «basado en los principios de preferencia y sumariedad», y el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial posibilita un recurso de ca-

(8) AROZAMENA (1979, 260). Esta labor creadora es idónea para dar «mayor vida» al texto constitucional, sin que sea necesaria la revisión constitucional ante el surgimiento de nuevas necesidades.

(9) Sentencia del TC de 29 de noviembre de 1983, dictada por la Sala Primera en Recurso de amparo núm. 21/83, siendo ponente ESCUDERO DEL CORRAL.

(10) Sentencia del TC de 7 de febrero de 1984, núm. 17/84.

(11) Sentencia de la Sala Segunda del TS, de 13 de enero de 1983, de la que fue ponente MOYNA MÉNGUEZ.

(12) Sentencias de la Sala Segunda del TS de 22 de octubre de 1984 y 7 julio de 1984.

sación por «infracción de la Constitución» que se viene a añadir a este panorama de garantías jurisdiccionales del principio y derecho a la presunción de inocencia. La Sentencia del TS de 7 de julio de 1984 ya hizo referencia a la amplitud de criterio de la Sala para *acoger y potenciar* su tramitación, salvando la naturaleza no sustantiva del artículo 24.2.º CE al considerar que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Libro I de la Constitución «vinculan a todos los poderes públicos en forma incondicionada», lo que hace admisible «toda pretensión casacional» basada en la Constitución.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla en los artículos 849, 850 y 851 las causas posibles de interposición del recurso de casación (13), y el Tribunal Supremo ha ido acomodando estas vías a la posibilidad de alegar la falta de apreciación del principio de presunción de inocencia. La Sentencia TS de 26 de septiembre de 1984 ha determinado que el «tratamiento procesal más adecuado para la interposición del recurso de casación, con base en la citada presunción, es el del número segundo del artículo 849», pero no es el único, ya que no es obstáculo a la viabilidad de la impugnación la utilización del número primero de ese artículo 849 LECr., alegando aplicación indebida de un precepto de la Ley Penal sustantiva, ya que la «normativa constitucional ha de ser observada inexorablemente, dado su rango legal de primer orden».

La Sentencia TS de 3 de octubre de 1984 habla, en esta misma línea doctrinal, de la «tramitación obligatoria» del recurso en que se invoca la presunción de inocencia, aunque se realice a través de la vía del número primero de ese artículo 849 LECr., y llega más allá, «hasta el extremo que es susceptible su aplicación de oficio, si se pone de relieve su infracción». En semejantes términos se expresan las sentencias TS de 5 de octubre, 22 de octubre y 24 de octubre de 1984, si bien los considerandos de la de 22 de octubre amplían aún más las vías procedimentales, afirmando que «toda pretensión casacional basada en la presunción, sea cualquiera el precepto de la Ley procesal en que se ampare, será admisible siempre y cuando dicho precepto, con mención obligada del artículo 24.2.º, del 53.1.º, ambos de la Constitución, o de la «inexistencia de prueba alguna», sean los artículos 849, 850 o el 851 de esa Ley, lo que, en cualquier caso, legitima el camino procedimental». Las Sentencias de la misma Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1982 y 13 de enero de 1983 (en ambas fue ponente el señor Moyna Ménguez) afirman, en conclusión, que «la preeminencia de dicho derecho (a la presunción de inocencia) le hace inmune al rigor formal de este recurso extraordinario».

Y es que en la actualidad, la garantía jurisdiccional del derecho fundamental a la presunción de inocencia radica en el juez ordinario, y su

---

(13) El párrafo primero del artículo 849 contempla la infracción de una norma de carácter sustantivo; el párrafo segundo, el error de hecho; el art. 850, diversas irregularidades formales cometidas durante el procedimiento, y el 851, otras irregularidades formales, pero cometidas esta vez en la sentencia.

control se realiza en el proceso judicial. Ambos son instrumentos prioritarios para la permanente protección de este derecho, en tanto que la misión del Tribunal Constitucional, en materia de libertades públicas y derechos fundamentales, sin dejar nunca la protección singularizada, se orienta más a la formulación, con caracteres de generalidad, de esos derechos y libertades (14). La misión del Tribunal Constitucional, en materia de derechos y libertades, es, desde la perspectiva individual, subsidiaria, puesto que la prioritaria garantía debe estar en los jueces y procesos ordinarios, lo que no se contradice con la afirmación de que el Tribunal Constitucional respalda con su doctrina este panorama garantista de los derechos fundamentales, porque la interpretación constitucional de las normas se impone con eficacia normativa (15) a los jueces y tribunales en sus ulteriores tareas de aplicación del derecho.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional le define como «intérprete supremo de la Constitución», de donde se desprende que las interpretaciones del Tribunal en materia constitucional prevalecen sobre las llevadas a cabo por otros tribunales y, consecuentemente, que la jurisprudencia de éstos recaída sobre los actos y procesos en que se cuestione el derecho a la presunción de inocencia se entenderá corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos de aquél. Las normas constitucionales deben ser entendidas como las interpreta el Tribunal Constitucional, y esta interpretación vincula a los Tribunales con igual fuerza que la norma constitucional (16).

Problema distinto es determinar si las sentencias que resuelven recursos de amparo (paradigma de la «estimación subjetiva de un derecho») producen efectos más allá de los de la cosa juzgada. Frente a la tesis negativa, que mantiene, entre otros, Bocanegra Sierra (1982, 99), *mantengo el carácter vinculante de la interpretación constitucional de las leyes, que ha de imponerse, con ese carácter, a todos los órganos judiciales*. Los artículos 38.1.<sup>º</sup> y 40.2.<sup>º</sup> de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional atribuyen valor de cosa juzgada y carácter vinculante a todas las sentencias dictadas por ese órgano, ya sean esti-

(14) GARCÍA PELAYO (1981, 18) afirma que «la jurisdicción constitucional es la garantía institucional básica del Estado constitucional de Derechos». Sus decisiones tienden más a la formulación general de los principios básicos de la regulación constitucional que a la protección del caso concreto.

(15) Para AROZAMENA (1979, 279), «el juez constitucional es el juez supremo de las libertades públicas» porque asegura la supremacía de la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando interpreta la Constitución, «y también en todo caso en materia de libertades y derechos públicos, para los que está abierto el amparo constitucional, complementa el ordenamiento jurídico y obliga a todos».

(16) El artículo 61 de la LOTC afirma en su apartado tercero que «la decisión del Tribunal Constitucional vinculará a todos los poderes públicos y tendrá plenos efectos frente a todos», aunque se refiere a sentencias recaídas en procedimientos de anticonstitucionalidad. DOGLIANI (1982, 35) indica cómo la Constitución tiene una fuerza vinculante que se proyecta sobre la actividad de todos los poderes que contempla, proyección que se individualiza en cada decisión judicial interpretativa de la Constitución.

matorias o desestimatorias, argumento que refuerza la tesis aquí defendida. Desde otras consideraciones, Fernández-Carnicero (1979, 796) llega a la misma conclusión: él se fija en el principio de unidad del ordenamiento jurídico (17), y ciertamente éste es un criterio que hay que tener en cuenta. El Tribunal Constitucional ha reconocido claramente (18) que la interpretación de las leyes corresponde a los Tribunales ordinarios (art. 117 CE), y que el Constitucional sólo entra a examinar si tal interpretación es correcta o no, si existe el presupuesto «de la posible lesión de alguno de los derechos o libertades constitucionalmente protegidos» (19). Aunque en esas resoluciones no queda expresamente formulado, parece evidente que si la interpretación no es considerada correcta por el Tribunal Constitucional, el órgano jurisdiccional está obligado a variar su criterio.

## II. DEL PRINCIPIO «IN DUBIO PRO REO» A LA PRESUNCION CONSTITUCIONAL DE INOCENCIA

El Magistrado Escudero del Corral, en voto particular a la Sentencia de 28 de julio de 1981 (20), afirmó —y esa doctrina ha sido constantemente mantenida por el Tribunal Constitucional— que «la presunción de inocencia, que en su formulación latina del «*in dubio pro reo*» ha estado presente en nuestro ordenamiento y en la propia jurisprudencia penal como *un principio general* (21), ha venido a ser (...) desde su constitucionalización en el artículo 24.2 CE *un auténtico derecho fundamental, vinculante para los tribunales de justicia y dotado de la garantía del amparo constitucional*». Reiterando esos términos, la Sentencia núm. 13 de 1982 (22) delimita la distinción, y afirma que el principio «*pro reo*» tenía como misión *informar la actividad judicial*, en tanto que el derecho constitucional *vincula* a todos los poderes públicos y es de aplicación inmediata.

Pese a la evidente distinción de ambas figuras por el Tribunal Constitucional, las sentencias del Tribunal Supremo siguen insistiendo

(17) Entiende compatibles «los principios de judicialidad difusa y de judicialidad concentrada en la interpretación y aplicación de la norma constitucional», sin perjuicio de que el «órgano específico de control constitucional» consagre la validez última de cada norma (p. 797). En el mismo sentido, RUBIO LLORENTE (1982, 53), que entiende que el fallo del TC «se convierte en vinculante para los tribunales ordinarios, *cuya propia libertad de interpretación desaparece*».

(18) Sentencia núm. 14 de 1982, de 21 de abril, dictada por la Sala Segunda, en Recurso de amparo núm. 373/1981.

(19) Auto núm. 99 de 1982, de 24 de febrero, dictado por la Sala Primera en Recurso de Amparo núm. 404/1981.

(20) Dictada por la Sala Primera, en Recurso de amparo núm. 113/1980, de la que fue ponente doña Gloria BEGUE. La Sentencia recoge en parecidos términos la idea expuesta por ESCUDERO DEL CORRAL.

(21) Así, las Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 23 de mayo de 1964, 4 de febrero de 1965 ó 24 de enero de 1963.

(22) De fecha 1 de abril de 1982, dictada por la Sala Primera en Recurso de amparo 179/1980.

en que el principio de presunción de inocencia y el de indefensión, han sido tradicionalmente protegidos por él, «mediante instituciones como la no aceptación de presunciones en contra del reo» o «la interpretación favorable al mismo en materia penal mediante el principio 'in dubio pro reo'» (23). El Tribunal Supremo no distingue claramente que el axioma «pro reo» y la presunción constitucional de inocencia tienen distinta naturaleza, como ha considerado el Tribunal Constitucional, distinguiendo entre lo que «efectivamente es un derecho fundamental» y lo que es «*un mero principio teórico*» (24). Este se relaciona con la «*valoración benigna de las pruebas en caso de incertidumbre*» (25), en tanto que aquél representa una insoslayable garantía procesal, que determina la exclusión de la presunción de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, gozando de una presunción (*«iuris tantum»*, como luego se verá) de ausencia de culpabilidad. *Este derecho fundamental obliga a los Tribunales sentenciadores, tanto en instancia como en casación, a no proferir sentencia condenatoria en contra del reo cuando no consten en las actuaciones pruebas inculpatorias de su participación en el hecho punible que se persiga»* (26).

Cierto es que el Tribunal Supremo (y la mayoría de los tribunales de instancia) llegaron, empleando el principio general «*in dubio pro reo*», a resultados semejantes a los que hoy se llega con el reconocimiento del derecho fundamental a la presunción de inocencia, pero ello no obsta a que, en pura técnica jurídica, realicemos la necesaria distinción entre ambas figuras, por lo demás, de distinta naturaleza jurídica. Cuando el párrafo primero del artículo 406 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal declaraba que la confesión del procesado no dispensa al Juez de Instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito, anticipaba este derecho, que no tenía plasmación alguna, de la misma manera que podemos encontrarle semejanzas con otros principios, sin que en éstos quepa hablar de plasmación de un derecho fundamental. El Digesto contenía criterios de benignidad en favor del reo, como los principios «*semper in dubiis benigniora praferenda sunt*» (D. 50,17,35) o «*in poenalibus causis benignius interpretandum est*» (D. 50,17,155,2), que han informado las legislaciones posteriores, muchas de las cuales no conocían ni la categoría de los derechos fundamentales.

Es necesario distinguir previamente, y conforme ha realizado Vázquez Sotelo (1984, 281 y ss.), los principios del «*favor rei*» (el imputa-

(23) Sentencia de 3 de noviembre de 1982, de la que fue ponente el señor GIL SÁEZ.

(24) Auto núm. 84 de 1981, de 22 de julio, dictado por la Sección Segunda de la Sala Primera, en el Recurso de amparo núm. 147 de 1981. Realizan certamente la distinción las Sentencias TS de 31 enero 1983 y 7 julio 1984.

(25) Sentencia núm. 107, de 1983, de 29 de noviembre.

(26) Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 1983.

tado, aunque ciertamente sea reo, no por eso pierde su condición de sujeto de derecho y su estatus cívico y jurídico), el «favor libertatis» (evitar que la libertad personal sea suprimida o restringida), el «favor defensionis» (derecho intangible e inviolable a la defensa en el proceso penal), y el «in dubio pro reo» («existiendo duda» sobre cualquier hecho relevante a los efectos de la condena, el Tribunal debe absolver), del derecho fundamental a la presunción de inocencia. La mayor confusión, como ya he señalado, se ha producido entre este derecho y el principio «in dubio pro reo» y, sin embargo, la diferenciación es clara: mientras la máxima «in dubio pro reo» parte de la existencia de una duda, es decir, de un *criterio subjetivo*, la presunción de inocencia, «como verdad interinamente afirmada y mantenida, exige que una prueba adecuada la desplace, para que el Tribunal pueda condenar», y ello está planteando la existencia de un *criterio objetivo*, que permita plantear recurso contra la sentencia y una posterior fiscalización del proceder del Tribunal (27).

La Sentencia TS de 31 de enero de 1983 (28) resuelve un recurso que se plantea aduciendo infracción del principio jurídico general «in dubio pro reo», y establece claramente, por primera vez en la jurisprudencia del TS, la distinción que aquí formula. En primer lugar, afirma que «*los principios generales del derecho no constituyen completos preceptos legales sustantivos*», por lo que no pueden ser directamente utilizados para basar un recurso, a diferencia de lo que ocurre con el derecho a la presunción de inocencia, conforme ya se ha indicado. A continuación, deslinda ambas figuras, señalando que «*tal principio* tampoco resulta confundible con el artículo 24.2.º de nuestra Constitución, que crea en favor de los ciudadanos el *derecho a ser considerados inocentes* mientras no se presente prueba bastante para destruir dicha presunción; (...) el «*in dubio pro reo*» se dirige al juzgador como *norma de interpretación para establecer que, en aquellos casos en que se ha realizado una actividad probatoria normal, si las pruebas dejaren duda en el ánimo del juzgador de la existencia de la culpabilidad del acusado, deberá, por humanidad y justicia absolvérsele*, con lo cual, mientras el primer principio (29) se refiere a la existencia o no de una prueba que lo desvirtúe, el segundo envuelve un problema subjetivo de valoración de la misma».

Como derecho fundamental, la presunción de inocencia es directamente aplicable, caracterizándose no sólo por informar el ordenamiento sancionador español, sino por constituir un criterio normativo directo, «reclamable como garantía constitucional del proceso penal (30)

(27) Opinión que mantiene VÁZQUEZ SOTELO (op. cit., p. 287), y que considero acertada como criterio formal. La distinción material quedó de manifiesto *ut supra*.

(28) De la que fue ponente CASTRO PÉREZ.

(29) Se refiere al derecho fundamental, denominándolo, incongruentemente con la argumentación, «principio».

(30) No exclusivamente penal conforme más adelante se indicará. Confróntese la St. TC 13/82, de 1 de abril.

ante los propios órganos jurisdiccionales» (31). Como ha dicho Pece-Barba, haciendo referencia a esta protección inmediata, los derechos contenidos en el artículo 24 de la Constitución son «derechos fundamentales en plenitud» (1979, 45), cuyo contenido corresponde a valores supraconstitucionales «proclamados desde el preámbulo», como son la igualdad, libertad y seguridad jurídica (Lucas Verdú, 1979, 28).

La Sentencia TC de 14 de julio de 1982 considera a los derechos fundamentales, en este mismo sentido, como «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional», convirtiéndose, para Aguiar (1983, 23) en garantía institucional.

Finalmente, señalar que incluso la denominación del derecho a la presunción de inocencia como tal en la Constitución está caracterizando un principio garantista de las libertades cívicas, más amplio y rico que el principio «*in dubio pro reo*» y aún que la formulación italiana, que en el artículo 27 de su Constitución habla de «no considerar culpables» al acusado, distinción terminológica que a nadie escapa suscita grandes diferencias de contenido material.

### III. NATURALEZA JURIDICA Y REQUISITOS PROCESALES PARA SU ESTIMACION

El Tribunal Constitucional ha reiterado que el derecho a la presunción de inocencia tiene una trascendencia adjetiva o procesal evidente, que debe articularse a través de unas vías determinadas, a cuyo examen me dedicaré una vez sentada su naturaleza jurídica.

La Sentencia TC de 24 de julio de 1981 (32) definió la presunción de inocencia como una presunción «*iuris tantum*» que, como tal, puede ser destruida por prueba en contrario, siendo el Tribunal de Instancia el competente para la valoración de esa prueba. Desarrollando esta doctrina, la Sala Segunda del TS, en reiteradas sentencias, ha definido que esta presunción «*iuris tantum*» sólo subsiste «en tanto en cuanto no haya quedado probada la falta de inocencia, por lo que tanto este Tribunal, así como el Constitucional, tienen declarado que únicamente puede prosperar un recurso cuando el Tribunal de Casación, haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 899 de la LECr. —facultad que resulta potenciada por la necesidad de comprobar si ha quedado o no cumplidamente respetado el mentado principio constitucional—, compruebe que no ha existido el «*minimum*» de actividad probatoria para formar convicción» (33).

Esa presunción se califica como «derecho esencial de la persona» (34), «insoslayable garantía procedural» (35), y se reconoce

(31) VÁZQUEZ SOTELO, cit., p. 266.

(32) Dictada por la Sala Primera en Recurso de amparo núm. 25 de 1980, y de la que fue ponente D. Rafael GÓMEZ-FERRER.

(33) St. TS de 29 de septiembre de 1984.

(34) St. TS de 7 julio 1984.

(35) St. TS de 22 octubre de 1984.

reiteradamente su carácter procesal (—) (35 bis). La Sentencia TS de 3 de octubre de 1984 dice que «se trata en definitiva de un principio que afecta al procedimiento», la de 10 de noviembre de 1982, también del TS, reconoce su «naturaleza procesal», y la de 27 de septiembre de 1982 la define como «norma que sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona la estructura, de modo que sólo puede ser violada a través del procedimiento establecido», reafirmando su «naturaleza y eficacia procesal» al declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por infracción de ley, en el que se alegó el carácter penal sustantivo de la presunción de inocencia (36). En el mismo sentido, la Sentencia TS de 22 de octubre de 1984 afirma que este derecho «no sólo no es una norma sustantiva penal, sino que además sirve de base y condiciona toda la estructura del procedimiento criminal», doctrina ya contenida en la Sentencia TS de 7 de julio de 1984, que hacía referencia a la «naturaleza no sustantiva» de esa presunción.

Obviamente, la infracción de este derecho origina la posibilidad de recurrir en casación, conforme se ha analizado ya. Sin embargo, resta aún estudiar los requisitos procesales que han de existir para hacer viable su alegación. En numerosas ocasiones ha tenido oportunidad el Tribunal Supremo de pronunciarse, estableciendo una doctrina que la Sentencia del TS de 22 de octubre de 1984 recoge enunciando que «para que el recurso por infracción del artículo 24.2.<sup>º</sup> pueda prosperar es necesario no sólo que exista *una laguna en la valoración probatoria por parte de los jueces de la instancia*, sino que *la ausencia de tales pruebas ponga, pues, de manifiesto la no culpabilidad, o inocencia, del inculpado*». En el mismo sentido, la Sentencia TS de 29 de septiembre de 1984 establece que «únicamente puede prosperar un recurso cuando el Tribunal de Casación, haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —facultad que resulta potenciada por la necesidad de comprobar si ha quedado o no cumplidamente respetado el mentado principio constitucional—, compruebe que no ha existido el «mínimum» de actividad probatoria para formar convicción, pues cuando tal actividad hubiere existido, el recurso no puede tener éxito, debido a que el precepto constitucional en nada ha derogado ni modificado lo dispuesto en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». La Sentencia TS de 3 de noviembre de 1982 (ponente Gil Sáez) afirma, más estructuradamente, que «para que prevalezca la presunción constitucional es necesario: que en la causa no existan medios o elementos probatorios determinados por la lev, dirigidos a provocar la actividad de la valoración de la prueba, que pongan de relieve la valoración de los hechos, y de los que pueda desprenderse la inocencia o no inocencia del sujeto o sujetos del delito; que el principio de valoración de la prueba, consagrado

(35 bis) La St. TC 51/85, de 10 abril, habla de los «derechos constitucionales de carácter procesal» contenidos en el art. 24.2 CE.

(36) Fue ponente el Sr. MOYNA MÉNGUEZ.

en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (...) no sea vulnerado (...); que el examen que se realice sobre las actuaciones recaiga únicamente sobre la existencia o inexistencia de los elementos probatorios propuestos o practicados, *sin que pueda extenderse a la soberana dinámica que el juzgador penal hace en conciencia para emitir los juicios valorativos sobre la prueba*. Precisamente éste es uno de los límites formales a la alegación —y estimación— del derecho a la presunción de inocencia sobre el que más se ha pronunciado el Tribunal Supremo. Concretamente, la Sentencia de 26 de noviembre de 1982 (ponente Rodríguez López) decía que la presunción de inocencia «no supone intromisión en esa valoración en conciencia de la prueba, de la competencia exclusiva del Tribunal de instancia, pero a condición de que la prueba exista, es decir, que se produzca una mínima actividad probatoria, pues no es posible hacer juicio de valor sobre una prueba inexistente» (37). La sentencia TC 2/1984, de 18 de enero, afirma igualmente que «se desconocerá la presunción de inocencia cuando sin pruebas o prescindiendo de la prueba se declare la culpabilidad, pues las pruebas constituyen los fundamentos de la convicción íntima del juzgador; de aquí la importancia de cuidar la aportación al proceso de los medios probatorios y de las garantías de su aportación» (38). La Sentencia TC de 28 de julio de 1981 hace compatibles las competencias de los Tribunales de instancia para valorar las pruebas con la misión del Tribunal Constitucional. Dice en el Fundamento de Derecho III que «el principio de libre valoración de la prueba, recogido en el artículo 741 de la LECr., supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Pero para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia, es precisa una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales (...) de la que se puede deducir, por tanto, la culpabilidad del acusado, y es el Tribunal Constitucional quien ha de estimar la existencia de dicho presupuesto en caso de recurso». En voto particular firmado por Escudero del Corral se relativiza esta fundamentación del fallo, afirmándose, como premisa, que «sólo el Juez penal llamado por la Ley previamente a conocer del proceso y ante el que, como observancia de la inmediación, se desarrollan las pruebas y con respecto al cual se pretende un determinado conven-

(37) En el mismo sentido, la St. TS de 20 de septiembre de 1984, que limita el alcance de la presunción «no a aquellos casos en los que en los autos se halle reflejada un mínimo de actividad probatoria, sino a la total ausencia de prueba, de acreditamientos, puesto que mal se puede valorar lo que no existe», doctrina repetida en la St. TS de 29 de octubre de 1984.

(38) Reitera la doctrina mantenida en la St. TC de 26 de julio de 1982, a la que cita, y la de 28 de julio de 1981, que certamente afirmó que «la función de este Tribunal cuando se alega la posible vulneración de la presunción de inocencia en un proceso penal, no es sustituir con su criterio al del Juez en la valoración de la prueba practicada, sino verificar que ha existido ese mínimo de actividad probatoria de cargo en la que pueda basarse la libre valoración del Juez».

cimiento íntimo, personal, en conciencia, e inviolable, puede pronunciarse sobre el efecto que en su ánimo ha producido dicha actividad procesal, sin que por exclusión ningún control sobre el valor de ésta pueda atribuirse al Tribunal Constitucional». El artículo 44, 1, b) de la LOTC respalda esta afirmación cuando declara que sobre los hechos «que diera lugar al proceso, en ningún caso entrará a conocer» el Tribunal Constitucional. El voto particular dedica a ello también su argumentación, declarando que está fuera de las atribuciones del Tribunal Constitucional «cuanto suponga ausencia de respeto a la determinación fáctica del Tribunal penal, tanto analizando las pruebas que los formaron como desvirtuando su contenido, ya que *la determinación de lo que es prueba, como su alcance y efectos, son elementos de la exclusiva valoración de dicho órgano jurisdiccional común*». El magistrado discrepante en esta Sentencia entiende que ésta no es congruente, ya que «no se hace sino afirmar lo que antes se había negado: que la jurisdicción constitucional tiene en cierta medida atribuciones para valorar la prueba, confundiéndose dos acepciones de ésta: *la prueba como medio*, cuya existencia puede discutirse en el amparo, cuando se invoca la presunción de inocencia, si resulta inexistente formalmente, y *la prueba como resultado* o impacto que produce en el juzgador de los hechos, y que debiendo quedar totalmente marginada de la intervención del Tribunal Constitucional (...), resulta contrastado, desde el momento en que por este órgano se le califica de cargo o descargo y se examina su contenido y valor». El resultado al que se llega como conclusión en este voto particular es que «*al Tribunal Constitucional, si se quiere respetar la libre valoración o íntima convicción del Juez penal, sólo cabe comprobar la existencia formal de una actividad probatoria, con independencia de su posible fuerza dialéctica o argumentativa*».

La duda que se plantea Escudero del Corral está también en la Sentencia TS de 22 de octubre de 1984, cuando establece que «en modo alguno se trata de vulnerar la libre valoración en conciencia» de las pruebas, sino que «lo que se busca es la existencia, constatada, de un medio o elemento de prueba que permita destruir la presunción (...), *lo que no impedirá seguramente que en más de una ocasión se cuestione, incluso ante el Tribunal Constitucional, el concepto y ámbito de lo que procesalmente es mínima actividad probatoria*».

La buena doctrina se encuentra, entre otras, en la Sentencia del TS de 9 de julio de 1983 (ponente Fernando Cotta y Márquez de Prado), en la que se considera que «invocado como infrigido el mencionado principio, se hace preciso realizar un examen exhaustivo, metódico y acabado de las diligencias practicadas, para venir en conocimiento de la existencia o ausencia de esas pruebas inculpatorias, porque de la conclusión a que se llegue dependerá en definitiva el fallo que haya de decretarse», ya que «*el principio de presunción de inocencia (...) solamente construye su eficacia a la existencia o inexistencia de pruebas inculpatorias respecto de la participación de un individuo en la comi-*

sión de un hecho punible a efectos de su absolución, si faltan, o de su posible condena, si existen, pero no al resto de las circunstancias». La Sentencia TC 77/1983, de 3 de octubre, profundiza esta interpretación, a mi juicio la acertada, cuando afirma que «el derecho a la presunción de inocencia no permite calibrar la mayor o menor abundancia de las pruebas, ni la apreciación que de acuerdo con el ordenamiento legal hayan hecho los órganos de aplicación de la ley». Al Tribunal Constitucional corresponde, según la sentencia de 29 de noviembre, núm. 107 de 1983, «comprobar si, ante la alegación de la virtualidad de la presunción de inocencia, ha existido una mínima actividad probatoria del cargo que pudiera desvirtuarla, pero respetando el criterio con que la misma fue valorada por el Tribunal Penal». La valoración de la prueba «extravasa las facultades» del Tribunal Constitucional (Sentencia 105/83, de 23 de noviembre), pues no es «de su competencia» (Sentencia TC 9/1984, de 30 de enero), por lo que *un recurso que plantea esta valoración incurre en la causa de inadmisión recogida en el artículo 50, 2, b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, «ya que se puede adelantar la segura desestimación de la pretensión formulada»* (39).

El Tribunal Constitucional ya ha delimitado con claridad que *no puede estimarse la alegación de haberse infringido el principio constitucional de presunción de inocencia cuando lo que se pretende es sustituir el convencimiento a que llega el Tribunal sentenciador, tras realizar cumplida actividad probatoria, por el de la parte*. Este criterio, mantenido en el Auto 84/81, de 22 de julio, ha sido ratificado por la Sentencia TS de 25 de octubre de 1984, en la que duramente se dice que el recurso, en el que se denuncia la inobservancia del principio de presunción de inocencia, «merece la más enérgica repulsa, pues de lo que trata el recurrente es de sustituir con su propio criterio y subjetiva apreciación a la hecha por el Tribunal de instancia en la apreciación de las pruebas, valiéndose para ello de fragmentar la prueba, desarticular los medios probatorios y sacar consecuencias insólitas por medio de una serie de falsas presunciones...».

Otro requisito para la estimación de este derecho, en la vía del amparo constitucional, es la invocación formal, en el proceso, de estimarse vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia, tan pronto como se tenga conocimiento de su violación, y otro más, igualmente formal, el haber agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial antes de acudir al Tribunal Constitucional (Sentencia TC de 28 de julio de 1981). De no cumplirse estos requisitos, no cabría el amparo del Tribunal Constitucional, si no la desestimación del recurso sin entrar en el fondo de la cuestión planteada, al ser el amparo «un medio último y subsidiario de garantía», y exigirse esos requisitos en el artículo 44.1.º de la LOTC (40).

(39) En el Fundamento Jurídico II del Auto del TC 106 de 1982, de 3 de marzo. En el mismo sentido, el Auto núm. 105 de 1982, de la misma fecha, y el Auto 198/82, de 2 de junio.

(40) La St. TC de 26 de julio de 1982 explica la necesidad de haber ago-

#### IV. CONTENIDO Y LIMITES DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Como derecho fundamental, y no mero principio teórico, la presunción de inocencia tiene un claro y perfilado contenido, que la jurisprudencia constitucional ha ido delimitando. El Auto núm. 84/81, de 22 de julio de 1981 (41), entre otras muchas resoluciones, ha establecido que el contenido de este derecho supone una doble exigencia: «de una parte, que nadie puede ser considerado culpable hasta que así se declare por sentencia condenatoria, y, de otra, que las consecuencias de la incertidumbre sobre la existencia de los hechos y su atribución culpable al acusado beneficien a éste imponiendo una carga material de la prueba a las partes acusadoras».

La Sentencia TC de 21 de diciembre de 1983 (42) centra el contenido de este derecho fundamental en una presunción «*iuris tantum*» cuya carga no puede imputarse al acusado, ya que precisamente es su inocencia la que se presume existente hasta que no se pruebe lo contrario, prueba cuya carga debe corresponder a quien acuse.

En desarrollo de esta interpretación constitucional, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha declarado que «dicha presunción significa lo que, al fin y al cabo, es obvio y evidente, esto es, que, en el proceso penal se debe partir y se parte de la prístina inocencia del acusado, incumbiendo a las partes acusadoras la aportación de las pruebas incriminatorias demostrativas de la culpabilidad del meritado acusado» (43). Para realizar tal misión, como ya ha quedado de manifiesto, el Tribunal Constitucional, y el Supremo, realizan una continua redefinición de este derecho fundamental, expresando, ante cada caso concreto, cuál es el contenido de la institución y cuáles sus límites.

*El contenido del derecho a la presunción de inocencia «no puede entenderse reducido al estricto campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos», como ha afirmado el Tribunal Constitucional (44). Dentro de estos campos, el derecho a la presunción*

---

tado, previamente al amparo constitucional, todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial, razonando que «la protección de los derechos corresponde primordialmente a los Jueces y Tribunales que integran el Poder Judicial, los cuales, como es obvio, sólo pueden otorgarla cuando se busca a través de instituciones procesales posibles y adecuadamente utilizadas». (ponente: RUBIO LLORIENTE).

(41) Dictado por la Sección Segunda de la Sala Primera, en Recurso de amparo núm. 147/81.

(42) Dictada por la Sala Segunda en Recurso de amparo núm. 375/83, y de la que fue ponente TOMÁS Y VALIENTE.

(43) Sentencia de 20 de septiembre de 1984.

(44) Sentencia 13/82, de 1 de abril, dictada por la Sala Primera en Recurso de amparo 179/1980, de la que fue ponente DÍEZ DE VELASCO. La misma doctrina

de inocencia opera en la consideración global que debe hacerse sobre cada proceso en concreto. La Sentencia TC 105/1983, de 23 de noviembre («caso Vinader») dejó sentado que *este derecho «no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido*, en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final que le ponga término, esto es, no permite desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, *sino que ha de merecer una consideración global para puntualizar en cada caso si ese derecho fue o no respetado concretamente en la decisión judicial condenatoria, pero tomando en cuenta el conjunto de la actividad jurisdiccional»*; ya antes el Tribunal Supremo había utilizado el mismo razonamiento para considerar que la presunción de inocencia constríñe únicamente su eficacia «a la existencia o inexistencia de pruebas inculpatorias respecto de la participación de un individuo en la comisión de un hecho punible (...) pero no al resto de las circunstancias objetivas y subjetivas que concurren en la perpetración de la acción delictiva de que se trate» (45).

La presunción de inocencia, como todo derecho fundamental, no es un derecho absoluto (46), sino que tiene unos límites (47), cuya existencia ha justificado la Sentencia TC de 8 de abril de 1981, afirmando que «la Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones; en otras ocasiones, el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediana o indirecta, en cuanto que ha de justificarse *por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos*». Estos límites han sido definidos a través de numerosas sentencias y autos, pero sin formar un cuerpo doctrinal homogéneo y completo, en lo que al derecho a la presunción de inocencia se refiere.

*La alegación de este derecho no puede hacerse, por su propia naturaleza, en los delitos «in fraganti», puesto que «ya de por sí son incompatibles»* (48), ni, como ya se ha visto, *puede prosperar cuando se*

---

se halla en el Auto 129/82, de 31 de marzo, dictado por la Sección Segunda de la Sala Primera, en Recurso de amparo 370/81, donde se reconoce la «extensión de dicho derecho de presunción de inocencia a ámbitos distintos del estrictamente penal». Y en el mismo sentido, la Sentencia TS (6.<sup>a</sup>) de 22 de julio de 1985.

(45) Sentencia de la Sala Segunda del TS, ya mencionada, de 9 de julio de 1983, de la que fue ponente COTTA Y MÁRQUEZ DE PRADO.

(46) «Que los derechos fundamentales no son unos derechos absolutos y, por lo tanto, están sujetos a límites, es hoy una afirmación generalmente admitida y no plantea problemas en sí misma» dice AGUIAR (1983, 28). El problema nace cuando esos límites no estriban en la misma Constitución, sino que son declarados por el Tribunal Constitucional, cuyo amplio margen de interpretación le está convirtiendo (DE VEGA, 1980, 308) en «el peligroso y temible Leviathan de los tiempos modernos».

(47) La Sentencia TC de 29 de enero de 1982 dice expresamente que «no existen derechos ilimitados, todo derecho tiene sus límites».

(48) Sentencia TS de 10 de octubre de 1984, donde se señala también la imposibilidad de alegar este derecho «haciendo tabla rasa de toda una gama probatoria».

alega errónea valoración de la prueba realizada, puesto que su ámbito de efectividad se centra en los procesos donde se condena con carencia de pruebas de cargo, correspondiendo la misión de valorar en conciencia el resultado de las pruebas al ámbito de poder y responsabilidad del juzgador de instancia (49).

Sin embargo, sí hay que apreciar que se infringe este derecho cuando se toma, por el juzgador de instancia, como prueba, lo que no es: «no se puede estimar prueba la única manifestación de la víctima, no adverada por ningún otro medio procesal, de cualquier orden que sea» (50), ni sirven, ni se toman en consideración a los efectos de destruir esta presunción de inocencia las *declaraciones sumariales sin asistencia de Letrado*, aunque sólo por ello no puede pretenderse la nulidad del juicio (51). La fundamentación de esta resolución está en que esa presunción sólo puede ser destruida por una actividad probatoria aportada al proceso *con las debidas garantías procesales*, entre las que indudablemente se cuenta la asistencia de Letrado. En el mismo sentido, la Sentencia TC de 28 de julio de 1981, ya citada, dice que «*la confesión del procesado ante la Policía*» que forma parte del atestado «tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el artículo 297 de la LECr., y no basta para que se convierta en prueba de confesión con que se dé por reproducida en el juicio oral; es preciso que sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial». En consecuencia, *no puede considerarse que la sola declaración del procesado ante la Policía sin las garantías establecidas en el artículo 17 de la Constitución, y sin haber sido ratificada ante el órgano judicial constituya base suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia*.

Mayores problemas plantean los recursos en que se impugnan concretas medidas procesales, como contrarias a este derecho. El Tribunal Constitucional, partiendo de su misión interpretadora de la Constitución, estudia previamente «los límites del derecho a la presunción de inocencia», para después, en una segunda fase, analizar si se ha producido la vulneración alegada (52). Así ha sucedido cuando se ha recurrido en amparo un *auto de inadmisión de un recurso de casación*, concretando el Tribunal que éste «no encierra una violación directa de la presunción de inocencia, en cuanto que no hace pronunciamiento alguno sobre la culpabilidad o inocencia del recurrente» (53); e igualmente cuando se ha recurrido un *Auto de procesamiento*. En este

---

(49) Sentencia TC de 26 de julio de 1982, en Recurso de amparo núm. 30 de 1982, de la que fue ponente AROZAMENA.

(50) Sentencia TS de 22 de octubre de 1984, que sin embargo veda la posibilidad de recurso si existe prueba, aunque sea «deficitaria o relativamente incompleta».

(51) Sentencia TS de 11 de octubre de 1984.

(52) Sentencia TC 108 de 1984, de 26 de noviembre, dictada por la Sala Primera, en Recurso de amparo 459/83, de la que fue ponente el Sr. GÓMEZ-FERRER.

(53) Sentencia TC de 26 de julio de 1982, citada, de la que fue ponente RUBIO LLORENTE.

caso, el Auto 199/82, de 2 de junio, del TC (54) ha reconocido que efectivamente el derecho a la presunción de inocencia no puede quedar restrictivamente referido en un proceso penal al momento de dictar sentencia, ya que «las cargas y perjuicios que para el procesado dimanan del Auto de procesamiento son tan relevantes que no es posible desconocer la presunción de inocencia a la hora de ordenar el procesamiento». Pero, interpretando el artículo 384 de la LECr, conjuntamente con el 24.2.º de la Constitución, el Tribunal admite que, *cuando se dan «indicios racionales de criminalidad» contra determinada persona, el Auto de procesamiento no vulnera la presunción de inocencia* (55). De lo contrario, otros derechos constitucionalizados con el mismo rango (así, el 24.1.º CE) «correrían grave peligro de verse insatisfechos por no haberse tomado en su momento las medidas de aseguramiento necesarias, y todo el mecanismo procesal podría resultar condenado a actuar en el vacío». Semejante razonamiento se utiliza («el derecho a la presunción de inocencia es compatible (...) con la adopción de medidas cautelares») cuando se resuelven recursos contra la prisión preventiva, institución a la que dedico capítulo separado, por su trascendencia.

El contenido material del derecho a la presunción de inocencia se perfila igualmente, en las resoluciones del Tribunal Constitucional, con respecto a otros sectores del ordenamiento: «no significa ir contra la presunción de inocencia apreciar una culpa relevante en el orden laboral, inferida por el Juez tras una determinada actividad probatoria, aunque luego, desde otra óptica y en otro orden normativo, el Juez penal estime no desvirtuada en lo penal la presunción de inocencia de la misma persona» (56); las medidas de control administrativo sobre procesos industriales, no afectan para nada al principio de presunción de inocencia de los empresarios a que se dirigen, pues no son medidas sancionatorias, sino favorecedoras de otros derechos fundamentales, como la vida y salud de los ciudadanos (57); las declaraciones de «culpabilidad» de uno de los cónyuges en proceso de separación matrimonial no pueden tomarse, sin más prueba, para privar de la guarda y custodia de los hijos a ese cónyuge (58).

(54) Dictado por la Sección Cuarta, de la Sala Segunda, en Recurso de amparo 125/82.

(55) El Tribunal Constitucional no puede, y así lo declara expresamente, entrar a valorar los hechos que dieron lugar al proceso, ni puede afirmar o negar en éste la existencia de indicios racionales de criminalidad, porque, de hacerlo así, actuaría sustituyendo a los órganos de la jurisdicción penal, lo que le está vedado.

(56) Sentencia TC, en Recurso de Amparo núm. 96/83, de fecha 23 de febrero de 1984, dictada por la Sala Segunda, y de la que fue ponente el Magistrado TOMÁS Y VALIENTE.

(57) Auto TC de fecha 9 de junio de 1982, núm. 211/82, dictado por la Sección Cuarta de la Sala Segunda, en Recurso de amparo núm. 135/82. Dice: «estimar la pretensión del recurrente equivaldría a entender que cualquier norma general restrictiva de derechos y libertades, por fundada que estuviese (como sucede con la presente) vulneraría la presunción de inocencia, derecho que así entendido se convertiría en disparatada panacea justificativa del más radical e in-social individualismo».

(58) Recurso de amparo núm. 179/80, resuelto por Sentencia 13/82, de 1 de abril, de la que fue ponente el Magistrado DÍEZ DE VELASCO.

Las resoluciones jurisprudenciales no han definido más el contenido de este derecho a la presunción de inocencia. Sin embargo, cabe averiguar todavía un mayor ámbito de aplicación de este derecho. Sentado (Sentencia TS de 27 de septiembre de 1982) que la presunción de inocencia «no incide ni directa ni indirectamente sobre la tipificación de los delitos o faltas, o sobre la definición de las responsabilidades de los inculpados», conviene profundizar en ese principio, para dar una opinión, cuanto menos, sobre la corrección de esa interpretación jurisprudencial. Hasta ahora, todas las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la presunción de inocencia han sido tomadas resolviendo recursos de amparo, pero *nada impide que se formulen recursos de inconstitucionalidad de leyes, partiendo de este derecho*, que vincula a todos los poderes públicos, y, sobre todo, al legislador,

*Las presunciones de culpabilidad existentes en el ordenamiento penal deben desaparecer, por ser dudosamente compatibles con el derecho constitucional aquí estudiado.* La Reforma del Código penal, realizada por la Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, suprimió, en este sentido, la presunción de voluntariedad de las acciones u omisiones penadas en la ley, que se encontraba en su artículo 1.<sup>º</sup> (59). Este argumento lo ha utilizado ya la Sentencia TS de 26 de septiembre de 1984.

Rodríguez Ramos (1983, 1) ha defendido, con esta argumentación igualmente, la *declaración de inconstitucionalidad de los delitos de sospecha* previstos en los artículos 408, 483 último párrafo y 485 del Código penal; con técnica precisa aduce que «si en determinados tipos penales se prevé una pena para un sospechoso (no culpable), su aplicación significaría castigar a un ciudadano por un hecho cuya comisión o autoría no ha sido probado, y si la presunción de inocencia dispone precisamente lo contrario, la colisión de normas es patente, debiendo prevalecer la superior». Vázquez Sotelo (1984, 296 y ss.), añade a los citados los delitos de los artículos 216 (que presume jefatura de la rebelión), 220 (presunción de jefatura de la sedición), 257 (presunción de jefatura o de la cualidad de promotor en los delitos de depósitos de armas o municiones no autorizadas), 266 (presunción de culpa y responsabilidad de los padres, tutores o guardadores de hecho de menores de dieciséis años cuando éstos comentan los delitos de tenencia y depósito de armas o municiones o tenencia de explosivos), 315 (presunción derivada de la tenencia de las sustancias, materias, útiles, máquinas o instrumentos para la falsificación de documentos o sellos), 319.3.<sup>º</sup> (la imputación del delito fiscal a los directores, gerentes, consejeros-delegados o personas que efectivamente ejercen la administración de la sociedad, entidad o empresa deudora de la cuota defraudada o titular de la ventaja fiscal ilícitamente obtenida),

(59) El artículo 1.<sup>º</sup> dice ahora que «son delitos o faltas las acciones dolosas o culposas penadas por la Ley. No hay pena sin dolo o culpa». En contra del principio del *favor rei*, la antigua formulación imputaba al acusado la carga material de levantar la voluntariedad de la que partía el legislador, invirtiendo la carga de la prueba.

hoy derogado, y 408 (responsabilidad en cascada, por presunciones, en la riña tumultuaria), todos del Código penal. Recientemente, el Juzgado de Instrucción núm. 15 de los de Madrid ha planteado, en este mismo sentido, cuestión de constitucionalidad («B.O.E.» 3 mayo 1985) contra el artículo 509 C. p., por contradicción con el artículo 24.2 CE.

La mencionada reforma urgente de junio de 1983 suprimió el cuarto párrafo del artículo 502 del Código penal, en el que se presumía la presencia del malhechor que habitualmente anda en cuadrilla respecto del delito cometido por ésta, en una adecuación de los preceptos penales al ordenamiento constitucional a la que he hecho referencia en otro lugar (60).

El Auto TC de 2 de junio de 1982, ya citado, decía en su Fundamento Jurídico Único que «el derecho a la presunción de inocencia no puede quedar restrictivamente referido en un proceso penal al momento de dictar sentencia», por lo que cabe apreciarlo en la tramitación del proceso, como ya indiqué anteriormente. En consecuencia, se ha mantenido (61) la *inconstitucionalidad del principio inquisitivo en la instrucción*, que hace asumir al juez «dos papeles absolutamente incompatibles», en detrimento de la presunción de inocencia. Igualmente, Rodríguez Ramos afirma que *atasta contra este derecho la ejecutoriedad de la sanción recurrida en el procedimiento administrativo*, ya que significa «presumir la existencia de culpabilidad a pesar de haberse interpuesto recurso en sentido contrario». Carli Gardino (1983, 74) se plantea la constitucionalidad de las medidas restrictivas de derechos en el proceso penal, desde el punto de vista de la defensa, aunque partiendo de un presupuesto constitucional italiano distinto al español, como ya se indicó.

## V. PRESUNCION DE INOCENCIA Y PRISION PREVENTIVA: ¿UNA CONTRADICCION CONSTITUCIONAL?

Con escasos artículos de distancia, la Constitución reconoce el derecho de todos a no ser considerados culpables sino en tanto exista resolución condenatoria firme de un Tribunal competente, y hace referencia a la prisión preventiva, estableciendo en el inciso final del párrafo cuarto del artículo 17 que «por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional», institución que es así aceptada por el legislador constituyente en una, al menos, aparente contradicción con aquel derecho.

(60) En mi reseña a la edición del «Código penal» preparada por Enrique GIMBERNAT para Tecnos («ANUARIO DE DERECHO PENAL», núm. 1/1985), donde señalé que este cuarto párrafo del art. 502 C. p. consagraba una «presunción de culpabilidad» «absolutamente incompatible con una Constitución que proclama el principio de presunción de inocencia del inculpado».

(61) RODRÍGUEZ RAMOS (1983, 1). Por su parte, DÍAZ PALOS (1983, 13) señala el contraste entre principio acusatorio y principio inquisitivo.

Efectivamente, se entiende por prisión preventiva «el encarcelamiento que, ordenado por la Autoridad judicial, sufre el procesado durante la instrucción sumarial, y *con anterioridad al fallo sentenciador firme*» (62), lo que ha hecho exclarar a Movilla Alvarez (1981, 206) que el mantenimiento de la prisión preventiva responde a una política de anticipación de la sanción que mal se adecúa con la presunción de inocencia del artículo 24 (63), y a Calvo Sánchez (1985, 1) que «en términos absolutos, la adopción de esta medida está en franca contradicción con la presunción de inocencia» (64).

Distinta es la postura que hasta ahora ha adoptado el Tribunal Constitucional, señalando la armonización de ambas figuras.

Efectivamente, la postura jurisprudencial acerca de la prisión preventiva siempre sitúa esta institución «entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro» (entre otras, la STS de 2 de julio de 1982, ponente: Díez de Velasco), y se la define como «medida cautelar de aseguramiento personal» (65).

La Sentencia 108/84, ya citada, de 26 de noviembre, afirma que «el derecho a la presunción de inocencia es compatible, sin embargo, con la adopción de medidas cautelares», y cita expresamente a la detención preventiva, «que se conecta con el derecho a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad durante el procedimiento». La única limitación, relacionada con la interpretación que debe darse al artículo 5.3.º del Convenio de Roma es el carácter «razonable» que ha de tener la prisión preventiva, «en cuanto afecta a los principios de libertad individual y presunción de inocencia» (66). En consecuencia, establece que «la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares, siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho que, cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso».

Poniendo en relación los artículos 1.1.º, 17.1.º y 24.2.º, todos de la Constitución, la Sentencia TC de 2 de julio de 1982 dice que la prisión preventiva debe regirse «por el principio de excepcionalidad», como también recomiendan las normas internacionales (67) .

(62) GARCÍA VALDÉS (1982, 75).

(63) Citando a ANDRÉS IBÁÑEZ, afirma que esta institución le da la impresión de que «la única solución para atenuar las disfuncionalidades del sistema es encarcelar más».

(64) Aunque luego admitirá la constitucionalidad de la medida, como ya se verá.

(65) Auto TC 94/82, de 17 de febrero, en Recurso de amparo núm. 384/81.

(66) Cita asimismo las Sentencias de 27 de junio de 1968, casos Wemhoff y Neumeister y de 10 de noviembre de 1969, casos Stögmüller y Matznetter.

(67) El art. 9.3.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Como lógica consecuencia de su carácter excepcional, esa sentencia indica que debe adoptarse mediante «resolución judicial motivada». En ella se indicará si concurren los tres supuestos determinantes, de conformidad con el artículo 503 de la LECr. (68), de la prisión provisional, que son la existencia de un hecho que presente caracteres de delito, que su pena sea superior a la de prisión menor, y que aparezcan en la causa, sin que ello prejuzgue la resolución judicial penal, motivos bastantes para creer responsable de delito a la persona procesada.

La doctrina ya señaló (69) la conveniencia de que «su duración se extienda el menor tiempo posible, en base a la presunción de inocencia de todo individuo hasta que no sea encontrado culpable por el Tribunal competente». El artículo 17.4.<sup>º</sup> CE alude al plazo máximo de la prisión preventiva, señalando que se determinará por ley, y ésta prescribe que la libertad no debe restringirse «sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar su persona e impedir las comunicaciones que puedan perjudicar la instrucción de la causa» (artículo 520 LECr.). Los artículos 503 y 504 del mismo texto legal han sufrido en breve tiempo dos reformas (23 de abril de 1983 y 26 de diciembre de 1984), que han ido ampliando los supuestos de aplicación de esa institución. Mientras la ley de 1983 excluía de la prisión provisional los supuestos castigados con prisión menor (desde el momento en que fuese prestada la fianza correspondiente) y los delitos sancionados con arresto mayor (en cualquier caso), la «reforma de la reforma» permite la aplicación incondicional de esa medida cautelar en ambos supuestos delictivos. Se amplían también los plazos máximos, pasando de seis meses a un año (para los delitos sancionados con prisión menor), de dieciocho meses a dos años (para los delitos castigados con penas superiores), y de treinta meses a cuatro años (como techo indesbordable para los casos especiales). Concurren en esta nueva redacción de la ley dos caracteres de mayor agravamiento con respecto al texto antes vigente: por un lado, la excepcionalidad de esos cuatro años de encarcelamiento provisional máximo no deberá ya ser justificada por un catálogo cerrado de motivos, sino por la concurrencia de circunstancias genéricas; por otro, las «dilaciones imputables al inculpado» quedan sustituidas por las dilaciones no imputables a la Administración de Justicia».

*Las sentencias del Tribunal Constitucional reafirman la constitucionalidad de la institución de la prisión provisional siempre que deciden sobre ella. Las argumentaciones de los distintos considerandos*

---

afirma que «no debe ser la regla general» para las personas que hayan de ser juzgadas, y la Resolución 11 (65) del Consejo de Europa recomienda a los Gobiernos que actúen de modo que la prisión provisional se inspire en los siguientes principios: a) no debe ser obligatoria y la autoridad judicial tomará su decisión teniendo en cuenta las circunstancias del caso; b) debe considerarse como medida excepcional; y c) debe ser mantenida cuando sea estrictamente necesaria y en ningún caso debe aplicarse con fines punitivos.

(68) En la redacción dada por la Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre.

(69) GARCÍA VALDÉS, op. cit., p. 76.

siempre se reconducen a observar si se cumplen los requisitos legales, pero sin entrar a calificar la constitucionalidad del problema de fondo. La Sentencia de 2 de julio de 1981, citada, establece que se respetan las «normas constitucionales, legales y de carácter internacional (...) si se pone de manifiesto que los hechos por los que se procede (...) son constitutivos de delito, no teniendo asignada una sanción penal inferior a la que fija la ley para que proceda la prisión provisional, y mientras subsistan los motivos que la han ocasionado». La Sentencia TC de 26 de diciembre de 1984 (70) afirma que «la clave de la cuestión se encuentra evidentemente en el último inciso del apartado 4.º (del art. 17 CE), que remite la duración máxima de la prisión provisional a una Ley. No cabe duda de que la vulneración de esa Ley supondría una vulneración del derecho fundamental a la libertad y a la seguridad consagrado por el artículo 17 CE (...). Hay que examinar si realmente las resoluciones judiciales impugnadas han sido adoptadas contra lo que dispone el artículo 504 LECr». *Falta, en esta doctrina del TC la consideración de la constitucionalidad del contenido de esa ley a la que se remite el artículo 17 CE, constitucionalidad que no sólo se cumple rellenando la cláusula de remisión del artículo 17.4.º, sino dotándola de un contenido que respete los artículos 9, 10, 24 y 25 CE.*

Es indudable que «aunque estos plazos (de duración máxima de la prisión preventiva) puedan variarse por el legislador, mientras la Ley fije unos, es evidente que han de cumplirse», siendo más dudoso que «ese cumplimiento integra la garantía constitucional de la libertad consagrada en el mencionado artículo 17 CE», como afirma la Sentencia TC de 26 de diciembre de 1984. *La garantía constitucional de la libertad debe darla el Tribunal Constitucional, que debe considerar en profundidad los problemas que se le someten, no debiendo sólo velar por el cumplimiento de la norma, sino, de oficio incluso, controlar la constitucionalidad de las normas cuya aplicación se discute. El artículo 25.2 CE establece que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, garantizando al interno determinados derechos que allí figuran. Es dudoso que este precepto constitucional se cumpla con la actual regulación de la prisión preventiva.*

Coincido con Calvo Sánchez (op. cit., loc. cit.) en que «aunque en términos absolutos la adopción de esta medida está en franca contradicción con la presunción de inocencia, consagrada como principio constitucional en el artículo 24.2.º de la Constitución, la adopción de esta medida en la forma generalizada en que se hace, a nivel internacional, pone de manifiesto que la prisión provisional tiene unas finalidades que cumplir a nivel procesal y social». La propia exposición de motivos de la Ley Orgánica 10/84, de 26 de diciembre, habla de la «tensión dialéctica entre los principios de libertad personal y presunción de

(70) Dictada por la Sala Primera TC, de la que fue ponente el Magistrado LATORRE SEGURA.

inocencia y aseguramiento del proceso». Todo ello no debe hacernos olvidar que, en supuestos de colisión entre distintos intereses o bienes jurídicos, debe sacrificarse el de menor entidad en beneficio del de mayor, sobre todo cuando, como aquí sucede, el aseguramiento del proceso se cumple igualmente con otras medidas materiales: una eficaz Administración de Justicia, que tramitara los procedimientos en un tiempo mucho menor ayudaría sin duda, pero sostengo que la institución de la prisión preventiva no cumple las exigencias constitucionales contenidas en los artículos 9, 10, 24.2.º y 25 CE, debiendo sustituirse por otras medidas, posibles, que garanticen igualmente el aseguramiento del proceso y el respeto a los derechos fundamentales de los procesados, medidas auténticamente cautelares, como la permanencia vigilada en el domicilio, la orden de no abandonar un lugar determinado sin autorización previa del Juez, o la retirada del pasaporte o del DNI, como ha propuesto la Resolución 11/1965, de 9 de abril, del Consejo de Ministros del Consejo de Europa.

Todo ello se propone desde la convicción de que los preceptos constitucionales tienen una virtualidad material evidente, cuyo último sentido, en un Estado Social y Democrático de Derecho, sólo puede ser la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

#### BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

- AGUIAR, Luis, *Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional español*, en «Revista de Derecho Político», núm. 18/19, UNED, Madrid, Verano/Otoño de 1983, pp. 17 a 30.
- ALVAREZ CONDE, Enrique, *El régimen político español*. Ed. Tecnos, Madrid, 1983.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Uso alternativo del Derecho y práctica judicial*, en el colectivo «Sobre el uso alternativo del Derecho», Fernando Torres, editor, Valencia, 1978.
- AROZAMENA SIERRA, Jerónimo, *Valor de la jurisprudencia constitucional*, en «La Constitución española y las fuentes del Derecho», Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979, vol. 1, pp. 257 a 279.
- BOCANEGRA SIERRA, Raúl, *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 1982.
- BONESANA, Marqués de Beccaria, César, *De los delitos y las penas*, Alianza Editorial, Madrid, 1980.
- CALVO SÁNCHEZ, María del Carmen, *De nuevo sobre la prisión provisional. Análisis de la Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre*, en la «La Ley», número 1.158, 22 de marzo de 1985, pp. 1 a 4.
- CARLI GARDINO, Adriana, *Il diritto di difesa nell'istruttoria penale*, A. Giuffrè editore, Milano, 1983.
- DOGLIANI, Mario, *Interpretazioni della costituzione*, Franco Angeli Editore, Milano, 1982.
- FERNÁNDEZ-CARNICERO, Claro-José, *La interpretación de la norma constitucional*, en «La Constitución española y las fuentes del Derecho», Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, vol. 2, pp. 783 a 799.

- GARCÍA CARRERO, M., *La apreciación de la prueba en conciencia en el proceso penal y la protección constitucional de la presunción de inocencia*, en «Poder Judicial», núm. 5, diciembre de 1982, pp. 67 a 72.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, *El «status» del Tribunal Constitucional*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, núm. 1, enero/abril de 1981.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Reflexiones sobre la prisión provisional*, en sus «Estudios de Derecho Penitenciario», Madrid, Tecnos, 1982, pp. 75 a 82.
- GORDILLO GARCÍA, Manuel, *La jurisprudencia en la Constitución*, en «La Constitución española y las fuentes del Derecho», Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, vol. 2, pp. 1177 a 1190.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *El principio pro reo en el derecho y en el proceso penal*, en «Revista de Derecho Procesal», 1966, II, pp. 77 a 110.
- LUCAS VERDÚ, Pablo, *Los títulos preliminar y primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», núm. 2 monográfico, Madrid, 1979, pp. 9 a 50.
- MARTÍN PALLÍN, José Antonio, *Control judicial de las libertades frente al poder*, en «Justicia y delito», Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Madrid, 1981, pp. 117 a 129.
- MARTÍNEZ FRESNEDA, Gonzalo, *Las garantías de la defensa en los juicios penales*, en «Justicia y delito», Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Madrid, 1981, pp. 131 a 147.
- MOVILLA ALVAREZ, Claudio, *Política criminal en la perspectiva constitucional*, en «Justicia y delito», Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Madrid, 1981, pp. 171 a 216.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución*, en la «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», núm. 2 monográfico, Madrid, 1979, pp. 39 a 50.
- RICO FERNÁNDEZ, J., *Aplicación del principio de presunción de inocencia en la vía casacional*, en «La Ley», 1983, IV, pp. 628 y 629.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Presunción de inocencia no minimizada*, en «La Ley», 1983, IV, pp. 1249 a 1252.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, *Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional*, en «Revista española de Derecho Constitucional», núm. 4, año 2, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, enero/abril 1982, pp. 35 a 67.
- SACRISTÁN REPRESA, G., *Notas sobre la presunción de inocencia*, en «Poder Judicial», núm. 5, diciembre de 1982, pp. 61 a 66.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Secretaría General, *Jurisprudencia constitucional*, volúmenes I, II, III, IV, V, VI, Madrid, Imprenta del «B. O. E.», 1982, 1983 y 1984.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Repertorio Aranzadi del...*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1982.
- VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- VEGA GARCÍA, Pedro de, *Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución*, en sus «Estudios político-constitucionales», Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1980, pp. 283 a 309.

VEGA RUIZ, J. A. de, *La valoración penal de la prueba y la presunción de inocencia*, en el «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», núm. 1.326, 15 de octubre de 1983, pp. 3 a 6.

VEGA RUIZ, J. A. de, *Consideraciones sobre la presunción de inocencia*, en «B.I.M.J.», núm. 1.327, 25 de octubre de 1983, pp. 3 a 5.

Las sentencias del Tribunal Supremo se han obtenido del «Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi», de las fechas que se citan en el trabajo, y las sentencias del Tribunal Constitucional no publicadas en la relación citada se han consultado en la separata del «Boletín Oficial del Estado» correspondiente.

Estando en pruebas este trabajo ha aparecido un artículo de FERNÁNDEZ ENTRALGO en «La ley» de 18 de octubre de 1985, titulado «El sentido de la prisión provisional y la Ley Orgánica 10/1983 (sic.) de 26 de diciembre», que no ha podido ser tenido en cuenta y que coincide en algunos aspectos con lo que aquí se sostiene en la parte final, referida a la prisión preventiva.

# «La aplicación pública de caudales a diferente destino, como delito de malversación»

(Estudio del artículo 397 del Código penal)

RAMON BLECUA

Profesor de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid

**SUMARIO:** I. Consideraciones previas.—II. El artículo 397 del Código penal: 1. Estructura del precepto: a) Sujeto activo. b) Caudales o efectos públicos. c) La acción: Aplicación pública diferente. 2. Culpabilidad y apreciación de eximentes. 3. Penalidad.—III. Consideraciones finales (De lege ferenda) 1. En torno a la despenalización del artículo 397. 2. Una nueva orientación del delito de malversación de caudales públicos.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El vigente Código penal, en el capítulo X del Título VII del Libro II, bajo la rúbrica «De la malversación de caudales públicos» (artículos 394 a 399) tipifica unas conductas criminales de diversa naturaleza, lo que dificulta la labor del intérprete para llegar a la formulación de un concepto general de delito de malversación de caudales, estimando acertada la expresión de Suárez Montes que califica a la regulación de nuestro Código de *polifórmica tipificación* (1), contrastando con la legislación penal extranjera que simplifica esta materia, como el Código penal de la República Federal Alemana, que le dedica un solo precepto (parágrafo 353).

El delito de malversación de caudales tiene su antecedente en el *peculatus* del Derecho romano (de *pecus*, sistema primitivo de transacciones), y se aplicó a la *pecunia sacra*, que requería el rito de la consagración pública, de manera que la ausencia de este requisito impedía la calificación de *peculatus* y se transformaba en hurto (2).

En el Digesto se define el peculato como hurto de dinero público, entendiendo por tal el que pertenecía al pueblo romano, al Erario

(1) SUÁREZ MONTES, *El delito de malversación de caudales públicos*, «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», año 1966, pág. 831.

(2) FERRINI, *Diritto Penale Romano*, Bretschneider - Roma, año 1976, página 413.

Público, no el de los municipios. Las conductas podían consistir en: sustraer (*auferre*), destruir (*interficere*) o distraer (*verttere in rem suam*) el Erario Público.

Como advierte Ferrini, la evolución posterior enlaza este delito con el fraude —*populum fraudare*— que comete el funcionario encargado de la acuñación de moneda, empleando una aleación de inferior calidad y aprovechándose de la diferencia que le reporta esta manipulación. En este caso no podía hablarse de moneda falsa, sino genuina, y no era de aplicación la Ley Cornelio Nummaria (3).

Otra figura interesante era el *crimen residuorum*, que cometía el encargado de una misión oficial, que no justificaba los caudales recibidos mediante la rendición de cuentas.

La pena era pecuniaria del cuádruple de la estimación del objeto del delito, pudiendo procederse contra los herederos del culpable. En la época justiniana se castiga a los funcionarios públicos con la deportación, pudiendo llegar a la pena de muerte.

Durante mucho tiempo la usurpación del Erario Público se incluyó entre los delitos de lesa majestad. En el antiguo Régimen, los delitos de los funcionarios no gozaban de plena autonomía con respecto al crimen *Lesae Maistatis* y, gracias a la influencia del Iluminismo, se inicia la separación en algunos Estados europeos.

Entrando en la etapa codificadora española se perfila el delito en estudio como propio del funcionario público, que tiene a su cargo caudales o efectos públicos y este carácter del que está investido el sujeto activo destaca sobre el aspecto objetivo, basado en la tutela patrimonial, como advierte Olesa Muñido (4), de tal modo que no es un simple delito contra la propiedad, cualificado por el abuso de confianza en que puede incurrir el funcionario, sino, sobre todo, el incumplimiento de los deberes que ligan a éste con la Administración; de ahí que, tradicionalmente, se encuadre este delito dentro de los cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Sin embargo, ya a partir del Código de 1822 se advierte una ampliación por incluir también como sujetos activos a los particulares que hayan sido designados depositarios de bienes embargados, secuestrados o puestos en custodia o en administración por orden de autoridad legítima. Como reconoce la jurisprudencia, este precepto recurre a una doble ficción: la de conceder a los depositarios de bienes embargados la cualidad de funcionarios públicos, en virtud del nombramiento de la Autoridad, y la de considerar caudales públicos a los bienes embargados de los particulares, a través del acto de afectación judicial o administrativa (5). Pero se llega a desvirtuar aún más el concepto de malversación, a causa de la incorporación de otro precepto, relativo al in-

(3) FERRINI, *Ob. cit.*, pág. 413.

(4) OLESA MUÑIDO, *El delito de malversación por distracción de caudales o efectos públicos en el vigente Código penal español*, «Estudios jurídicos en honor del profesor Pérez Vitoria», tomo I, Barcelona, año 1983, pág. 632.

(5) Scias, 9 de julio 1982 (comentada en Código Penal de COLEX, 2.º ed., Madrid, año 1984, pág. 185) y de 12 de noviembre de 1983.

cumplimiento de obligaciones propias de los depositarios de efectos públicos, como es la omisión del pago que debieran efectuar y la negativa a entregar la cosa puesta en su custodia o administración, cuando fueran requeridos por la autoridad competente (art 398). Tales conductas, más próximas al delito de desobediencia, previsto en el artículo 369, pueden estar ocultando una malversación, ya que la expresada actuación del funcionario no suele ser caprichosa sino motivada por una imposibilidad devenida de la falta de numerario o de los objetos puestos bajo su guarda, pero, a mi juicio, previamente habría que depurar su responsabilidad, a fin de probar la sustracción o distracción de los fondos públicos, mediante el oportuno expediente tramitado por el Tribunal de Cuentas.

De cuanto antecede, se advierte la deficiente regulación del delito de malversaciones de caudales en nuestro Código penal, por lo que estimo necesario su reconstrucción sobre nuevas bases, aportando una opinión al respecto en el último capítulo de este trabajo.

## II .EL ARTICULO 397 DEL CODIGO PENAL

Considera malversación la conducta del funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación pública diferente de aquella a la que estuvieren destinados. La pena será la de inhabilitación especial y multa del 5 al 50 por 100 de la cantidad distraída, si resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren consignados, sin que pueda bajar dicha multa de 30.000 pesetas y la de suspensión, si no resultare.

El precepto expuesto presenta dificultades de interpretación incrementadas por la escasa atención dedicada por parte de nuestra doctrina penal y por la ausencia de precepto similar en la legislación comparada de nuestro área cultural.

En cuanto a los antecedentes históricos, se introduce esta figura en el Código penal de 1848 (6), probablemente inspirándose en el Código napolítano, en cuyo artículo 217 se castigaba la sustracción o distracción de fondos públicos que no tiene por objeto un lucro ilícito, sino que consistiere en aplicar los caudales, efectos de crédito o mobiliario, sin autorización competente, a distinto uso de su primitivo destino.

La aparición de este precepto ha de buscarse en la evolución política y económica del Estado moderno, que se remonta a principios del pasado siglo, época en la que se hallaba en pleno apogeo la teoría de la división de poderes y la supremacía del legislativo sobre el eje-

(6) Curioso precedente constituye la Orden de Hacienda de 14 de junio de 1822, relativa al pago de sueldos al personal de la Armada Nacional, prohibiendo que las cantidades destinadas a este fin se apliquen a otros conceptos por los encargados de su distribución. Cfr. RAQUEJO ALONSO, *La Intervención General del Estado* (1808-1974), en la obra colectiva «Itinerario histórico de la Intervención General del Estado», Madrid, año 1976, pág. 245.

utivo en cuanto al control de los ingresos y gastos de la Hacienda Pública; por ello, se otorga la máxima importancia al Presupuesto, definido como la expresión cifrada de los ingresos y gastos públicos, clasificándose los créditos con la debida especificación para atender al cumplimiento de las obligaciones que se reconozcan durante su período de vigencia (anual o bianual).

En nuestra Patria se alude al Presupuesto General de Gastos en la Constitución de 1812, que juntamente con el plan de contribuciones a imponer para satisfacer aquellos, había de presentar el Secretario de Despacho de Hacienda a las Cortes. Posteriormente los Secretarios de Despacho rendirán cuenta de los gastos hechos en sus respectivos Ramos. Por su parte, la Tesorería General debería rendir cuenta anual de todas las contribuciones y rentas y de su inversión. Las Cortes examinarán y aprobarán las cuentas de inversión de los caudales públicos, tanto las que rindan la Tesorería General, como las de los Secretarios de Despacho.

Aunque el protagonismo de las Cortes era evidente en las fases de aprobación del Presupuesto y en su liquidación, era preciso disponer de otros organismos de control durante el desarrollo del mismo, los cuales se denominaron: Contaduría Mayor de Cuentas (Antecedente del Tribunal de Cuentas) y las Contadurías de Valores y Distribución (antecedente de la Intervención General de la Administración del Estado).

Los Presupuestos Generales del Estado en su primera etapa expresaban gastos globales para cada Ministerio. El primer Presupuesto con estructura moderna es el correspondiente al año 1835, que se divide en dos grandes capítulos: De los gastos y de los recursos para cubrirlas, sustituyendo las cifras globales por partidas detalladas en cada Ministerio (7). En esta dirección se encuentran las leyes de Administración y Contabilidad, que sucesivamente se promulgaron en 20-2 1850, 25-6-1870 y 1.<sup>o</sup> de julio de 1911, y en el Reglamento de la Ordenación de Pagos de 24 de mayo de 1891, que atribuye a la Intervención General de la Administración del Estado la *publicación de los Presupuestos Generales del Estado con el detalle necesario para que al haber del Tesoro se le dé la inversión que determinen las Leyes*.

De acuerdo con lo expuesto, el ejecutivo tenía unas limitaciones que afectaban tanto a los ingresos públicos —respecto a la imposición y exacción de tributos, que han de ser aprobados por Ley— como a los gastos públicos, cuyas restricciones eran:

a) *Cuantitativas*: ya que no pueden sobrepasar los importes de consignaciones presupuestarias, consecuencia de la falta de crédito (7 bis).

(7) RAQUEJO ALONSO, *Ob. cit.*, pág. 243.

(7 bis) El art. 60 de la Ley General Presupuestaria acoge este principio cuando dispone que los créditos autorizados en el estado de gastos de los presupuestos tienen carácter limitativo y, por tanto, *no podrán adquirirse compromisos de gastos por cuantía superior a su importe*. Las consecuencias que se derivan de la infracción de este precepto son la nulidad de pleno derecho de los

b) *Cualitativas*: (el cómo y dónde) el gasto ha de efectuarse en las atenciones previstas y no en otras, según el principio que la doctrina francesa denominó *especialité des crédits*, que suponía un detalle pormenorizado de los créditos que se estimaban necesarios para atender el cumplimiento de las obligaciones públicas, con una distribución por secciones, capítulos, artículos y conceptos dentro de cada Departamento ministerial (7 ter).

El sistema de compartimentos estancos y rigidez —del que es muestra la Ley de Administración y Contabilidad de 1911, cuyo artículo 41 prohibía las transferencias entre capítulos, artículos y conceptos presupuestarios— presentó grandes dificultades prácticas, por lo que dicho precepto fue suspendido por Decreto-Ley de 8 de noviembre de 1957.

La Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977 contiene normas más flexibles, por cuanto faculta al Gobierno para acordar transferencias en los créditos globales a los específicos de la misma naturaleza económica en las operaciones de capital (art. 67); autoriza al Ministro de Economía y Hacienda para efectuar transferencias dentro del mismo programa (art. 68) y a los Ministros para redistribuir los créditos entre las diferentes partidas de un mismo concepto presupuestario (art. 69).

La Ley que aprueba los Presupuestos Generales del Estado para 1985, de 30 de diciembre de 1984, faculta al Consejo de Ministros para autorizar la transferencia de créditos entre programas del mismo o diferentes Departamentos ministeriales, incluidos en distintas funciones. Asimismo se autoriza al Ministro de Economía y Hacienda para transferir créditos desde el programa de imprevistos y funciones no clasificadas a los conceptos y artículos respectivos de los distintos programas de gastos, con sujeción a las normas previstas en el artículo 9, llegando, aunque excepcionalmente, a permitir la habilitación de créditos, mediante la creación de los conceptos pertinentes, cuando en la ejecución del Presupuesto de Gastos se planteen necesidades no contempladas de forma directa en el mismo.

## 1. ESTRUCTURA DEL PRECEPTO

### a) *Sujeto activo*

El concepto de funcionario público ha sido controvertido, y su indeterminación es particularmente grave en el ordenamiento jurídico-

---

actos administrativos y disposiciones con rango inferior a ley que pudieran haberse dictado y la exigencia de responsabilidades a la autoridad o funcionario que diera lugar al compromiso de los gastos.

(7 ter) El art. 59 de la Ley General Presupuestaria proclama que los créditos para gastos se *destinarán exclusivamente a la finalidad específica* para la que hayan sido autorizados por la Ley de Presupuestos o por las modificaciones aprobadas conforme a esta Ley.

penal en el que se construyen determinadas conductas con tal sujeto activo cualificado; así se advierte en nuestro Código penal de 1848 un intento de precisión en su artículo 322 «para los efectos de este título, se reputa empleado todo el que desempeña un cargo público, aunque no sea de Real nombramiento, ni reciba sueldo del Estado», ya que en aquella época era costumbre la figura del comisionado del Gobierno, persona a la que por éste se encomendaba la contratación con empresas mercantiles sin pertenecer a la Administración.

Fue preciso esperar a la definición de funcionario público «a efectos penales», para evitar entrar en conflicto con otras disciplinas jurídicas, contenida en el actual artículo 119 y de la que, según Olesa Muñido (8) se deducen los elementos integrantes.

- 1.—Participación en el ejercicio de funciones públicas.
- 2.—Legitimación para su desempeño (Ley, elección, nombramiento y autoridad competente).

Pese a todo, no han quedado disipadas todas las dificultades, ya que subsisten las dudas en cuanto a la consideración que merece el funcionario de hecho. Así, Rodríguez Devesa distingue los siguientes supuestos (9):

— El que sin pertenecer a Cuerpo de la Administración asume por propia iniciativa una función pública y custodia caudales de tal naturaleza, pronunciándose en contra de su condición de funcionarios públicos, por carecer de los requisitos exigidos en el artículo 119. Por el contrario, si pese a su carácter privado es nombrado por la autoridad competente y ejerce de «facto» funciones públicas, habrá de responder como si fuera funcionario efectivo, mientras no se ponga término a tan anómala situación (Vd. S. de 26 febrero de 1971 respecto al cobrador al servicio de un Ayuntamiento).

En el caso del funcionario que ejerce las funciones que le son propias, pero ha de cesar por pase a la situación de jubilado, excedencia, etc., y continúa indebidamente en el cargo no comete malversación, sino un delito contra la propiedad de los tipificados en el Código penal como si fuera un particular, además de incurrir en el de prolongación de funciones públicas, previsto en el artículo 374 del Código.

Acotando el campo al estudio del precepto que se examina, se advierte que el sujeto activo ha de quedar limitado por la relación existente entre su función administradora y los caudales a su cargo. En este sentido ya el Código penal de 1822 se refería a los que tuvieran a su cargo la recaudación, administración, depósito, intervención o distribución de caudales pertenecientes al Estado o a la comunidad de una provincia o un pueblo (art. 463) como posibles sujetos activos del delito de malversación. Por consiguiente, la relación expresada nos lleva necesariamente a analizar el requisito de la competencia del funcionario por cuanto las atribuciones conferidas en materia de compromi-

(8) OLESA MUÑIDO, *Ob. cit.*, pág. 632.

(9) RODRÍGUEZ DEVESAS, *Derecho Penal (Parte Especial)*, Madrid, 1975, página 977.

ter gastos, ordenar pagos, etc., ha de tener su correlativo contrapeso para que no abuse de su cargo desviando los caudales a diferentes atenciones de las que estuvieran destinados. En cualquier caso, el concepto de competencia del funcionario público que aquí interesa no es el propio del derecho administrativo, sino que ha de prevalecer un concepto penal más amplio —como puso de relieve la más reciente doctrina italiana— que ha de entenderse como la facultad de disponer material o jurídicamente de caudales públicos, pues de otro modo sería inviable que el sujeto les diere un destino distinto del ordenado, pudiendo distinguirse dos formas de actuación: .

— Cuando el sujeto activo, en su calidad de autoridad administradora de recursos públicos, procura la realización de un suministro, obra o servicio con cargo a una imputación presupuestaria que no es la destinada a sufragar ese gasto concreto.

— Cuando la autoridad o funcionario que tiene en su poder fondos recibidos de una venta en pública subasta, de determinados servicios a particulares, etc., no dispone su ingreso en el Tesoro Público, sino que los aplica a cubrir otras pretendidas necesidades de carácter público. Esta conducta presenta mayor gravedad que la anterior, por cuanto sustraе las inversiones efectuadas al control del gasto público, tanto externo como interno, y al régimen de contabilidad pública, infringiendo así lo dispuesto en los artículos 107 y 123 de la Ley General Presupuestaria.

### b) *Caudales o efectos públicos*

Es el objeto material sobre el que recae el delito que nos ocupa.

El legislador español, a diferencia del francés o el italiano, no efectúa una descripción que permita conocer sus elementos integrantes. Por ello, habrá que recurrir a otras disposiciones como la Ley General Presupuestaria, en cuyo artículo 106 indica que constituyen el Tesoro Público todos los recursos financieros, sean dinero, valores o créditos de la Administración del Estado y de los Organismos Autónomos.

Los caudales públicos estarán constituidos por la moneda metálica, billetes del Banco de España de curso legal, y las divisas extranjeras ; acerca de estas últimas existe abundante jurisprudencia, derivada del procesamiento de funcionarios del I.E.M.E., condenados por malversación al falsear documentos oficiales que permitieron a los exportadores la apropiación de los mismos, cuando tenían la obligación de ceder una parte al Tesoro.

Se produce aquí un caso curioso, cual es la calificación como caudales públicos de la moneda extranjera en poder de particulares, con base en el compromiso contraído por éstos de efectuar la cesión parcial de lo recibido a consecuencia de las transacciones efectuadas en el mercado internacional. La jurisprudencia fundó su argumentación en el *derecho expectante* del Estado, desde el momento que autoriza la

operación y que se consolida cuando las divisas entran en el patrimonio del exportador, al que se califica de *mero detentador* (10) de las divisas.

La resistencia a la consideración de que la malversación pueda ser cometida por los particulares no investidos de funciones públicas (véase art. 399) ha llevado a los tribunales a condenar a los exportadores como autores de un delito de apropiación indebida, en unos casos, y de infracción de la legislación de control de cambios, en otros.

En cuanto al momento a partir del cual el dinero o los efectos procedentes de los contribuyentes merezcan la consideración de caudales públicos, ha de tenerse en cuenta que constantemente se está efectuando operaciones en las cajas del Tesoro y no sería lógico dejar al arbitrio del culpable la exclusión de la calificación como haber público por el simple mecanismo de no contabilizar oficialmente un ingreso, en este sentido la jurisprudencia ha estimado acertadamente que es la vocación o destino de los caudales lo que ha de valorarse a tales efectos, sin que influya el incumplimiento de ciertas formalidades contable administrativas.

### c) *La acción: Aplicación pública diferente*

La conducta típica consiste en dar una aplicación pública a los caudales, diferente de aquella a que estuvieran destinados.

Es necesario precisar cuál es el momento que ha de considerarse relevante a efectos penales, dentro de la compleja tramitación de los expedientes de gastos, que se inician con la orden de proceder, dictada por la autoridad competente y concluyen con la orden de pago a favor del contratista que haya realizado la obra, servicio o suministro, de acuerdo con la legislación de contratos del Estado.

Durante esta actuación administrativa hay que distinguir las siguientes fases (11):

— *Gastos autorizados*: Es el acto en virtud del cual la autoridad competente acuerda la realización de un gasto, en forma cierta o aproximada.

— *Disposiciones realizadas*: Acto por el que decide llevar a cabo la obra, servicio o suministro, formalizando la reserva del crédito, que ha de ser necesariamente en condiciones y precio ciertos, mediante la tramitación adecuada.

— *Obligaciones contraídas*: Operación llevada a cabo por la Ordenación de Pagos competentes, consistente en la contracción en cuenta de los créditos exigibles contra el Estado.

— *Pagos ordenados*: Es la operación por la que el Ordenador de Pagos competente expide la correspondiente orden contra la Tesorería del Estado, como consecuencia de la obligación contraída.

(10) Cfr. SUÁREZ MONTES, *Ob. cit.*, pág. 836.

(11) Orden del Ministerio de Hacienda de 17 de mayo de 1974.

A mi modo de ver es el acto de disposición emanado de la Autoridad que administra los recursos públicos el decisivo para la exigencia de la responsabilidad penal a que se refiere el artículo 397, pues, como afirma Pascual García, el acto de disposición es el fundamental en la etapa de ordenación del gasto, interpretando el término compromiso, empleado en la Ley General Presupuestaria, como la afectación de un crédito al cumplimiento de una obligación, es decir, el mismo acto de disposición (12). Ahora bien, la responsabilidad que contrae la autoridad que dicta una resolución de tal naturaleza, infringiendo las disposiciones legales, tiene una significación especial, ya que con anterioridad han de emitirse los informes preceptivos, por parte de los funcionarios asesores y de control del gasto público. Destaca la función que corresponde a la Intervención General de la Administración del Estado, que tiene por objeto controlar todos los actos de la Administración del Estado y de sus Organismos Autónomos, que den lugar al reconocimiento de derechos y obligaciones de contenido económico, así como de los ingresos y pagos que de ellos se deriven, y de la recaudación, inversión o *aplicación en general de los caudales públicos*, con el fin de asegurar que la Administración de la Hacienda Pública se *ajuste a las disposiciones aplicables en cada caso* (art. 16 de la Ley citada).

El texto transcritto se refiere claramente al control de legalidad que, entre otros, compete a la Intervención y ha de realizarse precisamente cuando el expediente del gasto se encuentre integrado con la documentación preceptiva y en condiciones de que se dicte el acuerdo de disposición, según expresa el artículo 27 del Reglamento de 3 de marzo de 1925.

La fiscalización previa es un acto de máxima importancia dentro del procedimiento de ejecución del gasto público, como expone Sempere Miquel (13) y que podría evitar —por el momento en que se formula— una actuación con vicio de nulidad y causante de graves quebrantos al Erario Público.

El informe fiscal comprende los siguientes aspectos, según Pascual García (14):

a') *Examen de la legalidad financiera*, principalmente de la existencia de crédito adecuado y suficiente.

b') *Examen de la legalidad formal*, en cuanto al cumplimiento de

(12) PASCUAL GARCÍA, *El procedimiento de ejecución del gasto público*, INAP, Madrid, 1984, tomo II, pág. 312.

(13) SEMPERE MIQUEL, *El control interno de legalidad (de lege ferenda)*, en la obra colectiva «Control del Sector Público», Madrid, 1981, pág. 721. Aconseja este autor que se amplíe el control de legalidad con carácter previo y preceptivo a todos los proyectos de disposiciones administrativas, incluidas las de rango de Decreto, susceptibles de producir derechos u obligaciones de contenido económico, o de dar nacimiento a relaciones jurídicas que pudieran minorar los ingresos del Estado, o aumentar sus gastos, sin perjuicio de la reserva de Ley por razón de la materia, conforme a la Constitución y a las leyes.

(14) PASCUAL GARCÍA, *Ob. cit.*, tomo II, pág. 441.

las normas de competencia y procedimiento, así como la emisión de los informes preceptivos.

c') *Examen de la legalidad sustantiva*, respecto a las disposiciones de general y especial aplicación.

d') *Examen de los posibles perjuicios* a la Hacienda Pública o a los particulares.

La Intervención que aprecie el incumplimiento de trámites o requisitos esenciales, grave infracción de las leyes presupuestarias o perjuicio a la Hacienda Pública, formulará reparo por escrito, en que fundamentará su oposición al gasto propuesto y tendrá efecto suspensivo en la tramitación del expediente, hasta que se proceda a su correcta solvencia (art. 97 de la Ley General Presupuestaria).

En el supuesto de por dolo, culpa o negligencia inexcusables los interventores hubieran despachado de conformidad los expedientes a los que se hace referencia en el párrafo anterior, incurrirán en la responsabilidad a que hubiere lugar.

## 2. CULPABILIDAD

Se plantea la cuestión de su comisión dolosa, para lo cual ha de concurrir en el culpable el elemento cognoscitivo y volitivo que se ha de reflejar, por una parte en el conocimiento de la ilegalidad de la acción, en cuanto a la disposición física o jurídica de los recursos que administrare, dándole un destino público diferente al que estuviere destinado por la leyes presupuestarias.

En este sentido se expresa Suárez Montes cuando argumenta que la ordenación legal de las inversiones públicas es estrictamente vinculante, salvo que se hubiera dejado a la discrecionalidad administrativa, y, en consecuencia, no se puede cambiar el destino de los bienes, ni aun cuando de hacerlo resultase un beneficio para la causa pública (15).

La jurisprudencia parece aludir a esta actitud del sujeto activo, calificándola de rebeldía, por su oposición a las leyes que regulan la actividad económica del Estado (Vid. Sentencia de 13 de diciembre de 1963).

En cuanto a la posible estimación del estado de necesidad, el T. S. la rechaza en sentencia de 17 de enero de 1961, basándose en que para el funcionario público no cabe otra norma de conducta que la derivada de sus deberes oficiales. Ferrer Sama se muestra contrario a la denegación en todo caso de esta eximente, sobre todo cuando fue estimada por el T. S. en el más grave delito de malversación (art. 394) (16).

Por su parte Olesa Muñido, en su trabajo, limitado al estudio del artículo 394, alude incidentalmente al tema de la no exigibilidad de la conducta del funcionario que en situación de accidente, calamidad pública o de desgracia, se haya visto obligado a quebrantar las asig-

(15) SUÁREZ MONTES, *Ob. cit.*, pág. 861.

(16) FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, tomo 4.º (2.ª parte).

naciones específicas de recursos públicos, puestos a su cargo por razón de sus funciones. «No corresponde a imagen retórica —afirma el citado autor— sino a vivencia real el forzamiento, por un médico de la Cruz Roja en el Hospital a su cargo y ante la necesidad de atender a las víctimas de una catastrófica explosión, del depósito en que se hallaban guardados a buen recaudo «intangibles reservas» de medicamentos y apósitios; la voladura de un puente por el funcionario de Obras Públicas que tenía «a cargo» su conservación para dar, con la destrucción de la obra, más fácil salida a las aguas de un río desbordado; o, finalmente, la entrega por parte del Delegado de la Comisaría de Abastecimientos y Transportes, a la población hambrienta, de los víveres almacenados en el depósito «a su cargo», con ocasión de haber quedado, a consecuencia de una inundación, incomunicada aquella localidad» (17).

La eximente de obediencia debida fue estimada en Sentencia de 7 de mayo de 1885, por cuanto el gobernador de la provincia exigió a un alcalde el abono inmediato de los sueldos que se debían a unos maestros y, por falta de fondos, se hubo de recurrir a la fianza puesta por un contratista del citado Ayuntamiento, depositada en las arcas municipales.

### 3. PENALIDAD

La sanción penal que se reserva para quienes cometan la infracción criminal que estamos estudiando, depende de un elemento objetivo, que es el resultado dañoso o entorpecimiento del servicio al que estuvieran consignados los bienes. Por tanto, el legislador pretendió matizar la pena en razón a la producción o no de un menoscabo y detrimiento del normal funcionamiento de los servicios públicos concretos, que se ven afectados por la minoración en los créditos asignados en el presupuesto correspondiente, en virtud del acto de transferencia de fondos en favor de otro servicio. Esta afectación pública constituye el elemento diferenciador de la conducta prevista en el artículo 396, que supone una distracción temporal de fondos hacia usos particulares, lo que revela una mayor gravedad y así se reconoce por nuestra doctrina penal, sin embargo, nuestro Código incurre en el error de sancionar con menor severidad esta conducta, porque a la producción de un daño o entorpecimiento del servicio tanto el artículo 396 como el artículo 397 se aplica la pena de inhabilitación especial del funcionario culpable, pero en este último precepto se agrega la imposición de una multa del 5 al 50 por 100 de la cantidad distraída (cuando mejor que esta palabra sería la de inversión pública ilegal).

No establece el código vigente la exigencia de cierta entidad del daño o entorpecimiento causado al servicio de la Administración Pública, deficiencia que se trata de subsanar en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, que requiere la nota de grave.

(17) OLESA MUÑIDO, *Ob. cit.*, pág. 659.

En cuanto a la captación por el agente del resultado dañoso, estima Suárez Montes, que no es preciso sea abarcado por su ánimo (18).

Las sanciones penales previstas en el artículo 397 para el funcionario culpable de este delito son las siguientes:

— Inhabilitación especial y multa del 5 al 50 por 100 de la cantidad distraída, si se apreciase daño o entorpecimiento del servicio a que estuvieren consignados los efectos públicos.

— Suspensión, cuando no se produjere tal resultado.

a) *La inhabilitación especial* es una de las penas calificadas como graves en el artículo 27 del C. p. y comprende: privación de cargo o empleo público (art. 36), privación del derecho de sufragio, activo y pasivo (art. 37) y privación de profesión u oficio. Además, de la perdida de los derechos expresados, conlleva la imposibilidad de obtener empleo público o profesión durante el tiempo de duración de la condena (art. 36).

Pese a la genérica redacción del texto legal, la inhabilitación especial no ha de considerarse una pena única con tres efectos diferentes —como advierte Octavio de Toledo— sino tres penas independientes (18 bis). En consecuencia, los Tribunales habrán de precisar en la sentencia no sólo la clase de inhabilitación especial que corresponda, sino también el empleo público del que ha de ser privado el condenado y que, desde luego, ha de recaer sobre el cargo desempeñado en relación con la infracción cometida, y no puede ampliarse a otros que pudiera tener el sujeto. Es posible, y así lo reconoce la Ley número 30/1984, de 2 de agosto, para la Reforma de la Función Pública, que un funcionario pertenezca a varios Cuerpos de la Administración Pública, si bien sólo podrá permanecer en activo en un solo puesto, y quedaría en la situación de excedencia en los restantes Cuerpos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29, apdo. 3, letra a) de la citada Ley (19), por lo que no existiría reparo legal si el funcionario inhabilitado solicita el reingreso en uno de los Cuerpos en los que se hallare en situación de excedencia. En esto se diferencia la inhabilitación especial de la absoluta, pues ésta priva al condenado de cualquier función pública, sin excepción, durante el tiempo de la condena.

Con respecto a la duración de la pena de inhabilitación especial se observan posiciones doctrinales contrapuestas: Córdoba Roda sostiene que el término *privación* del empleo público, utilizado en el artículo 35 del C. p. ha de entenderse como perpetua extinción de la relación de empleo, aunque no deja de reconocer la contradicción que se produciría entre el citado precepto penal y las disposiciones que otorgan el derecho a rehabilitación del funcionario, como ocurre con los pertenecientes a la Administración Local (art. 66 de su Reglamento).

(18) SUÁREZ MONTES, *Ob. cit.*, pág. 860.

(18 bis) OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, año 1980, pág. 441.

(19) Véase la Ley núm. 53/1984, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

to) (20). Octavio de Toledo, por el contrario, considera que la palabra *privación* no encierra un efecto ilimitado en el tiempo, pronunciándose decididamente a favor de la temporalidad de la pena, con base en lo dispuesto en el artículo 30 del C. p., entre otros argumentos (21). Estimo acertada la tesis expuesta por este autor, que se armoniza con las normas sobre rehabilitación del funcionario, una vez cumplida la condena, y permite establecer la diferencia entre la pena de inhabilitación estudiada con la sanción disciplinaria de separación del servicio, que implica la pérdida definitiva de la condición de funcionario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38.3 de la Ley de Funcionarios Civiles de la Administración del Estado.

b) *La pena de suspensión* para cargo público supone la privación del ejercicio del mismo durante el tiempo de la condena. Así lo reconoce el artículo 50.3 de la Ley de Funcionarios Civiles, según el cual el funcionario suspendido queda privado de todos los derechos inherentes a su condición, aunque permanece inalterable su carácter de funcionario, lo que diferencia esta pena de la inhabilitación, según se ha expuesto. Prueba de ello que el artículo 40 de la Ley de Funcionarios Civiles de la Administración del Estado contempla entre las posibles situaciones administrativas del funcionario la de suspensión, que se caracteriza por su temporalidad, ya que se cesa en ésta una vez cumplida la condena, para pasar al servicio activo, reintegrándose al puesto que le corresponda.

c) *La pena de multa* se aplica junto con la de inhabilitación especial, como se indicó, en una cuantía dineraria que habrá de fijarse por el Tribunal aplicando un porcentaje, comprendido entre el 5 y el 50 por 100 de la cantidad distraída. Entiendo que este término debería de ser sustituido por el de cantidad indebidamente aplicada, ya que la distracción parece hacer referencia más bien a las apropiaciones de carácter temporal que describe el artículo 396 del C. p.

La incorporación de la pena pecuniaria a los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, aunque no tengan relación con la consecución de ventajas económicas, como es este caso, proviene de su consideración como infracciones administrativas criminalizadas, pues como afirma Roldán Barbero la multa constituyó desde antiguo la sanción fundamental en el ámbito disciplinario (22).

Teniendo en cuenta que el sistema proporcional indicado impide conocer «a priori» su importe, el legislador ha fijado un tope mínimo, pues la multa en ningún caso puede bajar de treinta mil pesetas, lo que permite calificarla de grave, a tenor de lo dispuesto en el artículo 28 del C. p. y en coordinación con lo establecido en el artículo 6 del mismo cuerpo legal.

(20) CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal* (en colaboración con los profesores Rodríguez Mourullo, Del Toro Marzal y Casabó Ruiz), tomo II, año 1976, págs. 168 y 169.

(21) OCTAVIO DE TOLEDO, *Ob. cit.*, pág. 454.

(22) ROLDÁN BARBERO, *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal. (Un estudio histórico de la moderna pena de multa)*, Madrid, año 1983, pág. 28.

### III. CONSIDERACIONES FINALES («DE LEGE FERENDA»)

#### 1. EN TORNO A LA DESPENALIZACIÓN DEL ART. 397

Procede ahora a modo de recapitulación final, plantearse la cuestión de la procedencia de mantener en el catálogo de infracciones criminales de malversación la figura descrita en el artículo 397, sobre todo cuando el proyecto del Código penal de 1980 y la propuesta de Anteproyecto de 1983 sostienen posiciones contrapuestas: el primero opta por la supresión del precepto, mientras la segunda conserva la redacción del Código vigente con la variante de que el diferente destino público dado a los caudales sólo sería punible si se causare daño o entorpecimiento grave a la función a la que tuvieran destinado.

La toma de postura en cuanto a la posible despenalización de la conducta que se examina, propuesta por el PCP-80 y seguida por la legislación comparada, requiere la formulación de algunas consideraciones:

No puede desconocerse la importancia que se deriva de la comisión de un acto como el de no ajustarse a la imputación que se ha detallado en los presupuestos de gastos, de acuerdo con el principio de especialidad de crédito, fundamental para el derecho presupuestario, ni se trata de dejar sin sanción tal conducta, sino de examinar si bastaría con las normas administrativas sobre la materia, sin necesidad de acudir al Derecho penal, que ha de estimarse como la última «ratio» basada en los principios de subsidiariedad y carácter fragmentario (23).

En la Ley General Presupuestaria se contiene unas normas que estimo de interés referir: El artículo 140 exige responsabilidad a las Autoridades y funcionarios que por dolo, culpa o negligencia graves adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones de esta ley, y estarán obligados a indemnizar a la Hacienda Pública los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquellos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria, que les pudiera corresponder (art. 140).

Según el mencionado precepto existe una triple responsabilidad: civil, disciplinaria y penal.

— La responsabilidad civil será exigible al funcionario que haya ocasionado daños o perjuicios a la Hacienda Pública, mediante la instrucción de diligencias previas por parte de los Jefes de los presuntos responsables, que adoptarán las medidas necesarias para asegurar los derechos de la Hacienda Pública. La incoación del expediente administrativo se llevará a cabo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley General Presupuestaria, y concluirá con la declaración sobre la obligación de indemnizar en su caso, con expresión de la cuantía y plazo.

(23) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal (Parte General)*, Madrid, año 1977, págs. 20 y 22.

La obligación de indemnizar se extiende no sólo a las personas que realizaron el acto, sino también a los ordenadores de pagos e interventores que obraren con dolo, culpa, negligencia o ignorancia inexcusables, salvo que hayan salvado su actuación mediante observación escrita, acerca de la improcedencia o ilegalidad del acto o resolución (art. 142).

— La responsabilidad disciplinaria dimana del poder sancionador de la Administración Pública en su esfera interna, como consecuencia de su organización jerárquica, por el que exige a sus miembros condiciones de competencia, eficacia y honestidad, indispensables para el cumplimiento de los fines que la Constitución asigna a la Administración (24).

El régimen disciplinario de los funcionarios civiles fue aprobado por Decreto de 16 de agosto de 1969 y entre las faltas muy graves se encontraba la emisión de informes o adopción de acuerdos manifiestamente ilegales, como sería la aplicación pública de caudales que administren a diferente destino, al que estaban destinados (25).

En cuanto al personal militar habrá de tenerse en cuenta el Reglamento aprobado por R. D. de 22 de febrero de 1979, que regula los procedimientos que se sustancien para determinar la responsabilidad de los funcionarios encargados de la custodia, utilización y mantenimiento del material y efecto a su cargo, entre los que indudablemente se hallan el metálico y efectos públicos, a los que se puede dar un destino público diferente del legalmente asignado.

El expediente administrativo se tramitará sólo en los supuestos en los que se aprecien en el sujeto negligencia simple, si fuera grave, se castigaría con arreglo a lo dispuesto en el Código de Justicia Militar.

— La responsabilidad penal podía exigirse en el supuesto de que la autoridad o funcionario cometiese el delito de malversación de caudales, si bien interesa destacar que según la Ley General Presupuestaria no constituye tal delito la aplicación pública diferente de aquella a que estuviera designados por parte de los funcionarios que lo administren. En efecto, el artículo 141 de la Ley General Presupuestaria, al enumerar las infracciones que pueden cometer los funcionarios y autoridades en materia económica, señala en su apartado a) haber incurrido en el alcance o malversación en la Administración de fondos públicos, mientras en el apartado c) se refiere a comprometer gastos y ordenar pagos sin créditos suficientes para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en la presente Ley o en la Ley de Presupuestos que sea aplicable; en este segundo entiendo que ha de incluirse la aplicación pública diferente de los caudales que se administren.

(24) En este sentido pueden verse los arts. 103 y 104 de la Constitución Española.

(25) El art. 31, apartado d) de la Ley, núm. 30/1984, citada, considera como falta muy grave la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales, que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos. Ha de entenderse derogado el art. 6 del Decreto de 15 de agosto de 1969, al que sustituye el art. 31 de la Ley 30/1984.

Tal conclusión se desprende de la relación entre el apartado c) del artículo 141, citado con el apartado a) del artículo 97 de la misma Ley General Presupuestaria, que otorga similar consideración —en cuanto a los efectos suspensivos del reparo formulado por la Intervención— cuando afectando a la disposición del gasto... se basa en la insuficiencia de crédito o en que el *propuesto no se considere adecuado*, es decir, una aplicación presupuestaria diferente a la que correspondería, dada la naturaleza del gasto que se propone.

La malversación de caudales en el sentido que lo emplea la Ley General Presupuestaria tiene íntima relación con el alcance, de decir, el déficit en los fondos públicos, surgido como consecuencia de la rendición de cuentas, controles o arqueos exigidos por la inspección correspondiente, diferente, por tanto, del compromiso de gastos sin crédito legislativo o aplicación distinta a la consignada en el Presupuesto.

Lo expuesto tiene su reflejo en el diferente tratamiento procedimental que prescribe la Ley General Presupuestaria:

— En los supuestos de malversación o alcance habrá de instruir expediente el Tribunal de Cuentas, según dispone el artículo 143 de la citada ley. Por su parte, la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas núm. 2/1982, de 12 de mayo, en su artículo 15, establece que la jurisdicción contable se extiende a los alcances de caudales y efectos públicos, sin perjuicio de remitir las actuaciones a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria si los hechos revisten los caracteres de delito.

— Restantes casos que describe el artículo 141 de la Ley General Presupuestaria como infracciones: a) Administrar los recursos y demás derechos de la Hacienda Pública sin sujetarse a las disposiciones que regulan su liquidación, recaudación o ingreso en el Tesoro, b) comprometer gastos y ordenar pagos sin crédito suficiente para realizarlos o con infracción de lo dispuesto en esta ley o en la de Presupuestos que sea aplicable; c) dar lugar a pagos indebidos al liquidar las obligaciones o al expedir documentos en virtud de funciones encomendadas; d) no rendir las cuentas reglamentariamente exigidas o presentarlas con graves defectos; e) no justificar la inversión de fondos a que se refiere el artículo 79 y 80 de esta Ley, y f) cualquier otro acto o resolución con infracción de la presente ley. Se instruirá expediente administrativo y corresponderá el acuerdo de incoación, la designación de juez instructor y la resolución del expediente al Gobierno, si se trata de personas que tengan la condición de autoridad, en otro supuesto, será competencia del Ministro de Economía y Hacienda (art. 144 de la Ley General Presupuestaria).

Por lo expuesto, parece conveniente proponer la supresión del artículo 397, acogiendo la tesis sustentada ya hace tiempo por Groizard que no hallaba justificado el castigo penal para el funcionario que actúa sin ánimo de lucro, ni de ocasionar perjuicios al Estado, dando

a los fondos a su cargo una aplicación pública distinta de aquella para la cual estaban consignados (26).

En el mismo sentido se expresaron Ferrer Sama (27) y Quintano Ripollés (28), aunque Suárez Montes mantuviera la posición contraria, que apoya en la voluntaria oposición a las leyes presupuestarias (29). Argumento que no parece suficientemente sólido si se tiene en cuenta que todavía más grave es contraer obligaciones sin disponer del correspondiente crédito legislativo y esta conducta no está tipificada como delictiva (30).

La propuesta formulada responde a los criterios sustentados por el movimiento despenalizador, propugnado, entre otros autores, por Jescheck (31) y Bricola (32), cuyo objetivo es la revisión cuidadosa de los preceptos penales para situar «extra muros» del Código penal aquellas conductas que no constituyan ataques intolerables a bienes jurídicos considerados fundamentales para la comunidad.

Peris Riera, en un interesante estudio, advierte la importancia de la reducción del área del ilícito penal, desbordado actualmente en algunos aspectos (33).

Se pueden citar como causas determinantes del proceso despenalizador:

- La escasa entidad de ciertas infracciones, sobre todo faltas, a las que procedería sancionar con medidas administrativas.
- Las innovaciones que responden a un cambio en las valoraciones de la sociedad.
- Las derivadas de la nueva organización política y de la Constitución .

Sáinz Cantero ha mostrado su preocupación por el movimiento de reforma penal y en su estudio sobre el Proyecto de Código penal de

(26) GROIZARD, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, tomo IV Salamanca, año 1891, pág. 288.

(27) FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, tomo IV (2.ª parte), Murcia, 1949, pág. 6.

(28) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, año 1966, pág. 725.

(29) SUÁREZ MONTES, *Ob. cit.*, pág. 861.

(30) ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, *Gastos públicos sin crédito legislativo*, en «Civitas - Revista Española de Derecho Financiero», año 1976, págs. 785 y ss.

Por otra parte, el art. 19 del Reglamento General de contratación del Estado, aprobado por Decreto de 25 de noviembre de 1975, exige, entre otros requisitos, la previa consignación presupuestaria, cuyo incumplimiento acarrearía la anulabilidad del acto administrativo, a tenor de lo dispuesto en el art. 44 del citado Reglamento.

(31) JESCHECK, *Linee direttive del Movimento Internazionale di Riforma Penale*, en «L'Indice Penale», año 1979, págs. 188 y ss.

(32) BRICOLA, *Teoria Generale del Reato*, en «Novissimo Digesto Italiano», año 1974, págs. 14 y ss.

(33) PERIS RIERA, *El proceso despenalizador*, Universidad de Valencia, año 1983, pág. 25.

1980 se lamentaba de la timidez con la que se había abordado el proceso despenalizador, pese a que, como ya indicamos, se suprimió del texto del Proyecto el actual artículo 397 (34).

En conclusión, considero que las disposiciones citadas, de carácter administrativo, son adecuadas y suficientes para sancionar las conductas que se podían calificar como *infracciones presupuestarias*.

## 2. UNA NUEVA ORIENTACIÓN DEL DELITO DE MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

El delito de malversación de caudales debería concebirse como una conducta de sustracción definitiva o distracción temporal de fondos públicos, realizada con ánimo de lucro por parte de quienes sean detentadores de tales bienes, tuvieran o no la condición de funcionarios públicos, sin perjuicio de la agravación que ha de aplicarse a quienes ostenten cargo público.

Se produciría así un cambio importante en la concepción de este delito al trasladar el elemento esencial que por el momento es el funcionario público, hacia el objeto material: los caudales y efectos públicos. Para ello sería conveniente la supresión del título *«De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos»* que acertadamente ha sido suprimido tanto en el proyecto de Código penal de 1980, como en la propuesta de anteproyecto de 1983.

Considero que la ubicación más adecuada para el delito de malversación sería bajo el título *«De los delitos de la Hacienda Pública»*, rúbrica que se introduce por primera vez en nuestro código en virtud de la Ley Orgánica número 2/1985, de 29 de abril, integrado por el delito fiscal y por el fraude de subvenciones públicas; es decir, que por primera vez se incluyen conductas que afectan tanto al presupuesto de ingresos, como al presupuesto de gastos, ya que las subvenciones públicas se encuadran en este grupo, como acertadamente advierte Rodríguez Bereijo (35). Es importante señalar que a la Hacienda Pública no se le perjudica sólo con la defraudación derivada del incumplimiento de las obligaciones tributarias en cuanto implican una minoración en los ingresos públicos, sino también por el despilfarro doloso de los recursos públicos, teniendo en cuenta que la enorme masa dineraria con la que el Estado y sus Organismos Autónomos han de sufragar las necesidades sociales, se canaliza principalmente a través de la contratación administrativa y la concesión de subvenciones. Con respecto a éstas considero un acierto la calificación que al fraude de

(34) SÁINZ CANTERO, *El Proyecto de Código Penal a la luz del Movimiento Mundial de Reforma de las leyes penales*, en *«La Reforma Penal y Penitenciaria»*, Universidad de Santiago de Compostela, año 1980, págs. 172 y ss.

(35) RODRÍGUEZ BEREIRO entiende que la figura de la subvención se enmarca en el cuadro del gasto público (Cfr. su obra *El Presupuesto del Estado*, Madrid, año 1970, pág. 207).

subvenciones públicas otorga el preámbulo de la Ley Orgánica número 2/1965, citada, como *malversación o distracción de fondos públicos que perciben los particulares*.

Una visión integradora de la Hacienda Pública, y lógicamente también de las conductas punibles que le afecten, se puede comprobar en las tesis mantenidas por los principales especialistas de Derecho financiero.

Así en la definición que nos ofrece Sáinz de Bujanda (36), en la tesis de Martínez Lafuente, para quienes el tributo se legitima en cuanto supone una cobertura de las necesidades generales (37); en la afirmación de Vivente-Arche Domingo «el tributo no puede ser entendido jurídicamente, a partir de la norma constitucional en estudio, más que en relación con los gastos públicos» (38).

Entre los penalistas, ya manifestado en el mismo sentido Rodríguez Mourullo, cuando relaciona el delito fiscal con el control democrático de gastos públicos y la información transparente sobre el mismo, de manera que el contribuyente sepa que la aportación que él hace al Erario Público revierte íntegramente en beneficio de la comunidad y no se invierte mal (39).

Finalmente y como resumen de cuanto antecede, se propone bajo la rúbrica *Delitos contra las Haciendas del Sector Público*, más correcto que el actual y acogiendo el criterio subjetivo que prevaleció en la vigente Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, núm. 82/1982, de 12 de mayo, (art. 4) (40), que comprendería dos secciones:

*Primera Sección*: el delito fiscal, el delito de contrabando y los relativos al control de cambio.

*Segunda Sección*: Delito de malversación de caudales públicos (dentro del que se incluiría el fraude de subvenciones públicas a particulares) y la infracción fraudulenta de determinadas normas sobre contratación administrativa.

---

(36) SÁINZ DE BUJANDA, *Sistema de Derecho Financiero*, Madrid, año 1977, pág. 476.

(37) MARTÍNEZ LAFUENTE, *El Tribunal de Cuentas y el control de los ingresos públicos*, en la obra colectiva «*El Tribunal de Cuentas en España*», Madrid, año 1982, pág. 878.

(38) VICENTE - ARCHE DOMINGO, *Apuntes sobre el tributo con especial referencia al Derecho español*, en «*Revista Española de Derecho Financiero*», año 1975, págs. 443 y ss.

(39) RODRÍGUEZ MOURULLO, *El nuevo delito fiscal*, en «*Civitas - Revista Española de Derecho Financiero*» (núm. 15-16), pág. 734.

(40) Cfr. RAMALLO MASSANET, *El control de la Hacienda no estatal por el Tribunal de Cuentas*, en la obra colectiva «*El Tribunal de Cuentas en España*», año 1982, págs. 2227 y ss.



# La prisión abierta

Por CARLOS MIR PUIG

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

El objetivo del presente estudio sobre la prisión abierta no es otro que el de continuar la reflexión en torno a esta importante «institución resocializadora», a la vista de la actual regulación que han venido a ofrecer la ley y el nuevo reglamento penitenciarios. Ya en 1979 publicó Mapelli Caffarena en *Cuadernos de Política Criminal* un trabajo sobre «el régimen penitenciario abierto» (1). Desde entonces la situación legislativa de nuestro país ha evolucionado. Del Proyecto de Ley General Penitenciaria se ha pasado a la aprobación de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre, y del Reglamento Penitenciario (Real Decreto 1.201/1981, de 8 de mayo). Ambos cuerpos legales constituyen *un paso más* en la modernización del Derecho Penitenciario español, y deben ser detenidamente estudiados, en lo que aquí interesa, respecto de los *establecimientos de régimen abierto*. Nuestra labor es ciñe, pues, a examinar los referidos preceptos relativos a la prisión abierta.

En cuanto a la cuestión terminológica, permítasenos utilizar la expresión «*prisión abierta*» pues tal denominación es tradicional en autores tan reconocidos como Cuello Calón (1a), Elías Neuman (2), García Ramírez (3) y en la legislación y doctrina anglosajona en que la expresión «open prisons» ha adquirido un cierto abolengo. Comparte esta denominación asimismo Luis Garrido Guzmán; no en cambio Mapelli Caffarena (4) ni la totalidad de los autores de habla francesa, Cornil, Germain, Ancel, Pinatel, Dupreel, Graven,

(1) Vide B. MAPELLI CAFFARENA: «Cuadernos de Política Criminal», 1979, p. 61 y sig.

(1a) Eugenio CUELLO CALÓN: «La Moderna Penología», pág. 345, Barcelona, 1958 o «Prisiones de Seguridad mínima. Prisiones Abiertas», en R. E. P., número 140, 1959.

(2) Elías NEUMAN: «La Prisión Abierta», pág. 147 y s. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1962. Existe una nueva edición de 1984 en la que se mantiene la denominación.

(3) S. GARCÍA RAMÍREZ: «La Prisión», pág. 67. México, 1975. GARRIDO GUZMÁN: «Manual de Ciencia Penitenciaria», 1983, p. 472.

(4) MAPELLI CAFFARENA: «El régimen penitenciario abierto», en C. P. C., número 7, 1979, p. 62.

Hertzog, Amor, Cannat, etc., que prefieren la denominación de «establecimiento abierto» o «establecimiento de régimen abierto» (5).

Ambas terminologías son adecuadas, si bien, a mi juicio, la denominación «prisión abierta» posee más sentido porque alude a la subsistencia de la prisión, entendida no ya como contención física o material, sino como *contención moral y psíquica*: los muros de la prisión clásica son reemplazados por los muros de la conciencia del interno. Como bien no se le escapa al ingenio de Elías Neuman, la prisión abierta: «es tanto o más penosa que la prisión tradicional. Es fácil comprobar una mayor frustración y lucha interior en hombres que tienen la libertad a su alcance y no se sirven de ella compelidos por su conciencia moral, que en aquellos otros que al carecer de toda posibilidad de opción terminan *haciéndose al encierro*» (6). Tanto esto es así que el propio Reglamento Penitenciario de 1981 en su artículo 43.2 equipara el régimen abierto al *régimen de «semilibertad»* al decir que: «Serán destinados a los establecimientos de régimen abierto los penados clasificados en tercer grado por estimar, ... que pueden recibir tratamiento en régimen de semilibertad». Sin embargo, el término «régimen de semilibertad», si bien describe una situación real: la falta de plena libertad, no obstante, lo rechazamos por ser muy impreciso ya que puede abarcar tanto a los establecimientos de mediana seguridad, como a los de mínima seguridad (verdadera prisión abierta). En Francia, donde se utiliza el término «semilibertad», suele aplicarse a «penados situados en el mismo edificio que los demás reclusos, aunque en distinto pabellón» (7). Como dice Luis Blas Zuleta: «el régimen de semilibertad da la ilusión de ser un régimen benigno, pero en la práctica es muy duro y sólo lo suelen soportar bien los reclusos de edad madura... y siendo este régimen una excitación a la buena conducta es por lo que se exige también algo de madurez para que el condenado tenga conciencia de la confianza que se deposita en él. De ahí que los casados, o los que tienen elevadas responsabilidades, sean los más adecuados para beneficiarse del sistema» (8).

La «prisión abierta», finalmente, no debe entenderse nunca como un regalo, como un beneficio, sino como una *modalidad de prisión* apta para una cabal individualización de la pena dirigida a la readaptación social.

(5) La Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 y el Reglamento Penitenciario de 1981 utilizan la denominación: «establecimiento de régimen abierto» (art. 9.1; art. 72.2 LOGP y art. 43.2., art. 45, etc., del Reglamento). No obstante, Carlos García Valdés se inclina más por la utilización doctrinal del término «prisión abierta», que utiliza insistente al comentar el artículo 9 de la LOGP y el artículo 72 de la misma ley (pág. 45 y 226 y s.) en sus «Comentarios a la Legislación Penitenciaria», Ed. Civitas, S. A., 1982.

(6) Elías NEUMAN: «La prisión Abierta», op. cit., nota 26, pág. 148. También la mayor parte de los penitenciaristas brasileños prefieren la denominación prisión abierta. Así, J. A. César Salgado; Alburquerque Prado, etc.

(7) Luis BLAS ZULETA: R. E. P. 1970-II, núm. 860, pág. 4.

(8) LUIS BLAS ZULETA: op. cit., pág. 5.

Es por todo ello que creo que doctrinalmente debe utilizarse la denominación «prisión abierta», aunque legal y reglamentariamente se utilice el término «establecimiento de régimen abierto» (9).

## II. CONCEPTO

La prisión abierta constituye una «*nueva experiencia penológica*», así lo afirma Elías Neuman al titular a una de sus obras: «La prisión abierta: una nueva experiencia penológica». Esta puntuación me parece *fundamental*. En efecto, se suele hablar —sin precisión ninguna— de colonias penales, campamentos de trabajos y obras públicas, colonización interna, régimen, «all'Aper-to», destacamentos penales, como *sinónimos* de la prisión abierta o del establecimiento de régimen abierto (10). Nada más lejos de la realidad. Es por ello, que creo muy importante delimitar con toda exactitud el concepto de la prisión abierta.

La prisión abierta constituye una *alternativa* a la prisión clásica; es un reto a la misma: Ante el fracaso resocializador de las cárceles de máxima seguridad, en las que es prácticamente imposible enseñar a vivir en libertad, apartando totalmente al interno de la sociedad, se alza la prisión abierta como *una institución resocializadora*, que aplica un tratamiento en condiciones de semilibertad; es una nueva modalidad de prisión, un nuevo planteamiento de la ejecución de la pena privativa de libertad. La prisión abierta nace con la aceptación de forma generalizada de la resocialización como criterio ordenador de la ejecución penal. En la prisión abierta no caben otros criterios: ni de expiación, ni retributivos, ni vengativos. «La experiencia, con la fuerza de los colores de un semáforo, ha demostrado que en ninguna fase de la historia y en ninguna parte del mundo, el castigo más desmedido y brutal del criminal, *ha podido sofrenar a la delincuencia que, es connatural al género*

---

(9) Tiene razón Garrido Guzmán (op. cit., p. 472) cuando dice que: «es necesario reivindicar penitenciariamente que esa situación —la de una sección dentro de un centro penitenciario ordinario de régimen abierto— constituya una excepción, ya que el establecimiento donde se debe cumplir tal período —el tercer grado— debe reunir una serie de características y peculiaridades que le alejen de la prisión clásica: debe ser un establecimiento o una prisión abierta». Vide «La Prisión Abierta», op. cit., pág. 139 de la ed. de 1962.

(10) Elías Neuman denuncia que los informes vertidos por numerosos países, publicados por las Naciones Unidas con motivo de la realización del Congreso de Ginebra de 1955, relativos a la prisión abierta, fueron emitidos bajo la «*exclusiva responsabilidad*» de sus autores. Así, «En el reverso de la tapa de cada una de estas publicaciones de las N. U. se lee invariablemente: «Los datos que figuran en el presente informe han sido presentados bajo la responsabilidad exclusiva del autor, y las opiniones expuestas no representan necesariamente la de los organismos o miembros de las Naciones Unidas». Asimismo dice Neuman: «Al examinar las múltiples experiencias y proyectos en cuestión no deja de sorprender el hecho de que, con una misma etiqueta conceptual —prisión abierta—, se pretenda incluir toda clase de institutos, incluso aquellos con características de segundo orden que la recuerdan. Elías NEUMAN: «Prisión Abierta...», op. cit., nota 1, pág. 267 y pág. 268.

humano» (11). Ocurre como con la pena de muerte que nunca ha podido eliminar la criminalidad. Decía Claus Roxin (12): «que la reconocida falta de efecto intimidatorio de la pena de muerte, es uno de los motivos fundamentales para su abolición». Nosotros podemos decir que la reconocida falta de efecto intimidatorio de la prisión clásica, es uno de los motivos fundamentales para su abolición (13). Elías Neuman nos proporciona un ejemplo real: en el Instituto Correccional de la Isla Anchietta, en pleno Océano Atlántico, denominado la Isla del Diablo, por su rigor imperante se produjo un motín el día 21 de julio de 1952, que causaría la muerte de más de veinte personas. La represión estatal no se hizo esperar, llegando a ser brutal. Pues bien, a pesar del rigor y severidad del régimen impuesto en tal Instituto, «la criminalidad del Estado no amenguó», llegando a ser cerrado por las autoridades. (E. Neuman, «Prisión...», p. 424 y sig.).

a) Podemos, pues, decir que el *primer elemento esencial* de la prisión abierta es el ser «una institución resocializadora, individualizadora de la pena». Como dice textualmente Neuman: «la finalidad resocializadora es —por así decirlo— la ley íntima del régimen abierto» (pág. 136), «es una punta de lanza tendiente a realizar la individualización penitenciaria de una serie criminológicamente integrada de penados» (pág. 256).

Esta característica, insisto, es esencial, y me da la sensación de que no ha sido suficientemente resaltada por la doctrina, o al menos, expresada claramente. Las consecuencias son importantes: por una parte, ayudan a deslindar todos aquellos institutos que no son prisión abierta por carecer del primordial elemento resocializador (finalidades represivas, económicas, de superpoblación, etcétera); y por otra parte, se pone de manifiesto que la «prisión abierta no es una regalía, sino un régimen penitenciario basado en la confianza» (14), por consiguiente, la prisión abierta no disminuye la función intimidatoria o de prevención general de la pena. El preso sigue estando preso.

(11) E. NEUMAN: op. cit., p. 255.

(12) Claus ROXIN: «Las nuevas corrientes de política criminal en la República Federal Alemana», en «Nuevo pensamiento penal», 1972, p. 389, citado por Carlos García Valdés en «No a la pena de muerte», Cuadernos para el Diálogo, en página 118, Madrid, 1975.

(13) Personalidades tan importantes como la de Maconochie, el Coronel Montesinos, Crofton pronto se dieron cuenta que los castigos no sirven para enmendar. En efecto, el régimen severo a que se sometía a los reclusos de Norfolk (Australia) no impedía la realización cada vez más frecuente de motines sangrientos y fugas (Vide L. GARRIDO GUZMÁN: «Manual de Ciencia Penitenciaria», op. cit., págs. 134); dice Montesinos: «consigo cuanto me propongo de estos infelices —los reclusos—, *lo que no sucedería sin disputa alguna, con el cepo, calabozo o palo* que no se usan en este presidio, porque el primero no existe desde que yo lo mando, el segundo hay meses enteros que la llave no se necita y el tercero sólo sirve para que se distingua a los cabos» (Vide: Franco de BLAS: «Formación Penitenciaria del coronel Montesinos y su célebre sistema», en R. E. P., núm. 159, p. 102).

(14) E. NEUMANS «La Prisión Abierta...», op. cit., pág. 175.

b) *Aspecto objetivo o sustancial*: la prisión abierta se caracteriza por la ausencia de precauciones materiales y físicas contra la evasión (tales como muros, cerraduras, rejas y guardia armada) o de impedimentos de carácter natural (como montañas, agua, bosques, etc.). «Una prisión descrita como abierta, pero que en realidad posee un escollo —tan sólo uno— como por ejemplo un guardia armado, debe automáticamente ser considerada de mediana seguridad» (15).

¿Por qué es un requisito indispensable tal ausencia de impedimentos a la evasión? La respuesta es: para demostrar al interno que se deposita confianza absoluta en el mismo: lo que constituye el tercer elemento esencial de la prisión abierta o aspecto subjetivo: el tratamiento basado en la confianza.

c) *Aspecto subjetivo o moral*: la prisión abierta se caracteriza por la sumisión voluntaria a la disciplina (autodisciplina) de la prisión, sin una vigilancia estrecha y constante, del interno en quien se deposita toda la confianza de los directivos y demás funcionarios del establecimiento, inculcándosele el sentimiento de autorresponsabilidad. El interno de una prisión abierta está preso *no porque no puede escaparse*, sino *porque no quiere evadirse*. Está *preso de su conciencia* (16). La contención psíquica sustituye a la contención mural. El clima de confianza es *vital*. Y conseguir tal clima es la difícil misión del director y demás personal encargado de la prisión abierta: se debe tratar al interno de modo *similar* a la persona libre, no se le debe explotar en el trabajo, se le debe conceder amplios permisos de salida para relacionarse con la familia, etc., etc.

Si no existe este clima de confianza la prisión abierta se *desmorona* impidiendo la deseable readaptación social del interno.

Son descriptivas las palabras de J. A. César Salgado: «La ausencia de rejas, cerrojos, muros, vallas, soldados o guardias, da al reeducando la sensación de que dejó de ser un hombre arrinconado, una criatura al margen, visto con desdén o sospecha por los agentes de la autoridad. Se revaloriza ante sus propios ojos, y porque lo juzgaron digno de confianza sabrá honrar el compromiso asumido y se mantendrá preso "bajo palabra"» (17).

La experiencia ha corroborado dicha afirmación: *nunca se han producido evasiones en masa*; y las evasiones que se producen son mínimas (18).

---

Asimismo, dice en la pág. 256: «La apreciación más simplista y burda podría creer que se trata de ofrecer un paraíso terrenal a los delincuentes *in genere*. No importa. El progreso de las ciencias no suele nutrirse de apreciaciones de tal tipo».

(15) NEUMAN, op. cit., p. 138. Sobre la distinción entre establecimientos de máxima, media y mínima seguridad trataremos enseguida.

(16) E. NEUMAN: op. cit., p. 135.

(17) J. Augusto César SALGADO: prefacio a «La Prisión Abierta», p. XVIII.

(18) Elías NEUMAN nos refiere que en el traspaso de los internos de los establecimientos de máxima seguridad del Estado de San Pablo a las

d) La prisión abierta es, consiguientemente, un establecimiento de *mínima seguridad*.

La doctrina distingue entre instituciones de máxima, media y mínima seguridad dentro del tratamiento institucional (19). Esta clasificación es importante a efectos de la prisión abierta, pues ésta siempre es una institución de *seguridad mínima*. Existen establecimientos en que se concede cierta libertad de movimientos y de confianza que no son de mínima seguridad, sino de mediana seguridad. Es aclaratoria la Resolución 1b) de la Sección II del XII Congreso Internacional y Penitenciario de La Haya, 1950. Dice así: «Consideramos que las prisiones celulares sin murallas o las prisiones que *prevean un régimen abierto en el interior de las murallas* o de las barreras o también las prisiones en las que el muro está reemplazado por una guardia especial, deberían más bien ser descritas como de *mediana seguridad*» (20).

Dice Neuman que «nada impide que exista en un establecimiento de semilibertad —o mediana seguridad—, pero fuera de sus líneas demarcatorias, una zona exenta de vigilancia donde se desarrolle el régimen abierto. Ese espacio puede destinarse a los internos de mayor confianza, seriados criminológicamente o no» (pág. 138) y en la nota 5 de la misma página dice: «Tanto es así que existen establecimientos que reúnen en varios sectores los tres niveles de seguridad por los que han de pasar los condenados antes de recuperar la libertad. Pueden citarse los de Goias y Neves en Brasil y los de Witzwil en Suiza».

Podemos, pues, afirmar que no constituye un establecimiento abierto *el sector* de un establecimiento ordinario de mediana seguridad «*situado dentro de las líneas demarcatorias de éste*» en que tenga lugar un régimen abierto (21).

---

prisiones abiertas de los Institutos Penales Agrícolas de Itapetininga, Baurú y de San José de Río Petro, jamás hasta el momento se han producido en ese trayecto fuga o intento de evasión alguna (p. 460).

(19) J. C. GARCÍA BASALO en «Tratamiento de seguridad mínima», en REP de 1967 afirma en la página 106; «Los métodos de tratamiento de los delincuentes adultos suelen dividirse simplemente en:

- métodos institucionales, a su vez subdivididos según su nivel de seguridad (seguridad máxima, mediana y mínima); y
- métodos no institucionales o en medio libre. «Propugna, en cambio, una nueva clasificación: métodos institucionales; transicionales; tras-institucionales; semi-institucionales; institucionales discontinuos; y no institucionales o en medio libre (p. 106).

(20) El subrayado es mío. En el Decreto núm. 162/68, de 25 de enero de 1968, que reformó el Reglamento de Servicios de Prisiones de 1956 denomina al segundo grado o periodo: de *readaptación social, con tratamiento dirigido en un clima de confianza*, en establecimientos de régimen intermedio; el tercer grado o periodo se denomina, en cambio, de *prelibertad*, en establecimientos de régimen abierto.

(21) En España existen diversos establecimientos abiertos; pero no todos son verdaderas prisiones abiertas. Así, lo son la Sección abierta del Centro de Cumplimiento de Hombres de Alcalá de Henares; Liria (Valencia), para jóvenes, etc. No así Tarragona, en que los internos de tercer grado tienen contactos con los demás internos.

Es necesario reivindicar, como dice Garrido Guzmán, la existencia no ya de secciones, sino de verdaderos centros penitenciarios abiertos, *a poder ser autónomos*. Un ejemplo lo podemos tener en las «Clinton Farms» de Nueva Jersey (Estados Unidos), en que hay más de 6 chalets residenciales, una administración, un hospital y varias granjas (Vide Neuman, pág. 284) sin guardias ni encargados de disciplina (pág. 291).

Finalmente, debemos decir, siguiendo a J. Carlos García Basalo, que existen además de los métodos de tratamiento institucionales —a su vez subdivididos según su nivel de seguridad (seguridad máxima, mediana y mínima)— los métodos transicionales y semi-institucionales, que pueden ser aplicados en la prisión abierta. Ejemplo del método transicional podemos citar a los permisos de salida; como ejemplo del método semi-institucional, el «work release» o sistema de trabajo en las empresas del exterior (21 bis).

e) La prisión abierta *puede constituir el último eslabón del régimen progresivo, o bien puede albergar a condenados inmediatamente después de producida la sentencia* —previa observación, en su caso—. En la mayor parte de los países del mundo la prisión abierta se destina a personas que escalonadamente han pasado por establecimientos de mayor seguridad. Esto se debe, sin duda, a que la prisión abierta todavía se ve con recelo y no se halla del todo consolidada, admitiéndose sólo de modo muy excepcional y tras una larga observación de los internos que pasan previamente por establecimientos cerrados o de mediana seguridad. La prisión abierta es para la mayoría de los países un «*instituto de prelibertad*», cuya finalidad más visible reside en que el individuo amortigüe el impacto emocional y el desasosiego que le produce la recuperada libertad, cuyos efectos morales y sociales son imprevisibles (22). La prisión abierta es «un trampolín para la libertad».

Pero la prisión abierta no debe reducirse a un mero instituto de prelibertad, sino que debe ser una nueva modalidad de la ejecución de la pena privativa de libertad, que pueda y deba aplicarse *directa e inmediatamente* —con o sin observación previa— a los condenados tras la imposición de la condena, pues su

---

Mayte Mancebo afirma que la Sección Abierta de Alcalá de Henares propiamente no es una prisión abierta, pues los muros de la prisión de hombres vecina rodean la dependencia; de tal forma, que el interno, al abrir la ventana invariablemente, ve el paredón, obstáculo material insalvable para la huida «citada por C. García Valdés en Régimen Penitenciario de España» 1975, pág. 132. Sin embargo, creo que dado que los internos realizan el trabajo en empresas del exterior durante el día —y a veces durante la noche— es claro que *pueden escaparse*, sin obstáculo alguno, pues no hay ningún funcionario que les acompañe al trabajo. Por ello, creo que es un verdadero establecimiento abierto, si bien sería de desear un emplazamiento más acorde.

(21 bis) Vide J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI: «El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y Regulación Positiva», Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, San Sebastián, 1982, págs. 189, 321, 100, 121 y 202, etc.

22) E. NEUMAN: «La Prisión...», op. cit., p. 479.

*función primordial consiste en una cabal individualización de la pena.* Por ello creemos que los Tribunales o jueces deberían de *lege ferenda* poder condenar a pena privativa de libertad a cumplir en la modalidad de la prisión abierta; sobre todo en las penas de privación de libertad de corta duración y en los arrestos sustitutorios por falta de pago de la multa impuesta, impuestos a personas «aptas» para beneficiarse con un régimen fundado en la confianza (como es el régimen abierto). Aptitud que ya podría resultar de los exámenes sobre la personalidad del acusado que deberían realizarse de oficio con anterioridad al acto del juicio oral.

Dice Neuman que «en Suecia los detenidos son recluidos directamente y sin observación previa en establecimientos abiertos y raramente es necesario trasladar a un recluso a una prisión cerrada» (23).

III.—Las «condiciones de buen funcionamiento» (según el Congreso de La Haya de 1950) o «las condiciones de éxito» de la prisión abierta son: a) una previa selección de los internos; b) un determinado emplazamiento; c) trabajo agrícola o industrial y educativo en condiciones similares al operario libre; d) idoneidad del personal directivo, educador y funcionario; e) cooperación de las poblaciones vecinas; f) número limitado de internos; y g) la existencia de un reglamento.

En cuanto a la previa selección de los internos, debemos decir que observamos una cierta evolución de mayor a menor rigidez en la realización de la selección, según la prisión abierta sea una institución menos o más consolidada, respectivamente, en los sistemas penitenciarios que la adoptan. En efecto, en los sistemas en que la prisión abierta constituye sólo un *nuevo ensayo penológico* todavía no consolidado por la experiencia, la selección previa de los internos es *muy severa*, restringiéndose así de modo muy considerable el número de condenados que puedan beneficiarse de tal modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad; sin embargo, dicha severidad no se fundamenta en métodos realmente científicos, sino sólo, normalmente, en criterios tales como la reincidencia, la gravedad del delito cometido, la pena impuesta, el tipo de delito, etc., es decir, en criterio objetivos, sin ahondar en absoluto, en si el interno es apto por su personalidad para cumplir la pena de privación de libertad impuesta en la modalidad de la prisión abierta. Tal planteamiento es, sin duda, prudente en un momento en que se desconoce a ciencia cierta la reacción de la sociedad ante tal tipo de ejecución de la pena, y se teme la comisión de numerosas fugas o evasiones.

(23) E. NEUMANN: «La Prisión...», p. 141, nota 8, quien cita el *Acta resumida de la reunión del grupo de trabajo de la conferencia regional europea*, documento MCPC/13/52. Ya veremos cuál es el sistema sueco actualmente vigente tras las modificaciones de 1979, 1980 y 1982 de la Ley sobre el Tratamiento Correccional en Instituciones Penitenciarias (sueca) de 1974. Vide infra.

En cambio, en los sistemas penitenciarios en que la prisión abierta ya no es un ensayo penológico, sino *una experiencia muy consolidada* que ha demostrado que las evasiones son más bien escasas y que la opinión de la sociedad y de las ciudades vecinas al establecimiento abierto son favorables a tal tipo de institución, porque están concienciadas del serio problema penitenciario, solidarizándose con tal tipo de institución porque saben que la readaptación es posible en este tipo de establecimientos, la selección, si bien existe, es de tipo más bien subjetivo, en el sentido de examinar con mayor profundidad la personalidad del interno para predecir o pronosticar su aptitud para vivir en un régimen de semi-libertad, basado en la confianza. Tal planteamiento extiende la prisión abierta a un *número muy considerable de internos*.

Sin embargo, el escollo fundamental que encuentra tal planteamiento se halla en que una selección basada «*en la predicción de la aptitud para la libertad fundada en el comportamiento entre rejas es una tarea muy difícil*» (24). Incluso con un examen medico-sicológico y con una encuesta social tal predicción es difícil (25). Norval Morris propone el sistema no ya del pronóstico, sino *de prueba o ensayo graduado* para la liberación bajo palabra sistema perfectamente válido, a mi entender para el destino a una prisión abierta: a) concesión de un permiso de salida de setenta y dos horas de la prisión, durante el cual se comprobará si el interno es capaz de salir de la cárcel y vivir setenta y dos horas de licencia, sin cometer delito, y volviendo a la cárcel; b) el segundo paso consiste en un programa de preparación laboral o educativa, con numerosos permisos de salida. Las nuevas oportunidades de obtener permiso habrán de depender de la abstinencia de delito por el recluso durante los primeros períodos graduados de prueba; c) asimismo dependerán de su conformidad con otras condiciones adecuadas que se impongan a su comportamiento en el exterior (26).

(24) Norval MORRIS: «El futuro de las prisiones». Siglo XXI Editores, p. 64, México, 1978.

(25) Norval MORRIS afirma: «Análisis empíricos prolíficos han demostrado que *los pronósticos sobre abstención del delito después de la liberación no tienen mayor probabilidad de acierto cuando se formulan en el momento de la liberación, que cuando se formulan al comienzo del cumplimiento de la condena*»... «En otros términos: treinta años de meticulosa compilación de tasas básicas de riesgo de revocación de la libertad bajo palabra y de riesgo de condena ulterior revelan que únicamente tres factores tienen relación con la posterior adecuación del interno a las condiciones de la libertad bajo palabra y con su abstinencia de la criminalidad después de la liberación: la existencia de una familia u otro grupo social de respaldo al que pueda incorporarse al ser liberado; la existencia de un empleo que le signifique un respaldo razonable; y el proceso y la duración del envejecimiento mismo», op. cit., pp. 65 y 66. Tal argumentación creo que es aplicable al caso de la selección para el destino a una prisión abierta: los pronósticos de aptitud para estar en una prisión abierta no tienen mayor probabilidad de acuerdo cuando se formulan tras una larga estancia en prisiones ordinarias que cuando se formulan al comienzo del cumplimiento de la condena.

(26) Op. cit., p. 74 y 75.

Existen ciertas personalidades penitenciarias de enorme experiencia en el campo de la prisión abierta que defienden la «no selección previa del condenado» para su destino a un establecimiento abierto, que nos puede hacer reflexionar. Edna Nahan, superintendente del Reformatorio para mujeres «Clinton Farms» en Nueva Jersey, «expresa entusiastamente que el éxito obtenido con el régimen abierto es tal, que no debe vacilarse en proponerlo para toda clase de convictas *sin necesidad de selección alguna*». En Clinton Farms se alojan mujeres penadas por crímenes y fechorías que van desde el asesinato hasta el abandono de los hijos. E incluso los puestos de mayor responsabilidad, dentro del centro, son desempeñados por aquellas que cumplen cadena perpetua, pues se ha observado que las mujeres con penas prolongadas son generalmente más maduras, estables y dignas de fiar (27); asimismo, Hans Kellerhals no comparte el criterio según el cual el penado deberá pasar primero un tiempo en un establecimiento de máxima seguridad a manera de ensayo para luego ser transferido a una prisión abierta. No obstante, afirma que la ubicación de condenados en institutos abiertos no debe hacerse por selección de categorías, sino después de un examen detallado de su individualidad, para lo que se debe favorecer la creación de centros de observación (28).

En nuestra opinión *la selección previa es necesaria* (29), debiendo atenerse a *la aptitud* del interno para desenvolverse en una prisión abierta como guardián de sí mismo sin evadirse. El problema está en cómo puede medirse dicha aptitud; tal vez no baste un examen medicosicológico y una encuesta social, y deba acudirse al sistema preconizado por Norval Morris del «ensayo graduado». En las penas de privación de libertad de corta duración, también es deseable la selección; no obstante, creo que entonces debe de utilizarse métodos simplificados y rápidos que permitan el ingreso en los establecimientos abiertos *con prontitud*, evitándose así también el peligroso *contagio* de las prisiones cerradas. Tal selección no es necesario, incluso, que deba tener lugar *necesariamente* tras la sentencia impuesta por el Tribunal, sino que también puede tener lugar con anterioridad a la misma, durante el proceso. Creemos que «de lege ferenda», en tal caso el Tribunal debería tener potes-

(27) Vide Edna NAHAN: «Informe al Congreso de La Haya, Actas», vol. IV, pp. 99 y ss., y E. NEUMAN: «La Prisión Abierta», op. cit., p. 283.

(28) Actas, Val. IV, pp. 84 y 85. Elías Neuman cita la afirmación de Hans Kellerhals de que «*a Witzwill llegan presos que no conocen la prisión cerrada*», op. cit., p. 308.

(29) Así, la Resolución 3 f) del XII Congreso Internacional y Penitenciario de La Haya de 1950. Dice así: «Los presos remitidos a un establecimiento abierto deben ser elegidos atentamente»... Lo presupone el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente de Ginebra 1955 en la Recomendación IV al referirse a los criterios que se debe aplicar en la selección de los reclusos para su admisión en los establecimientos abiertos.

tad para destinar a un condenado a una prisión abierta, en caso de penas privativas de libertad de corta duración, o en caso de arresto sustitutorio por impago de la multa impuesta.

#### IV. LA LEY ORGANICA GENERAL PENITENCIARIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1979 Y EL REGLAMENTO PENITENCIA- RIO DE 8 DE MAYO DE 1981.

A) La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley General Penitenciaria —*tras afirmar* la finalidad resocializadora de la pena y que la sanción de privación de libertad se concibe como tratamiento, esto es, como actividad directamente dirigida a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados mediante la utilización de los métodos científicos adecuados, tratamiento no impuesto, sino voluntario, programado e individualizado, estimulándose la colaboración personal del interno, llamado a desempeñar un papel cada vez más intensamente protagonista, en el marco de un sistema penitenciario progresivo, dotado de una flexibilidad que lo aleje de los precedentes clásicos aproximándolo a lo que podría denominarse un «sistema de individualización científica»— manifiesta que los rasgos más sobresalientes de la Ley son los siguientes: ... *potenciación del régimen abierto y reducción del cerrado a supuestos extraordinarios*, sumisión general del régimen penitenciario a las exigencias del tratamiento científico de los internos, trabajo equiparado al trabajo en libertad», etc. (30).

---

(30) Vide «Boletín Oficial de las Cortes», núm. 148, de 15 de noviembre de 1978. El régimen abierto fue introducido por el importante Decreto número 162/68, de 25 de enero de 1968, que modificó sustancialmente el RSP de 1956. El artículo 5 c establece que los establecimientos de cumplimiento... comprenderán: Establecimientos ordinarios que serán de tres tipos: de régimen cerrado, para quienes se muestren hostiles o refractarios al tratamiento; de régimen intermedio, para quienes ofrezcan condiciones favorables en orden a su readaptación social, y de régimen abierto, para quienes bien inicialmente, o bien por la evolución del tratamiento a que fueron sometidos, estén en condiciones de vivir en régimen de semilibertad. El artículo 48 del citado Decreto, asimismo, establecía: «Las penas de reclusión, presidio y prisión se cumplirán conforme determina el artículo 84 del Código Penal, según el sistema progresivo, que comprenderá los siguientes grados: 1.º De reeducación del interno; 2.º De readaptación social, contrataimiento dirigido en un clima de confianza; 3.º De prelibertad; 4.º De libertad condicional.

Los tres primeros grados se corresponden, respectivamente, con los establecimientos de régimen cerrado, intermedio y abierto, previstos en el artículo cinco.

La evolución en el tratamiento determinará una nueva clasificación del interno, con su consiguiente propuesta de traslado al establecimiento que corresponda o dentro de la misma institución, el que pase de una sección de régimen cerrado a otra de régimen intermedio o abierto o viceversa.

La progresión en el tratamiento dependerá de la conducta activa del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidad cada vez más importantes que implicarán una mayor libertad.

B) En la Ley General Penitenciaria, en adelante LGP, el artículo 9.1 establece que «Los establecimientos de cumplimiento son centros destinados a la ejecución de las penas privativas de libertad. Se organizarán separadamente para hombres y mujeres y serán de dos tipos: de régimen ordinario y abierto». Asimismo el artículo 10.1 dice: «No obstante lo dispuesto en el número 1 del artículo anterior, existirán establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado o departamentos especiales para los penados calificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, apreciados por causas objetivas en resolución motivada, a no ser que el estudio de la personalidad del sujeto denote la presencia de anomalías o deficiencias que deban determinar su destino al centro especial correspondiente».

Como puede observarse, el régimen cerrado es para la LGP

La regresión de grado procederá cuando se aprecie en el interno oposición o resistencia al tratamiento o falta de colaboración que implique una evolución desfavorable de la personalidad del mismo»; el artículo 49 asimismo establece: 3. En los de régimen abierto (el tratamiento se inspirará en los siguientes principios: Cuidar que la actitud del interesado, merecedora de la plena confianza en él depositada, no evolucione en sentido negativo o desfavorable». Finalmente el artículo 51 establece: «En la aplicación del régimen general en el artículo que antecede (art. 50) se tendrán en cuenta las siguientes peculiaridades: En las instituciones de régimen abierto, descansará sobre la plena confianza merecida por el interno, en el sentido de la propia responsabilidad y la aceptación voluntaria de la disciplina; a cuyo efecto será instruido previamente de las condiciones y régimen del establecimiento para que él manifieste si las acepta y se compromete a observarlas, la situación propia de este grado de tratamiento, permitirá al interno moverse sin vigilancia, tanto en el interior de la institución como en las entradas y salidas para ir a su trabajo con un régimen de vida que se acercará en lo posible a la que ha de llevar en libertad. Se cuidará de la formación profesional del interno, bien dentro del propio establecimiento o bien mediante su asistencia a centros de enseñanza y de formación profesional no penitenciaria y se cuidará de que consiga un puesto de trabajo o empleo adecuado a sus aptitudes en alguna empresa de la localidad, en las mismas condiciones que las de los trabajadores libres que en ella trabajen».

El Decreto número 2.273/77, de 29 de julio de 1977, asimismo modifica el artículo 48, haciéndolo extensivo también a las penas que siendo de otra naturaleza, excedan de seis meses de privación de libertad; asimismo, el número 6 dice: «En ningún caso se mantendrá a un interno en el primero o segundo grado cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión». El número 7 establece: «Cada seis meses, como máximo, los internos a los que se refiere este artículo deberán ser estudiados individualmente por las Juntas y Equipos de Tratamiento, para reconsiderar su anterior clasificación, tomándose la decisión que corresponda, que deberá ser notificada al interesado y contra la cual podrá interponer recurso ante la Dirección General, a la que se remitirá un informe detallado de lo que resulte del expediente y de las circunstancias que determinaron la resolución». Finalmente el número 8 dice: «En casos excepcionales, por necesidades del Establecimiento penitenciario, con audiencia de la Junta de Tratamiento, expreso consentimiento del interno y previa autorización de la Dirección General, podrá el recurso permanecer en un Centro clasificado en grado inferior al que le corresponda, pero en tal caso le serán íntegramente aplicables todas las ventajas inherentes al régimen en el que se encuentre clasificado».

una modalidad *excepcional* y distinta respecto al del cumplimiento ordinario. Como dice García Valdés, «se ha preferido utilizar esta terminología y no la de raigambre norteamericana, canadiense, belga y portuguesa, y hoy trasnochada, en mi opinión, de establecimientos de máxima seguridad, por entender que refleja más exactamente sus características esenciales, dentro del sistema de individualización científica proclamado en el artículo 72, al corresponderse normalmente este tipo de centros o departamentos especiales con el primer grado de tratamiento penitenciario respecto al cumplimiento de la condena» (31).

En la LGP, a diferencia de la legislación anterior, se destaca el carácter excepcional del régimen cerrado (32).

De todo ello debe inferirse que *los establecimientos de régimen abierto no son establecimientos de cumplimiento de carácter excepcional* en la LGP, sino que es un establecimiento *típico* (art. 9.1). Lo que significa, de entrada, *una potenciación extraordinaria de la prisión abierta* (33), al menos a nivel legal.

El fundamental artículo 72 introduce el «sistema de individualización científica, separado en grados». Como dice el profesor Carlos García Valdés «el sistema de individualización científica parte del principio de que no hay diferencia de los métodos de tratamiento según los grados, pues aquéllos no están en función de éstos, sino de la personalidad de cada interno (34). El artículo 84 del C. p. debe entenderse abrogado por la LGP que desplaza y elimina el sistema progresivo tradicional y rígido. No obstante debemos precisar que ya la reforma de 1968 del RSP introdujo un sistema progresivo *flexible*, al introducir el régimen abierto y permitir el acceso inicial al mismo al interno que fuera apto para beneficiarse de tal régimen.

La LGP establece cuatro grados: el primer grado se reserva a los destinados a los establecimientos de régimen cerrado; el segundo grado, a los establecimientos de régimen ordinario; el tercer grado, a los establecimientos de régimen abierto; y el cuarto grado

(31) Carlos GARCÍA VALDÉS: «Comentarios a la legislación penitenciaria». Editorial Civitas, p. 47, Madrid, 1982.

(32) BUENO ARÚS: «Breve Comentario a la Ley General Penitenciaria», p. 55, en «Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria», Vol. I, 1982.

(33) Por ello, C. García Valdés afirma: «su valiente incorporación legal (de la prisión abierta) se produce con la reforma del derogado Reglamento de los Servicios de Prisiones de 1968, potenciándose con la Ley General Penitenciaria extraordinariamente». Asimismo afirma dicho prestigioso autor: destinados (los establecimientos abiertos) idealmente a un 45 por ciento de la población reclusa española», p. 45, op. cit.

(34) C. GARCÍA VALDÉS: «Comentarios a la legislación penitenciaria», p. 225, op. cit. En el anteproyecto y en el Proyecto de la Ley General Penitenciaria todavía se utilizaba la denominación —incorrecta— de sistema progresivo. La actual redacción se debe a una enmienda presentada por el Grupo parlamentario Socialistas de Catalunya, por entender que el sistema progresivo no contempla el régimen abierto. Vide C. GARCÍA VALDÉS: «La Reforma Penitenciaria Española», pp. 303 y 304, Madrid, 1981.

está constituido por la libertad condicional. Se establece una clara equiparación entre el régimen y el tipo de establecimiento (artículo 72.2). Asimismo el artículo 72.3 afirma: «Siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden».

Asimismo el artículo 72.4 establece: «En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión».

Si se compara la LGP con el decreto de 25 de enero de 1968 o con el decreto de 29 de julio de 1977, se echa a faltar la denominación de los tres grados (35).

El Decreto de 29 de julio de 1977 reformó el artículo 48 del RSP añadiendo varios párrafos más numerados. El 8 dice así: «En casos excepcionales por necesidades del establecimiento penitenciario, con la audiencia de la Junta de Tratamiento, expreso consentimiento del interno y previa autorización de la Dirección General, podrá el recluso permanecer en un centro clasificado en grado inferior al que le corresponda, pero en tal caso le serán íntegramente aplicables todas las ventajas inherentes al régimen en el que se encuentre clasificado».

Dicho precepto no se halla reproducido ni en la LGP ni en el Reglamento Penitenciario de 1981, por lo que entendemos, ha quedado derogado en virtud de la Disposición Derogatoria del Reglamento Penitenciario de 1981. Así *se robustece la correspondencia* entre los diferentes grados y los establecimientos respectivos. En efecto, creo que es *abusivo* mantener a un interno clasificado en tercer grado en un establecimiento ordinario por supuestas «necesidades del establecimiento penitenciario», aunque se le apliquen todas las ventajas inherentes al régimen abierto. Es sabido que el contacto con los demás internos, clasificados en segundo grado, es muy *negativo*, pues éstos suelen crear situaciones difíciles que pueden repercutir en la pérdida del tercer grado por el interno que lo posea (36). A veces, se observa la corruptela de clasificar a un interno en tercer grado a los solos efectos de que pueda obtener la libertad condicional que exige estar en el tercer grado, pero sin que sea destinado a un establecimiento o sección abiertos. Tal práctica debe ser rechazada, porque si se considera que el interno no tiene todavía aptitud para ser trasladado a un estable-

(35) En ambos decretos derogados por la LGP el primer grado se denominaba: «De reeducación del interno»; el segundo grado: «De readaptación social con tratamiento dirigido en un clima de confianza; el tercer grado: «De prelibertad» (art. 48RSP).

(36) En efecto, los compañeros no beneficiarios con el tercer grado suelen sentir una especie de envidia o recelo por el compañero clasificado en tercer grado y a menudo provocan peleas o reyertas para perjudicar a dicho compañero; o bien, suelen requerir al clasificado en tercer grado que trabaje en el exterior, que «pasen» objetos prohibidos al establecimiento. Si éste se niega las represalias no tardan en llegar.

cimiento abierto, no debe ser clasificado en tercer grado; pues menos aptitud tendrá para ser liberado condicionalmente. Entiendo que todo interno clasificado en tercer grado debe ser trasladado con prontitud a un establecimiento o sección abiertos, sin que se le permita u obligue permanecer en un establecimiento ordinario, con el pretexto de que no hay «plazas vacantes» en los establecimientos abiertos.

C) En el Reglamento Penitenciario de 8 de mayo de 1981, el artículo 38.1 reproduce casi el art. 9.1 de la LGP pues añade: «También existirán excepcionalmente, establecimientos de cumplimiento o departamentos especiales de régimen cerrado».

Como puede observarse en este precepto ya se usa el adverbio «excepcionalmente».

El artículo 250 reproduce el artículo 72 de la LGP. Sin embargo, los artículos 251 y 252 establecen dos *limitaciones importantes* al texto de la LGP.

Dice así el artículo 251: «En el caso de que se proponga para tercer grado a un interno que no tenga cumplida la cuarta parte de la totalidad de su condena o condenas, será necesario que concurren favorablemente calificadas las otras variantes intervenientes en el proceso de clasificación, valorándose especialmente la primariedad delictiva, buena conducta y madurez o equilibrio personal».

«En estos supuestos, sería necesario un tiempo mínimo de conocimiento del interno, previsión de conducta y consolidación de factores favorables, no inferior a dos meses de estancia real en el Centro que lo proponga.»

La segunda limitación se contiene en el artículo 252 del RP, que dice así: «Si un interno penado tiene además pendiente una o varias causas en situación preventiva, no se hará la propuesta de clasificación correspondiente hasta que haya sido condenado o absuelto en la última de las mismas. No obstante, se podrán excluir los casos en que la causa o causas ya penadas lo hayan sido a penas graves y los delitos imputados en las causas preventivas tengan legalmente atribuidas penas inferiores».

«En ningún caso se podrá proponer a un interno para tercer grado si le quedan causas en situación preventiva» (37).

(37) Hans KELLERHALS, en el «Informe al Congreso de La Haya de 1950, actas», vol. IV, fue el único de los participantes del congreso de La Haya que entendió que en principio no habría inconvenientes para incluir a los procesados en prisión abierta. El alojamiento en establecimientos de mínima seguridad, según el penólogo suizo, permite proceder a una atenuación del tratamiento penitenciario y a facilitar inmediatamente la readaptación. De esa forma se procede en Witzwil en algunos casos. En Suiza, el detenido que confiesa su culpabilidad antes de haber sido sentenciado, puede solicitar se le recluya directamente en una penitenciaría en vez de permanecer en la cárcel, en la que no tendrá ocupación alguna. Al presentarse luego al Tribunal para su juicio, esa actitud es apreciada con benevolencia; por lo demás se entiende que ya ha iniciado el cumplimiento de la condena.

Como es de observar, ambas limitaciones no se contemplaban en la LGP, constituyendo *una innovación* del Reglamento Penitenciario de 1981. Este es mucho más *restrictivo* que la Ley General Penitenciaria *si se interpreta literalmente*, al establecer un dato de naturaleza pragmática, es decir, objetivo cual es la estancia no inferior a dos meses, como tiempo mínimo de conocimiento del interno, cuando el interno todavía no ha cumplido la cuarta parte de la totalidad de su condena o condenas. Dato que contradice el *espíritu subjetivista* de la LGP, que sólo exige que el interno *esté en condiciones* para ser situado en el tercer grado (art. 72.3 en relación con el art. 59.1 y art. 1 y art. 63 de la LGP). Por consiguiente, en la LGP no existe límite *objetivo* alguno (de carácter rígido) que impida a un interno considerado «en condiciones para ingresar en una prisión abierta» ser clasificado en tercer grado y ser destinado a un establecimiento abierto «aunque no concurra tiempo determinado o prefijado alguno».

Sin embargo, si el artículo 251 se interpreta *teleológicamente* y *sistimáticamente*, sólo establece un límite «*indiciario*», sin que pueda ser dicho límite temporal de carácter vinculante. La referencia a una duración mínima de estancia en el centro de dos meses «*se interpretará al solo efecto de valorarla de forma ponderada con el conjunto de todos los otros criterios o variables intervinientes en el proceso de clasificación*» como establece bilateralmente el artículo 241 del Reglamento Penitenciario respecto a la duración de las penas en relación al artículo 63, que establece la duración de la pena, como un elemento a tomar en cuenta al realizarse la clasificación para la individualización del tratamiento (38).

Sin duda, tiene razón García Valdés. Sin embargo, la redacción del artículo 251 es defectuosa —si tal límite es *indiciario*— dada su contundencia (39); con el peligro de que en la práctica sea interpretada literalmente contra el espíritu que informa la LGP. Por lo que abogo por una redacción más conforme con dicho espíritu, como ya hace el artículo 241 del RP.

En cuanto a la limitación contenida en el artículo 252 del RP —«en ningún caso se podrá proponer a un interno para tercer grado si le quedan causas en situación preventiva»— sí constituye

---

Ver «Acta resumida de la reunión del grupo de trabajo de la conferencia regional europea», Naciones Unidas, MCPC/13/52, p. 4 del texto francés. E. NEUMAN, «La Prisión...», p. 141 nota 9.

(38) C. GARCÍA VALDÉS así lo entiende al decir: «Es precisamente con este precepto reglamentario (el art. 241) con el que debe ponerse en relación el artículo 251 del mismo texto... Es claro que la relación transcrita obliga a un ponderado y concreto estudio de tales internos, lo cual es razonable, no suponiendo regresión alguna respecto a la Ley General Penitenciaria, que si lo sería si se formulara genéricamente y como condición temporal imprescindible, cosa que no ocurre al efectuarlo de manera indicativa y referencial». El subrayado es mío. Vide: «Comentarios a la legislación penitenciaria», op. cit., pp 200 y 201.

(39) Podría decir por ejemplo: «generalmente no inferior a dos meses».

una *restricción* clara de la LGP. El adverbio: «*en ningún caso*» impide cualquier otra interpretación.

A nuestro entender el autor del Reglamento Penitenciario ha optado por el camino fácil, al impedir el acceso a la prisión abierta a toda persona que le quede otra causa en situación preventiva. Creemos que dicha limitación atenta contra el espíritu de la LGP y del principio de la *individualización científica*, al impedir *en todo caso* la posibilidad de proponer a un interno a tercer grado si se halla *en condiciones* de acceder a él. Se produce una verdadera ruptura del principio de individualización científica, creando asimismo una verdadera *desigualdad* entre los internos condenados sin más causas pendientes de juicio y los internos condenados con otra causa pendiente en situación de preventiva. A los primeros, según el RP se les puede readaptar mediante la prisión abierta; a los segundos, se les niega dicha readaptación «*en todo caso*». Creemos que tal resultado, además de inconstitucional, no es conforme a la LGP. En efecto, se debería dar la posibilidad —a nivel reglamentario— de poder proponer a un interno con una causa pendiente para tercer grado, si tal interno está realmente «*en condiciones*» de seguir un régimen abierto, habida cuenta de todo el conjunto de los demás criterios o variables interviniéntes en el proceso de clasificación, como dice el artículo 241 del Reglamento. Es decir, la prohibición de proponer a un interno con otra causa en situación de preventiva para el tercer grado tendría que tener un carácter «*indiciario o referencial*», pero no absoluto (40).

Tiene razón Garrido Guzmán cuando dice que: «Una de las características más importantes de la prisión abierta es la selección de los penados. Una mala selección de los internos que se destinan a estos centros puede hacer fracasar aparatosamente la institución abierta, de aquí que al principio general establecido en nuestra legislación para destinar a los penados a régimen abierto, muy amplio y flexible, por cierto, era necesario imponerle unos correctivos: una estancia mínima y efectiva en el centro penitenciario de origen de dos meses, siempre que no haya cumplido la cuarta parte de la condena pendiente. Y una imposibilidad transitoria de ser destinado a régimen abierto a los que tienen pendiente alguna causa en situación preventiva. A nuestro entender, ambas limitaciones son acertadas y constituyen un mínimo de garantías para una buena selección de los penados que han de disfrutar de la institución abierta» (41). No estamos de acuerdo, sin embargo, en la necesidad de imponer «correctivos», si por correctivos se entiende la introducción de criterios absolutos restrictivos de la LGP.

(40) Precisamente el carácter *absoluto* del artículo 252 último párrafo *puede confundir al intérprete del artículo 251*. En efecto, si la prohibición referida tiene un carácter absoluto, el límite temporal mínimo de dos meses de estancia real en el centro parece que también puede ser entendido con carácter general y absoluto, y no con carácter *indiciario o referencial*.

(41) L. GARRIDO GUZMÁN, «Manual de Ciencia Penitenciaria», op. cit. p. 494.

En cuanto al *régimen abierto*, viene regulado en la Sección Segunda del Capítulo III del Título II del RP. Dice así el artículo 45: «Los establecimientos y secciones de régimen abierto se ajustarán a las siguientes normas:

1.<sup>a</sup> El orden y la disciplina que se ha de exigir serán los propios para el logro de una convivencia normal en toda colectividad civil, con ausencia de controles rígidos, tales como formaciones, cacheos, requisas, intervención de visitas y correspondencia, que contradigan la confianza que como principio inspiran estas instituciones».

2.<sup>a</sup> Para el destino de los internos a los establecimientos de régimen abierto será necesario instruir a aquéllos de las condiciones y régimen de vida que han de llevar, y que manifiesten formalmente que las aceptan voluntariamente y que se comprometen a observarlas».

3.<sup>a</sup> En general, se permitirá a los internos moverse sin vigilancia tanto en el interior de la institución como en las salidas para el trabajo y permisos.

4.<sup>a</sup> Durante su permanencia en un establecimiento de régimen abierto los internos deberán pasar por las siguientes fases:

a) De iniciación, durante la cual serán informados del programa del centro, presentados a funcionarios y compañeros, y deberán ocuparse en tareas de limpieza y conservación. Una vez estudiados los protocolos de los internos por el órgano colegiado correspondiente, se les proporcionará una relación de puestos de trabajo para que elijan de entre los existentes y acepten las obligaciones que dichos puestos implican.

Durante esta fase, en sus salidas al exterior serán debidamente controlados.

b) De aceptación, durante la cual serán autorizados para salir a trabajar, pudiendo permanecer fuera del establecimiento el tiempo necesario para el trabajo y para los desplazamientos al lugar donde se desarrolla.

Durante esta fase, los educadores deberán comprobar en forma discreta las actividades que llevan a cabo durante los permisos que disfruten los internos.

c) De confianza, durante la cual los internos gozarán de todas las ventajas inherentes a la plenitud de responsabilidad que asumen y sin limitaciones los permisos de fin de semana.

5.<sup>a</sup> Bajo la supervisión de los educadores se establecerán los órganos de participación de los internos en el desarrollo de las distintas actividades del establecimiento.

Todos los internos de la segunda y tercera fase pueden elegir y ser elegidos para formar parte de los órganos de participación.

6.<sup>a</sup> Como regla general, en los establecimientos de cumplimien-

to de régimen abierto se autorizará el dinero de curso legal y el uso de objetos de valor».

Como es de observar, las normas contenidas en el artículo 45 del RP no constituyen «*un reglamento cerrado*»; sino que *son normas-marco*.

En efecto, los distintos establecimientos o secciones abiertos pueden regirse por sus propias normas internas, siempre que se adecuen a las normas del RP. Tal afirmación la hacemos en base a la manifestación expresa de la norma 4.<sup>a</sup> a): «... serán informados *del programa del centro*». Luego, cada centro puede tener su programa propio y peculiar, haciendo el RP de *reglas mínimas*. Los programas de actuación de los diversos establecimientos y secciones abiertos no tienen por qué coincidir (42).

De este modo el RP de 1981 cumple *la misma misión* que el RSP reformado por el Decreto de 25 de enero de 1968 y por el Decreto de 29 de julio de 1977: «*servir de directriz*». En efecto, debemos mencionar que algunos establecimientos abiertos contaban ya con su *reglamento interior*, mucho antes del RP de 1981. Tal es el caso de la sección abierta de Alcalá de Henares (43).

Las tres primeras normas del artículo 45 RP establecen que el principio inspirador de la institución abierta es la: «*confianza en los internos*», de ahí que preceptúe la ausencia de controles rígidos, tales como formaciones, cacheos, requisas, intervención de visitas y correspondencia (norma 1.<sup>a</sup>); y el que se permita, en general, al interno moverse sin vigilancia, tanto en el interior de la institución como en las salidas para el trabajo y permisos (Norma 3.<sup>a</sup>); asimismo se establece el principio de la *voluntariedad* en el acatamiento de las normas del régimen abierto, manifestando el interno formalmente su aceptación y el compromiso de observarlas: es la palabra de honor que sustituye a las rejas, cerrojos y demás medidas de seguridad (Norma 2.<sup>a</sup>). Tal aceptación suele tener lugar en la fase de aceptación a que se refiere la Norma 4.<sup>a</sup> del artículo 45, que coincide normalmente con la salida a trabajar en empresas del exterior (44).

---

(42) JESÚS CALVO GARCÍA dice: «¿Qué es, realmente, un Régimen Abierto? ¿Un centro en el que los internos, porque son buenos o porque les queda poca condena, pueden trabajar en una granja, en una obra, en una contrata particular? ¿Un centro al que únicamente van los internos a dormir? ¿Un Instituto de Formación Profesional?».

«El caso es que todos esos "modos" se dan en un régimen abierto; y cada uno de ellos son positivos, fecundos, típicos. *Possiblemente ninguno de los programas de actuación que hoy se realizan en nuestros Centros de Régimen Abierto coincidan entre sí*» (el subrayado es mío).

«En esa variedad conceptual, que no puede ni debe unificarse, descansa la amplitud y riqueza, y por ello a la vez la imprecisión, del término "régimen abierto". Lo cual complica la posibilidad de pensar en un sistema "tipo de actuación", en centros de régimen abierto, aunque para todos tengamos *una directriz única*». «Revista Estudios Penitenciarios», núm. 199, octubre-diciembre de 1972, pp. 762 y 763.

(43) «REP», núm. 220 al 223 de 1977.

(44) En la Sección de Régimen Abierto de Alcalá de Henares, el interno

La Norma 4.<sup>a</sup> establece *las fases* del régimen abierto. ¿Son nuevos grados, en el sentido de los grados en nuestra técnica penitenciaria? Dice el artículo 43 del RP Norma 2.<sup>a</sup> que «Serán destinados a los establecimientos de régimen abierto los penados clasificados en tercer grado por estimar que bien inicialmente, bien por su evolución favorable en segundo grado, pueden recibir tratamiento en régimen de semilibertad». Y asimismo el artículo 243.2 del RP establece que «La progresión en el tratamiento... entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo (el interno) y la atribución de responsabilidades cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad». En principio, parece, pues, que las fases del régimen abierto constituyen *una progresión más* del tratamiento. Materialmente las fases del régimen abierto constituyen verdaderos *subgrados* del tercer grado; pero formalmente, no, porque no es preceptiva la propuesta razonada de grado de tratamiento y de destino al tipo de establecimiento que corresponda, que debe ser remitida a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias (art. 267.2.<sup>a</sup> y art. 270 2.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> del RP) propuesta que normalmente hace el Equipo de Observación o de Tratamiento; y porque el RP —como la LGP— sólo establece cuatro grados de tratamiento (el último, la libertad condicional fuera del establecimiento). Este carácter progresivo de las fases del régimen abierto sirve para concienciar a los internos de su situación de prelibertad y para evitar evasiones, que tal vez se producirían sin un previo «*bloqueo del afecto*» (45) y posteriores se compromete concretamente a:

- 1) Salir a trabajar a una empresa del exterior, cumpliendo con el horario normal que se le encomiende; dejando constancia de su respeto a los jefes de la misma, a los compañeros de trabajo, y demostrando su buena conducta como ciudadano libre.
- 2) Esforzarse por rendir laboralmente lo más y mejor posible.
- 3) Ser puntual, tanto en la llegada a la empresa, como en el regreso a la Sección, dentro de los horarios que tenga marcados.
- 4) Notificar a la Sección cualquier cambio de horario que la empresa le impusiera, sin aceptarlo ni rechazarlo hasta que, por la Sección, se le confirme o autorice.
- 5) Entregar su salario íntegro a la Sección, y la nómina oficial.
- 6) Ir a comer a la Sección; salvo los casos en que le sea autorizado expresamente por el jefe de la misma realizar sus comidas en la empresa.
- 7) Pernoclar en el Departamento.
- 8) Recoger su carnet de la Sección en todas las salidas que haga, así como dejarlo de nuevo en el cuadro de control a sus llegadas. Igual que firmar en su «Hoja Personal de Control» a las salidas y llegadas a la Sección, especificando las horas y los motivos.
- 9) No intervenir en ninguna actividad laboral dudosa de carácter político-social o subversivo, dentro o fuera de la empresa. Ni exponer sus críticas personales sobre salarios, horarios, mandos, organización, etc., de la empresa; consciente de que su obligación ahora, es cumplir y no exigir. De todos sus problemas laborales dará cuenta a sus superiores, para que sean ellos los que los resuelvan.
- 10) Durante su jornada laboral no tendrá visitas de nadie; ni realizará ninguna otra actividad que no sea la estrictamente laboral, en la empresa, o en sus desplazamientos de la Sección a la empresa o de la empresa a la Sección.

Tal compromiso lo suscribe el interno firmándolo.

Vide «REP», núm. 216-219 de 1977.

(45) Terminología utilizada por Jesús CALVO GARCÍA en el Reglamento de la Sección Abierta de Alcalá de Henares. «REP», núm. 220 al 223 de 1977 p. 150 y s.

actitudes de diálogo y apertura. Como dice Calvo García «no hay duda de que el interno que pasa a un régimen abierto llegado de prisiones más o menos rígidas; pero prisiones, al fin, en el amplio sentido de controles, requisas, vigilancias, cacheos y seguridad; destinado a esta sección —la de Alcalá de Henares— para trabajar en empresas libres; que va a cruzar sólo calles desbordantes para él, después de más o menos años de encerramiento; que se va a encontrar de golpe con una libertad fascinadora e increíble, entre hombres y mujeres que trabajan y dialogan de repente con él; que va a sentir la responsabilidad del que, asombrosamente, puede hacer lo que le dé la gana...; no hay duda, repito, que ese interno llegado a la sección abierta sufre, inevitablemente, un impacto psicológico de sorpresa y ensoñación. La *psicología del interno, básicamente reprimida, sí va a necesitar una progresión ajustadora de equilibrio*: una entrada en escena, una toma de contacto y un dominio del papel» (46).

También, en nuestra opinión, el interno que sea clasificado inicialmente en tercer grado y sea destinado a un Establecimiento Abierto debe pasar por la referida progresión de fases por su conveniencia, pues aunque haya permanecido un tiempo en un Establecimiento de Cumplimiento ordinario (dos meses como mínimo o menos si constituye la cuarta parte de la condena) ya suficiente para crear ese *impacto psicológico* ante una mayor libertad, sin embargo, tal progresión le ayudará a una mayor concienciación del programa de actuación del Centro y mejor compromiso —en la segunda fase—, así como a resistir la tentación de evadirse.

Tales fases del régimen abierto son pues *cautelas* para evitar el gran mal de la prisión abierta, que puede dar al traste con ella: la evasión. Pues, *pedagógicamente*, como reconoce Calvo García «no cabe programar un tratamiento progresivo sobre unos internos que, al ingresar en la Sección Abierta, vienen promocionados precisamente al *tercer grado de nuestro actual sistema penitenciario; el último, en realidad*, ya que el grado de Libertad Condicional se lleva a cabo fuera de los Establecimientos» (47).

La primera fase la denomina el RP «*De iniciación*» (48). Su duración no viene predeterminada por el RP, por lo que se deja libertad en su determinación a los Reglamentos interiores de los

(46) Jesús CALVO GARCÍA, en «REP», núm. 199, oct.-dic. 1972, p. 770.

(47) CALVO GARCÍA, «REP», núm. 199, p. 770.

(48) En el Reglamento Interior de la Sección Abierta de Alcalá de Henares la primera fase se denomina: «*Fase de Ambientación o Prueba*». En realidad tal fase cumple dos misiones muy diferenciadas: a) *ambientar* al recién llegado al régimen abierto; y b) *regresar a esta fase* a aquel interno que por sus actitudes dudosas, confusas o negativas, estando en otra fase más adelantada, hubiera que privar de todos los estímulos. Pero sin perder aún el régimen abierto ni su trabajo en el exterior. Se trata de una regresión intermedia, para evitar la retrocesión a régimen cerrado, cuando no existen argumentos concluyentes todavía.

Establecimientos o Secciones Abiertos (49). En esta fase «serán informados los internos del programa del Centro, presentados a funcionarios y compañeros, y deberán ocuparse en tareas de limpieza y conservación». Asimismo, el Equipo del Centro estudia el Protocolo del interno y su expediente personal, para ampliar el conocimiento del mismo, con la observación directa, por una parte, y los datos y juicios de los Equipos de los Centros de procedencia, por otra. Una vez estudiados los protocolos, se les proporcionará una relación de puestos de trabajo para que elijan de entre los existentes y acepten las obligaciones que dichos puestos implican. Sus salidas al exterior serán debidamente controladas (50). El RP no impide toda salida al exterior (deberá estarse al Reglamento interior de cada Establecimiento).

La segunda fase la denomina el RP «*De aceptación*» (el Reglamento interior de Alcalá de Henares la denomina de «Trabajo en el exterior»). En esta fase, los internos serán autorizados para salir a trabajar, previa aceptación y compromiso de las obligaciones relativas al puesto de trabajo. Tampoco el RP establece una duración mínima ni máxima (en el Reglamento Interior de Alcalá de Henares es de siete días de duración mínima, y un mes, la máxima). Sólo podrán los internos permanecer fuera del Establecimiento el tiempo necesario para el trabajo y para los desplazamientos al lugar donde se desarrolla. Es una fase de «*comprobación*» de las actividades que lleven a cabo los internos durante los permisos que disfruten (51). La conclusión de la 2.<sup>a</sup> Fase llega cuando el Equipo del Establecimiento Abierto o Sección pueda emitir su juicio sobre la consciente aceptación, por parte del in-

(49) En el Reglamento Interior de la Sección de Alcalá de Henares tiene una duración mínima de siete días y máxima de un mes.

(50) En el Reglamento Interior de Alcalá de Henares en el epígrafe 63 h) de la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo V se prevee que «Si, por cualquier otra circunstancia justa, tuviera que estar (el interno) en la Sección más de un mes, antes de comenzar a trabajar en el exterior, y su conducta es buena, el interno podrá gozar de todos los estímulos de la 2.<sup>a</sup> ó 3.<sup>a</sup> Fases y promocionar a ellas normalmente, *como si trabajara en el exterior*».

(51) Por permisos debe entenderse, a mi juicio, tanto los permisos de salida por razones laborales, como los permisos otorgados por otras razones, como el permiso de fin de semana, etc. Se trata de comprobar que la conducta del interno en «libertad» es apta para poder seguir el régimen abierto. En el Reglamento Interior de Alcalá de Henares es en esta fase cuando se hace leer al interno las Normas de Salida a Trabajar y, si las acepta, las firma en presencia del o de los educadores, acompañados también por un miembro de la Junta de Orientación y otro de la Económica (epígrafe 26 de la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo II). En cambio, en el RP parece que la aceptación de tales normas debe tener lugar al final de la 1.<sup>a</sup> Fase. En el Reglamento Interior de Alcalá de Henares el epígrafe 30 dice: «Los educadores elaborarán, durante toda esta 2.<sup>a</sup> Fase, un informe exhaustivo del interno, que comprenderá: a) *Aspecto laboral*: Datos subjetivos que aporten los jefes de personal de las empresas, los jefes de taller y compañeros de trabajo sobre la conducta y actitud laboral del interno. b) *Aspecto personal*: Datos sobre la actitud del interno en la Sección, respecto a los demás compañeros de esta localidad, funcionarios y familiares; así como de su entrega al programa de este departamento».

terno, de todo el estilo y programa del Centro; y su ya demostración práctica de que la responsabilidad, dignidad personal y confianza, que antes se le había supuesto, es real y efectiva.

La tercera Fase la denomina el RP «*De confianza*» (en el Reglamento Interno de Alcalá de Henares se denomina «de Ciudadanía o confianza plena»). En esta fase los internos ya gozan de todas las ventajas inherentes a la plenitud de responsabilidad que asumen y sin limitaciones los permisos de fin de semana. Tales permisos no tienen que ser autorizados por el Juez de Vigilancia aunque sean de duración superior a las 72 horas (art. 76.2 j) de la LGP). Normalmente es en esta fase cuando el interno podrá elegir y ser elegido en los órganos de participación de los internos (52). En el Reglamento Interior de Alcalá de Henares se prevén dos Juntas: la Junta de Responsabilidad y Orientación; y la Junta Económico-Administrativa, supervisadas por los Educadores. Son Juntas de Autogobierno. Asimismo en tal Reglamento Interior los Educadores, durante la 3.<sup>a</sup> Fase, continúan su labor de observación y orientación formativa permanente del interno. Ahora, esta orientación se llevará en la siguiente triple proyección: a) *laboral-profesional*: actitud en la empresa, a través del contacto periódico con los Jefes de Taller, de Personal, Psicólogo de la empresa y demás directivos, así como con los compañeros de trabajo. b) *Cívica-social*: Actitud y estilo como ciudadano, en la calle y en sus relaciones cívico-sociales; y c) *humana*: Evolución integral de su personalidad. Conocerle en el contacto diario y personal, con su entorno individual, familiar, profesional y proyectos de futuro» (epígrafe 35 de la Sección 3.<sup>a</sup> del Capítulo II).

El artículo 45 del RP debe ponerse en relación con el artículo 249.1 del mismo cuerpo legal, que dice: «El fin primordial del régimen de los Establecimientos de cumplimiento es lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento; en consecuencia, las funciones regimentales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas» (la redacción es idéntica a la del artículo 71.1 de la LGP). También tiene una redacción idéntica el art. 40, primer párrafo del RP.

En cuanto al régimen disciplinario en la prisión abierta el RP no establece un régimen disciplinario especial para dicha clase de institución, por lo que serán de aplicación también a dicho establecimiento los artículos 104, 107, 108, 109 y 110 del RP —estos últimos determinan las faltas muy graves, graves y leves—. Sin embargo, como en un Establecimiento abierto pueden cometerse actos que atenten contra la prisión abierta, cabe una tipificación de las faltas en el Establecimiento abierto en el Reglamento Interior de cada Establecimiento; así como las sanciones a imponer (53).

(52) Vide artículo 136 del RP.

(53) En el Reglamento Interior de Alcalá de Henares se contiene en la Sección 4.<sup>a</sup> del Capítulo V un sistema de faltas respecto a los horarios y permisos en general; respecto a la responsabilidad económica familiar y

Es importante señalar, siguiendo a Bueno Arús y a García Valdés, que no existe vinculación entre el régimen disciplinario y el retroceso o regresión de grado. En consecuencia, el retroceso de grado depende *exclusivamente* de la evolución de la personalidad del interno (art. 65 LGP), sin ninguna relación con consideraciones de índole disciplinaria (54). Como dice García Valdés, «no cabe aceptar como fundamento del retroceso de grado el único dato de la comisión de infracción o infracciones disciplinarias por el interesado, pues ambos supuestos en modo alguno implican una necesaria correlación».

«En efecto, la comisión de una falta sólo podrá dar lugar a que la propuesta de regresión de grado se formule, cuando la propia naturaleza de la misma evidencie una significativa evolución desfavorable de personalidad, como dice la Ley, careciendo de motivación bastante cuando el correctivo disciplinario no permita deducir de su consumación tal evolución negativa. Y ello, por cuanto cabe incluso que los propios hechos determinantes de la infracción permitan razonablemente una propuesta de traslado regimental a otro establecimiento, sin que esto afecte, necesariamente, al grado de tratamiento en que el autor se halle».

«No contradice lo aquí expresado el artículo 253 del RP, cuando en el supuesto de fuga del interno de tercer grado que disfruta de un permiso de salida, se ordena se le clasifique «provisionalmente» en segundo grado, a la espera de la correspondiente reclasificación que dirá siempre la última palabra» (55).

Pasemos ahora a examinar «una de las vigas, teóricamente fundamentales, que sostienen el edificio de la privación de libertad» (56). Me refiero al *trabajo penitenciario* en el régimen abierto.

Pero antes de seguir adelante, me parece necesario hacer una aclaración. El trabajo es, en principio, *una actividad regimental*, como lo es la disciplina, la asistencia sanitaria o religiosa, los per-

---

respecto a la promoción de actitudes personales (vide epígrafes 68 a 72). Asimismo en la Sección 5.<sup>a</sup> del mismo Capítulo se establecen las sanciones a aplicar en la Sección Abierta, consistentes en la privación inmediata de un estímulo, en la restricción de un horario libre, retraso en el horario para comenzar el permiso de fin de semana, pérdida del sábado completo como permiso de fin de semana, pérdida completa del fin de semana o de varios, retroceso automático de fases y finalmente, como última y excepcional sanción, el retroceso a régimen cerrado (vide epígrafes 73 al 79). Los internos podrán recurrir ante el Juez de Vigilancia en caso de sanciones disciplinarias. Art. 76 e) LGP.

(54) F. BUENO ARÚS, «La legitimidad jurídica de los métodos de la criminología clínica aplicada al tratamiento penitenciario» en «Estudios Penales y Penitenciarios». Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 203.

Asimismo C. GARCÍA VALDÉS en «Comentarios...», op. cit., p. 206 y 207.

(55) El interno puede acudir al Juez de Vigilancia para elevar quejas o peticiones en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario. Art. 76 g) LGP.

(56) Así designa al trabajo carcelario Carlos GARCÍA VALDÉS en «Introducción a la Penología» p. 152. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1982.

misos de salida; pero, *puede ser* asimismo un elemento complementario del tratamiento. Así, cuando el delito guarda relación con la ausencia de un oficio o trabajo, la facilitación de trabajo por parte de los Establecimientos penitenciarios es una actividad «directamente» dirigida a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados, es decir, a hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, como dice el artículo 59 de la LGP (57).

En la Ley General Penitenciaria el trabajo penitenciario viene situado sistemáticamente en el Capítulo II, bajo el Título II, titulado «Del Régimen Penitenciario», dando a entender que fundamentalmente el trabajo penitenciario es una actividad regimental (bajo el mismo Título II se regulan la asistencia sanitaria —Capítulo III—, el régimen disciplinario —Capítulo IV—, los permisos de salida —Capítulo VI—, etc.); en cambio, en el RP el trabajo penitenciario se sitúa en el Capítulo IV, bajo el Título III denominado: «De las prestaciones de la Administración», regulando también la asistencia sanitaria, higiene, aseo y limpieza, educación e instrucción, asistencia religiosa, etc., por lo que parece que sistemáticamente, a pesar de la distinta denominación del Título, el Reglamento Penitenciario considera al trabajo penitenciario como una actividad esencialmente regimental. Tales actividades, como precisa Alarcón Bravo, «se deben al delincuente, en su condición de preso e interno, *por el hecho de ser hombre o ciudadano*, como derechos que le corresponden en cuanto tal» (58). El trabajo penitenciario es, ante todo, natural y esencialmente, trabajo *humano* (59). Si el delincuente es capaz de trabajar es porque el delito no le hace perder su condición natural de hombre. El hombre delincuente tiene un derecho primario y superior a conservar sus facultades y su capacidad de trabajo, sus aptitudes profesionales integradas por su habilidad, su entrenamiento y el conjunto de conocimientos logrados en una profesión. Todo ello es personal y forma parte del acervo de bienes morales que exclusivamente le pertenecen. La sociedad —el Estado— que no tiene derecho a castigar por castigar, se excedería en la defensa y rebasaría los límites de lo justo si pretendiese privar al delincuente del derecho al trabajo (60).

(57) Es fundamental el trabajo clarificador de Jesús ALARCÓN BRAVO, «El tratamiento penitenciario» en «Estudios Penales II», p. 15 y s., 1978. Este autor distingue claramente el tratamiento del régimen penitenciario.

(58) ALARCÓN BRAVO, «El tratamiento penitenciario», op. cit., p. 25. Sin embargo, el artículo 26 párrafo inicial de la LGP afirma que el trabajo... «*siendo un elemento fundamental del tratamiento...*».

Tal generalización, como dice GARCÍA VALDÉS es «una de las escasas deficiencias técnicas del texto legal, que afortunadamente, no ha pasado así formulada, a su Reglamento, sino con la restricción de que podrá tener aquella consideración» cuando así resulte de la formulación de un programa de tratamiento, art. 184 RP). Vide, «Comentarios...», op. cit., p. 95.

(59) Calixto BELAUSTEGUI MAS, «Principios fundamentales del trabajo penitenciario», en «REP» de 1967, p. 17.

(60) C. BELAUSTEGUI, op. cit., pp. 102 y 103, quien sigue a Alimena quien

Siguiendo esta trayectoria, «el Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Londres en agosto de 1960, consideró prevalente la opinión de que el trabajo de los reclusos debe ser considerado *como parte del trabajo en general*, es decir, no como un fenómeno característico penológico o penitenciario, sino como la continuación del ejercicio de una actividad que es (o debe ser) común a todos los hombres y que la prisión no hace sino integrar dentro de su propio sistema, a veces estableciendo limitaciones imposibles de evitar, pero de ningún modo metamorfoseando la naturaleza de aquél. Tal directriz parece la más acorde con el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 («Toda persona tiene derecho al trabajo») y con el artículo 6/1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 1966), que establece: «Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo...» y encuentra cierto reflejo en la norma 60/1 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos aprobadas por el Congreso de las Naciones Unidas celebrado en Ginebra en 1955 («El régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida de prisión y la vida libre...») (61).

Del trabajo como  *pena en sí mismo*, como sustitutivo de determinadas penas y como elemento esencial integrante de la ejecución de las penas de privación de libertad, se pasa al trabajo penitenciario como *«integrante del trabajo en general y de la economía nacional»*. Como dice García Basalo: «Debe abandonarse en un principio la idea de que el trabajo penitenciario se halla más relacionado con la pena que con el trabajo en general. Es imprescindible, para tal logro, que la Comunidad social se encuentre correctamente informada acerca del carácter y de los propósitos

---

dice: «El Estado no tiene el derecho de castigar por castigar, únicamente tiene el derecho de defenderse dentro de los límites de lo justo que es el aspecto jurídico de lo necesario», *«Principios de Derecho Penal»*. Madrid, 1915, part. I, p. 139.

(61) F. BUENO ARÚS, «Algunas cuestiones fundamentales sobre el trabajo penitenciario», en «Estudios Penales II» de 1978, pp. 257 y 258, quien cita a GARCÍA BASALO: «La integración del trabajo penitenciario en la economía nacional, incluida la remuneración de los reclusos» (Informe General al Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente), Nueva York, 1960, p. 4 y s.; asimismo cita a LÓPEZ REY: «Algunas consideraciones sobre el carácter y la organización del trabajo penitenciario», Buenos Aires, 1959, p. 24 y s. Charles GERMAIN en «Le travail pénitentiaire en France», en «Review of Criminal Policy», U.N., publication n.º 6, 1954, pp. 55 y 56 manifestaba ya que «tanto desde el punto de vista social como económico es imprescindible recordar que los reclusos eran trabajadores libres antes de ser encarcelados y que el hecho de haber sido condenados no les excluye de la comunidad ni de participar en la competencia por el trabajo. Vide asimismo Jean PINATEL, en «Précis de Science pénitentiaire», París, 1945.

que animan hoy al trabajo penitenciario y desterrar la creencia arraigada de que dicho trabajo tiene que ser un medio afflictivo o mortificante, que *debe ser de bajo coste*, y que en todo caso es de mala calidad... De antemano debe decirse que por integración del trabajo penitenciario no debe entenderse uno de índole puramente económica, en torno al cual se haga girar subordinadamente el interés del recluso y de la sociedad en lograr la readaptación de aquél» (62). Sin embargo, como observa Elías Neuman, este hecho no impide que el aspecto económico juegue el importante papel que le corresponde de conformidad con la regla mínima 71 del Congreso de Ginebra, según la cual el trabajo debe ser «productivo». Se reconoce, empero, que esa finalidad económica se halla subordinada a otro principio establecido en la Regla mínima 72, según la cual el interés de los reclusos y su formación profesional no deben quedar subordinados a los beneficios pecuniarios de una industria penitenciaria» (63).

«La privación de libertad es una forma de estar socialmente y por ser una forma de estar socialmente, el delincuente no deja de ser un ser social y un ente jurídico. En consecuencia, las bases del estatuto laboral de los internos *no están graciando* al sancionado; por el contrario, le están manteniendo a un nivel de derecho que en justicia le corresponde» (64).

Sin embargo, a pesar de la equiparación entre el trabajo penitenciario y el trabajo libre, no se nos escapan ciertas diferencias «reales», que son *mayores*, cuando el trabajo penitenciario es tomado como elemento fundamental del tratamiento en los casos en que el delito cometido guarda relación con la ausencia de un oficio o profesión; y *menores* cuando el trabajo penitenciario es sólo una actividad regimental. En efecto, en el primer caso, «un estudio comparado del trabajo penitenciario con el trabajo normal, con el que se realiza en el ámbito social libre, nos proporciona la razón y tipismo de la diferenciación. El trabajo penitenciario supera al normal en sus fines por contener un factor permanente de medio de tratamiento, de elemento integrante de modificación de aspectos de la personalidad afectados normalmente por el nacimiento del hecho delictivo. Y bajo este

(62) J. Carlos GARCÍA BASALO, «La integración...», op. cit. A conf. 17/1 citado asimismo por Elías NEUMAN en «Prisión abierta...», op. cit., p. 189.

(63) Elías NEUMAN, «La prisión abierta...», op. cit., p. 190. J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, en su magnífica Tesis Doctoral: «El trabajo penitenciario resocializador. Teoría y regulación positiva», Caja de Ahorros Provincial de guipúzcoa, 1982, en la p. 117 reconoce como rasgo fundamental de la actividad laboral resocializadora la «asimilación del trabajo penitenciario al trabajo "libre", como actividad plenamente integrada en la economía general del país "exigencia" de la adopción de la finalidad resocializadora que determina que el régimen penitenciario deba organizarse de modo, que, sin acentuar la separación (inherente a toda privación de libertad) entre el individuo y la sociedad, *trate de potenciar al máximo su condición de ciudadano, de parte integrante de la misma*» (el subrayado es mío).

(64) «El trabajo penitenciario en España» presentado por C. GARCÍA VALDÉS. Dirección General de Instituciones Penitenciarias, 1979, p. 31.

aspecto de afección lo importante es concretar la postura del trabajo penitenciario frente a las declaraciones jurídicas laborales fundamentales habidas hasta el momento y programadas para el futuro» (65). En el caso de que el trabajo sea un elemento fundamental del tratamiento, «el trabajo penitenciario, *el derecho al trabajo no se encuentra extinto o anulado, sino transformado y modificado en su finalidad y fundamento*» (66); en cambio, a mi juicio, cuando el trabajo penitenciario no es un elemento del tratamiento —en el caso concreto—, sino una mera actividad regimental, el derecho al trabajo se equipara casi totalmente al trabajo libre (o debe equiparse).

Es cierto que el trabajo penitenciario tiene defectos, que no suele tener el trabajo libre como el equipamiento defectuoso de los medios laborales penitenciarios; imperfección de los mandos de empresa; movilidad constante de las plantillas de los trabajadores reclusos; ambiente laboral deteriorado psicológicamente; imposibilidad de cumplir un horario laboral rentable; composición del colectivo laboral significado por la tendencia a la falta del rendimiento en el trabajo, etc. Sin embargo, tales defectos pueden irse corrigiendo hasta donde sea posible y no significan que el trabajo penitenciario, por ello, deba ser sustancialmente distinto del trabajo libre, aunque constituya una «*relación laboral especial*», como dice la Disposición Adicional 2.<sup>a</sup> del Estatuto de los Trabajadores.

La distinción que hemos efectuado, según que el trabajo penitenciario se considere en concreto un elemento del tratamiento resocializador, o sólo un elemento del régimen penitenciario, se adecúa bastante bien con la Constitución Española en 1978. En efecto, el artículo 35 afirma que «*Todos los españoles tienen... el derecho al trabajo a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo, y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia...*», artículo que debe ponerse en relación con el artículo 25.2 del texto Constitucional que establece: «*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo (entre los que está el artículo 35), a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad*» (los subrayados son míos, para resaltar la excepción a que se refiere dicho precepto respecto a los derechos fundamentales: «*el sentido de la pena*»: prevención general y reeducación y reinserción social (el tratamiento). Así pues, si lo exige la finali-

(65) «El trabajo penitenciario en España», op. cit., p. 32.

(66) Idem, p. 33.

dad del tratamiento de reinserción social —cuando el trabajo penitenciario es un elemento del tratamiento en el caso concreto— el derecho al trabajo podrá ser *limitado* hasta donde sea necesario. No tanto, si el trabajo penitenciario es sólo un elemento del régimen, debiendo acudirse a lo preceptuado por la Ley General Penitenciaria.

Hemos dicho que en principio el interno, como todo español tiene derecho al trabajo. Pero *también tiene el deber de trabajar* (art. 35 de la Constitución), como *todo español*. Y aquí ya tocamos con el tema candente de *la obligatoriedad o no* del trabajo penitenciario. Debemos advertir que en la legislación comparada el trabajo penitenciario suele ser obligatorio (67). No obstante, la Regla Mínima 72.2 del Consejo de Europa de 1973 no es tan contundente estableciendo sólo la «posibilidad» de sometimiento al recluso a la obligación de trabajar. Dice así: «Los detenidos condenados pueden ser sometidos a la obligación del trabajo, teniendo en cuenta su aptitud física y mental tal como será determinada por el médico y su necesidad de enseñanza a todos los niveles».

Como dice J. L. de la Cuesta Arzamendi: «Esta fórmula, a pesar de que autoriza la imposición obligatoria del trabajo, resulta más adecuada que la de 1955 (se refiere a la Regla 71.2 de Ginebra); pues, al eliminar la referencia a «todos los condenados» y emplear el término «podrán», deja un portillo abierto a un régimen de trabajo carcelario que atenúa o, incluso, elimine su obligatoriedad y ponga su acento en otros rasgos del mismo como puede ser su condición de derecho del interno y de medio de readaptación. Y se encuentra más en *la línea del principio de asimilación* (al trabajo libre) *derivado de la exigencia resocializadora*, que, a nuestro juicio, se opone a la consideración de la actividad laboral como una obligación del condenado distinta del deber general al trabajo de todo ciudadano» (68).

Asimismo, Ruiz Vadillo se inclina por la «voluntariedad» del trabajo penitenciario manifestando: «Que su incorporación y realización debe ser para el interno voluntaria: Sabemos que un ideal de vida colectiva es que todos los miembros de la sociedad trabajen, pero esto es por ahora un ideal, no puede imponerse precisamente en la prisión donde el abanico de posibilidades es pequeño,

(67) Así el artículo 12 de la Ley Penitenciaria sueca; el artículo 720 de Código de procedimiento penal francés, etc. Asimismo, la Regla 71.2 para el Tratamiento de los Reclusos de las Naciones Unidas dice: «Todos los condenados serán sometidos a la obligación de trabajar habida cuenta de su aptitud física y mental, según lo determine el médico». En cambio, la Regla 89 establece *el derecho y no el deber* de trabajar de los *preventivos* que parece fundarse en la teoría de la «presunción de inocencia» que acompaña al todavía no condenado, que como dice BUENO ARÚS «nada tiene que ver con la dispensa de una obligación que es cargo común de todos los ciudadanos» en base al artículo 35 de la Constitución Española de 1978. Vide «Algunas cuestiones fundamentales sobre el trabajo penitenciario», op. cit., p. 269.

(68) J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «El trabajo penitenciario resocializador...», op. cit., pp. 217 y 218.

a veces tan pequeño que se reduce a una, donde además las condiciones del mismo no se desarrollan en los mismos términos que en el mundo exterior y donde siempre existe o puede existir la sospecha de un enriquecimiento indebido por parte de quien se beneficia de ese trabajo por mucha que sea la vigilancia y el control de la propia Administración. Por ello, aún pensando que el ideal será el de un trabajo obligatorio, aunque por supuesto digno, considero que hoy por hoy es preferible la voluntariedad» (69).

A mi juicio, el interno —condenado o preventivo— tiene el deber general —como todos los españoles— de trabajar; y la pena de privación de libertad no le exime de tal deber. Sin embargo, tal deber es un *deber ético o cívico-moral* y no una obligación jurídicamente exigible. Su infracción no debe ser objeto de sanción disciplinaria (70). Si el trabajo en condiciones de libertad, es esencialmente «voluntario», a pesar del deber general de trabajar, de modo que el trabajador es siempre libre de determinar la relación laboral cuando quiera y el no trabajar no es objeto de sanción per se, no alcanzo a ver por qué razón el trabajo penitenciario debe de ser necesariamente obligatorio. Creo más bien que la obligatoriedad del trabajo penitenciario es un residuo del sistema penitenciario basado en la idea de la aflicción y de la corrección. El trabajo se consideraba como el elemento fundamental del «tratamiento» penitenciario; luego si el tratamiento era obligatorio, pues si se prescindiera de su imposición coactiva por parte del Estado se estaría renunciando, de hecho, al deber irrenunciable de éste de promocionar la reforma, reeducación y reinserción social del delincuente, el trabajo penitenciario —elemento central del tratamiento— también debía de ser obligatorio. Pero los tiempos cambian y ya hoy se reconoce por los penitenciaristas más renombrados que el tratamiento resocializador debe ser «voluntario» (71); luego

(69) RUIZ VADILLO, «Estudios Penales II», 1978, p. 205. En cambio, F. BUENO ARÚS es partidario de la obligatoriedad del trabajo penitenciario, incluso para el preventivo. Vide: «Algunas cuestiones fundamentales sobre el trabajo penitenciario», op. cit., pp. 268 y 269. También Calixto BELAÚSTEGUI MAS en «Principios Fundamentales del Trabajo Penitenciario», op. cit., pp. 106 y 107.

(70) Así también J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «El trabajo penitenciario resocializador...», op. cit., p. 182; asimismo reconoce que «en el orden jurídico normal (el trabajo en libertad) el aspecto "trabajo-deber" se identifica más como un deber moral, como un estímulo cívico necesario, pero no esencialmente exigible, mientras que en el campo penitenciario es un concepto obligacional impuesto por la norma jurídica e imperativamente exigible» la obra: «El trabajo penitenciario en España» presentado por C. GARCÍA VALDÉS, estudio realizado por iniciativa de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Organismo Autónomo Trabajos Penitenciarios, p. 33. Asimismo Mappeli CAFFARENA se declara a favor de la derogación de aquellos preceptos que de forma tan tajante establecen el deber de trabajar. Vide: «Principios Fundamentales del Sistema Penitenciario Español». Sd. Bosch, p. 229, Barcelona, 1983.

(71) Así, Jesús ALARCÓN BRAVO, «El tratamiento penitenciario», en «Estudios Penales II, 1978», p. 21. C. GARCÍA VALDÉS, «Comentarios a la legislación penitenciaria», op. cit., p. 29, quien manifiesta que la noción resocializadora debe ser entendida «no como mera reinserción del interno a una sociedad que le rechaza o que aquél no acepta, sino como modesta posibilidad de ser

si hoy en día se reconoce por la mayoría de la doctrina y de la legislación comparada que no es justificable fundamentar la concreta intervención penal elegida en una supuesta *necesidad* de tratamiento; que el tratamiento es esencialmente un derecho, no una obligación, no llego a comprender por qué razón esa misma doctrina y legislación comparada mantienen la obligatoriedad del trabajo penitenciario, elemento del régimen penitenciario que también puede ser en el caso concreto elemento del tratamiento. Si como elemento del tratamiento no puede ser obligatorio, porque el tratamiento tampoco lo es, no entendemos qué necesidades regimetales —mucho menos importantes que las necesidades de tratamiento o resocializadoras— puedan fundamentar legítimamente la obligatoriedad del trabajo penitenciario desconociendo o infringiendo los derechos fundamentales de la persona. Recuérdese que la voluntariedad del tratamiento es una exigencia del respeto de los derechos fundamentales de la persona. Los pequeños, y frecuentemente discutidos, resultados positivos del tratamiento coactivo no puede de ningún modo justificar el quebrantamiento de la seguridad jurídica, el desconocimiento de los derechos fundamentales de la persona (72). Lo mismo, creo, puede aplicarse al trabajo penitenciario. Podemos, pues, concluir que, matizando las palabras de Ruiz Vadillo, el ideal es que todos los internos trabajen, pero voluntariamente.

Es cierto que el trabajo es un elemento central del régimen penitenciario y que la ociosidad puede ser muy perniciosa. Pero esto no justifica, por sí solo, que el trabajo penitenciario deba ser obligatorio (73).

---

capaz de llevar una vida en libertad sin delito». LÓPEZ-REY habla del «derecho a no ser reeducado», en «Presupuestos de la orientación profesional penitenciaria», Caracas, 1972, p. 65. BUENO ARÚS, en «Algunas consideraciones sobre la política criminal de nuestro tiempo» en «Politique Criminelle et Droit Pénal», «Revue Internationale de Droit Pénal», núm. 1, 1978, p. 117, y en «Estudios», op. cit., p. 18. S. MIR PUIG, «Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de Derecho», Barcelona, 1979, p. 23. Asimismo el Comité Nacional Sueco para la prevención del delito, en su informe núm. 5 de 1978 (Estocolmo, Suecia) titulado: «Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas». Vide «Rev. ANDPYCP», Madrid, 1979, trad. José Luis DÍEZ RIPOLLÉS, entiende el tratamiento como «ofrecimiento», no como imposición.

(72) Es interesante el artículo de M. BAJO FERNÁNDEZ «Tratamiento penitenciario y concepción de la pena», en «Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria», voi. I, quien denuncia los peligros a que conduce el monismo preventivista del tratamiento. Vide p. 40 y s.

(73) La Ley General Penitenciaria en su artículo 29.1 establece que: «Todos los penados tendrán obligación de trabajar conforme a sus aptitudes físicas y mentales».

Quedarán exceptuados de esta obligación, sin perjuicio de poder disfrutar, en su caso, de los beneficios penitenciarios: a) Los sometidos a tratamiento médico por causa de accidente o enfermedad, hasta que sean dados de alta. b) Los que padeczan incapacidad permanente para toda clase de trabajos. c) Los mayores de sesenta y cinco años. d) Los perceptores de prestaciones por jubilación. e) Las mujeres embarazadas durante las seis semanas anteriores a la fecha prevista para el parto, y las ocho posteriores al alumbramiento.

Vayamos, pues, a examinar el trabajo penitenciario en la *prisión abierta*.

Carlos García Valdés, como ejemplo del postulado de la progresiva humanización y liberalización de la ejecución penitenciaria cita los permisos de salida y *el trabajo en el exterior* de los regímenes abiertos. Asimismo afirma que es aplicable el Derecho del Trabajo a los trabajos en empresas *en el régimen abierto* y los realizados en sistema de cooperativa, siendo *discutible* los proporcionados directamente por la Administración penitenciaria al recluso en talleres y granjas; quedan al margen del Derecho laboral las actividades ocupacionales que formen parte de un tratamiento y las de estudio y formación académica; las prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del establecimiento se regulan por el Derecho Administrativo» (74).

Asimismo Bueno Arús afirma que «el trabajo desarrollado por los internos en empresas del exterior (característico del tercer grado, o régimen de *prelibertad*, como lo denomina el art. 48 del RSP) es naturalmente constitutivo de *una relación jurídico-laboral plena*, que se establece entre el empresario y el penado trabajador, y en la que la Administración penitenciaria no puede ser sujeto de la misma» (75), «sino solamente un tercero encargado de facilitar al interno la firma de un contrato de trabajo y de velar posteriormente por el recto cumplimiento del mismo en beneficio de aquél». «La aplicación a estas relaciones del Derecho del Trabajo es, en mi opinión, evidente» (76).

La Ley General Penitenciaria no declara expresamente la inclu-

---

miento. f) Los internos que no puedan trabajar por razón de fuerza mayor. Los sometidos a prisión preventiva podrán trabajar conforme a sus aptitudes e inclinaciones... Vide arts. 108 y s. y 210 del RP.

(74) C. GARCÍA VALDÉS, «Comentarios a la legislación penitenciaria», op. cit., p. 29 y p. 94 y 95.

Téngase presente que la Exposición de Motivos del Decreto 27 de julio 1964, núm. 2.705/64 de «Trabajos penitenciarios» decía: «aún cuando el trabajo penitenciario sea considerado como una actividad normal del recluso que se pretende sea realizada en condiciones similares a las del trabajador libre, sin embargo, por lo que a su naturaleza respecta, prevalece con carácter fundamental la finalidad de servir de base al tratamiento del recluso en orden al cumplimiento de las penas privativas de libertad con su primordial función resocializadora. De ahí que a la actividad laboral del recluso, cuya representación y defensa asume la Administración Penitenciaria, no resulten aplicables las disposiciones del Derecho laboral, basadas en una relación contractual aquí inexistente, sino las del Derecho penitenciario con carácter único y exclusivo». Vide asimismo el artículo 17 de dicho Decreto. («B.O.E.», 10 septiembre 1964, núm. 218, 1875).

(75) F. BUENO ARÚS, «Algunas cuestiones fundamentales sobre el trabajo penitenciario» en «Estudios Penales II», 1978, p. 262.

(76) El Reglamento de la Sección Abierta de Alcalá de Henares, presentado por Jesús CALVO GARCÍA («Pedagogía y tratamiento penitenciario». Tercera Parte, en «REP», núm. 220 al 223), en su epígrafe 103 (Sec. 2.<sup>a</sup>, Libro II) se declara que «la relación laboral sección-empresas es una *relación laboral especial*». Vide el epígrafe 107 y el 108. La Sección usa una carta-contrato especial ante la empresa, independientemente del posible contrato laboral que las empresas hagan con los internos-trabajadores.

sión del trabajo penitenciario en el ámbito del Derecho del Trabajo; pero la disposición transitoria cuarta del RP establece que «El Gobierno, a propuesta de los Ministerios de Justicia y Trabajo, Sanidad y Seguridad Social, promulgará una normativa de la relación laboral penitenciaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 2, 1, C), de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, en el plazo a que se refiere la disposición adicional 2.<sup>a</sup> de la expresada Ley. En tanto no se promulgue dicha normativa, se aplicarán los preceptos contenidos en el presente Reglamento, referidos a la relación laboral penitenciaria, con carácter provisional (77). Tal normativa todavía no se ha promulgado, por lo que las normas vigentes son las del Reglamento Penitenciario de 1981 (78)

El artículo 188 del RP se refiere al trabajo realizado por los internos en régimen abierto. Dice así: «En el trabajo que realicen los internos en régimen abierto y por sistema de contratación ordinaria con las empresas libres, aquéllos serán titulares del contrato que se lleve a cabo, pudiendo comparecer en el mismo la dirección del centro tutelando la relación laboral, cuando sea necesario o conveniente, y comprobando la actividad de los trabajadores».

«La sanción disciplinaria grave o muy grave, la regresión de grado, el traslado del interno a otro establecimiento por orden judicial o la existencia de causas de índole penitenciaria u otras que modifiquen el estatuto jurídico de los internos, podrán determinar la extinción del contrato de trabajo, sin perjuicio de los recursos que en cada caso procedan».

El contrato de trabajo del interno en régimen abierto se regulará en cuanto a su extinción por la legislación laboral común. Sin embargo, el despido disciplinario del trabajador, si estuviere justificado, y la extinción voluntaria de la relación laboral por el interno, dará lugar a que la Administración considere el comportamiento de éste a los efectos que procedan.

El trabajo regulado en este artículo se refiere exclusivamente al sistema de trabajo en empresas del exterior. Pero se plantea la duda de si es posible otro tipo de sistema de organización del trabajo en el régimen abierto. Parece que el trabajo por cuenta propia como el sistema de cooperativa son perfectamente compatibles con

---

(77) Vide arts. 182 a 219 del RP.

(78) La LGP, si bien no declara expresamente la inclusión del trabajo penitenciario en el ámbito del Derecho del Trabajo, tácitamente parece hacerlo. El artículo 34 LGP establece: «Los internos, en cuanto trabajadores por cuenta ajena o socios cooperadores, asumirán individualmente la defensa de sus derechos e intereses laborales o cooperativos, que ejercitarán ante los Organismos y tribunales competentes, previa reclamación o conciliación en vía administrativa y en la forma que reglamentariamente se determine». Por Organismo competente puede entenderse, actualmente, la Delegación de Trabajo. Vide la enmienda del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso. Vide C. GARCÍA VALDÉS, «La reforma penitenciaria española», 1981, p. 175.

la prisión abierta. ¿Pero cabe el sistema de Administración? (79), ¿el sistema de contrata, en la prisión abierta? (80). Ambos sistemas son reconocidos de aplicación en el sistema penitenciario español, según el informe de «El trabajo penitenciario en España» de 1979 (81).

En principio, parece que la respuesta deberá ser negativa. Negativa, porque el régimen abierto implica la idea de trabajo al exterior, poco compatible con un sistema de Administración que se realiza en talleres de los establecimientos penitenciarios —sin contacto con otros trabajadores libres— o con un sistema de contrata o destajo, realizado en dependencias de los establecimientos penitenciarios. Como dice el informe de «El trabajo penitenciario en España»: «se estima que la personalidad ha evolucionado favorablemente y que el interno es titular de confianza y de *necesidad de ensayar su vida en libertad...* la privación de libertad se convierte en un sistema de restricción de libertad» (82). Garrido Guzmán parece que se inclina por la respuesta negativa, al decir: «el trabajo de los penados que se encuentran en régimen abierto tiene unas peculiaridades que le distinguen del trabajo que desarrollan los internos en los centros penitenciarios ordinarios» (83).

Sin embargo, a mi juicio, la respuesta debe ser matizada, en el sentido de que el sistema de trabajo que mejor se acomoda con la prisión abierta es, sin duda, el sistema de trabajo en empresas del exterior, por el contacto del interno con trabajadores libres, por las condiciones de trabajo similares a las del trabajador libre; no obstante, a mi juicio, no deben descartarse ni el sistema de administración ni el sistema de contrata «a priori». En efecto, la prisión abierta no puede depender de una situación de progreso económico, exclusivamente. ¿Es que la prisión abierta debe desaparecer en épocas de grave crisis económica, donde la contratación con empresas privadas es casi nula o nula? En tal situación es claro que debe ser la Administración penitenciaria quien debe

(79) El sistema de administración consiste en que la Administración Penitenciaria se responsabiliza de la totalidad del proceso productivo y organiza y explota el trabajo en prisión por sus propios medios.

(80) El sistema de contrata se caracteriza por ser un sistema privado de organización del trabajo. Se contrata la realización de una obra o pedido concreto (arrendamiento de obra) entre una empresa privada, que se encarga del control del trabajo y de su venta, y la administración penitenciaria. El sistema de trabajo o destajo o piece-price-system, se distingue del sistema de contrata sólo en que la empresa privada no interviene en el control del trabajo, sino sólo en la venta.

(81) «El trabajo penitenciario en España», Informe de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, presentado por C. GARCÍA VALDÉS, 1979. Dice así: «el trabajo penitenciario español (está) incurso en el Sistema de Administración —el organismo es empresario— con sector apoyado en el sistema de contrata, utilizando el destajo como un medio de producción...», p. 137.

(82) «El trabajo penitenciario en España», op. cit., p. 145.

(83) L. GARRIDO GUZMÁN, «Manual de Ciencia Penitenciaria», op. cit., p. 495 (ed. 1983).

proporcionar trabajo y correr con todo el círculo productivo (sistema de Administración) o bien controlar debidamente el proceso productivo en caso de otro sistema de trabajo (84). Pero tal solución debe ser *excepcional*. La regla general, a mi juicio, es que el trabajo a realizar en el régimen abierto debe ser el trabajo en empresas del exterior.

No obstante lo dicho con anterioridad —aceptación del sistema de contrata, de destajo— es necesario advertir, siguiendo el estudio esclarecedor de J. L. de la Cuesta Arzamendi que la cuestión de la admisibilidad o no de los sistemas privados es dudosa, mientras no se definan por los Tribunales la extensión y alcance del concepto de trabajo forzoso en el Derecho español (85). El artículo 198 del RP al «autorizar que las personas, que contraten con el organismo autónomo «trabajos penitenciarios» la realización de obras o servicios en sus sectores laborales, estén presentes en

(84) Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Detenidos de las Naciones Unidas, si no establecen sistemas laborales, si condicionan los mismos al control de la administración, que deberá vigilar al interno mediante su personal penitenciario. Así lo exige la Regla 73.2 de Ginebra y la Regla 74.2 de Estrasburgo. Asimismo, el Convenio 29 OIT relativo al trabajo forzoso, no considera forzoso el trabajo penitenciario si éste es ejecutado bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y el interno trabajador no es cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas privadas. Convenio ratificado por España por Ley de 8 de abril de 1932. «Gaceta Madrid», 14-X-32.

(85) Vide J. L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «El trabajo penitenciario resocializador...», op. cit. Según este autor existen dos interpretaciones del trabajo forzoso derivadas de los tratados internacionales, a los que hay que acudir para interpretar adecuadamente el artículo 25.2 de la Constitución española que establece que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad no podrán consistir en trabajos forzados», sin determinar la Constitución española lo que deba entenderse por la expresión trabajos forzados. *La primera interpretación* se basa exclusivamente en el Convenio 29 OIT y en el extracto del informe de la sesión número 38 del Comité de expertos en la aplicación de los convenios y recomendaciones, realizado en Génova en 1968 [Vide International Labour Office, Forced Labour. Extract from the Report of the 38 th (1968) Session of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Geneva, 1968]. Según esta interpretación, *el único sistema posible*, en tanto en cuanto el trabajo sea obligatorio —como sucede en la LGP— para los condenados, es decir, exigible bajo la amenaza de sanción, es *el sistema de Administración* —lo que se deriva del art. 2,2, c y del art. 4.1º del Convenio 29 OIT, el primero de los cuales exige para la exclusión del trabajo carcelario del ámbito del trabajo forzoso prohibido, entre otras condiciones, «que el trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas» y «que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado»; el segundo, el art. 4., 1., exige que las autoridades no deben «imponer o dejar que se imponga el trabajo forzoso y obligatorio en provecho de particulares, de compañías o de personas jurídicas de carácter privado»— salvo en el caso de los trabajadores penados que, en la etapa inmediatamente anterior a su liberación y *por propia voluntad*, sin ningún tipo de presión, *trabajen en empresas del exterior* en condiciones idénticas a los demás trabajadores «libres»— excepción derivada de la Sesión 38 del Comité de los expertos que la aprobaron.

*La segunda interpretación* se basa en la omisión en el art. 4, 2a) del Con-

los talleres o granjas, asesorando o ayudando en el proceso de producción... «parece que legaliza el sistema de contrata en nuestro país. (Vide asimismo Disp. Trans. 2.<sup>a</sup> del RP).

Es necesario aludir al procedimiento laboral penitenciario creado por el RP en sus artículos 213 a 219, en desarrollo del artículo 34 de la LGP (86). Tal procedimiento laboral penitenciario se refiere exclusivamente a los conflictos *individuales*, no a los conflictos colectivos (87), de trabajo. El artículo 213 del RP establece que «las cuestiones planteadas en litigio en relación con los conflictos individuales originados como consecuencia de la actividad laboral penitenciaria, se regirán por la Ley de Procedimiento Laboral y demás disposiciones complementarias que afecten a la materia».

«Las cuestiones originadas en el ejercicio de las actividades de los socios cooperadores, serán sometidas a la Jurisdicción ordinaria competente».

«Cuando la Administración, en su calidad de socio cooperador fuese demandada, se estará a lo dispuesto en las normas establecidas en relación con la previa reclamación o conciliación administrativa».

Asimismo el artículo 217 del RP dispone: «La reclamación previa a la vía judicial, establecida en el artículo 145 de la Ley de Procedimiento Administrativo, 49 de la Ley de Procedimiento Laboral y 34 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, se dirigirá al Consejo de Administración del Organismo Autónomo «Trabajos Penitenciarios», cuando la relación jurídica con él hubiese quedado establecida, de acuerdo con el artículo 78 de la Ley de Régimen Jurídico de Entidades Estatales Autónomas, y, en su caso, al Ministerio de Justicia, cuando la reclamación proceda contra actos de la Administración en los que la relación se estime mantenida directamente con ella» (88).

---

venio de Roma y en el art. 8, 3 c) del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos del requisito de la no cesión ni puesta a disposición de individuos, compañías o entidades jurídicas privadas; según esta interpretación caben también *sistemas privados de organización del trabajo*, tales como el sistema de contrata, etc., no siendo trabajo forzado.

(86) El informe «El Trabajo Penitenciario en España» de la DGIP, op. cit., establece en la p. 92 que «esta disposición, cuya situación en principio en los estudios y anteproyecto quedó colocada en el contexto del funcionamiento del régimen cooperativo laboral penitenciario, en el Proyecto (de la LGP y en el texto definitivo de la misma) aparece *generalizada* en la posibilidad de reclamación, por parte de los internos, de la totalidad de las cuestiones laborales, pudiendo ejercer cualquier tipo de acción en defensa de sus derechos e intereses laborales...» (el subrayado es mío).

(87) Lo que se deriva del adjetivo: «*individuales*» aplicado al sustantivo: «conflictos del artículo 213 RP; y del empleo del advetivo «*individualmente*» que se utiliza en el artículo 34 de la LGP: «Los internos... asumirán individualmente la defensa de sus derechos e intereses laborales»; y de la no admisión de la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Comunista que pedía la supresión de la palabra «*individualmente*». Vide «La Reforma Penitenciaria Española» de C. GARCÍA VALDÉS, op. cit., p. 175.

(88) Asimismo, el artículo 216 del RP establece: «A efectos de determi-

Tal reclamación previa puede ser *substanciada* por el Juez de vigilancia, dado que el artículo 76.2 g) le faculta para «acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos o beneficios penitenciarios de aquéllos» (89).

Debe tenerse en cuenta que conforme a la disposición transitoria segunda del RP, apartado b), «continuarán vigentes: Los artículos 150, 152, 153, 155 a 180 y 183 del Reglamento del 2 de febrero de 1956, así como los Decretos 2.705/64, de 27 de julio y 1.864/1975, de 17 de julio, que modificó el artículo 15 del anterior, en tanto no se promulgue una nueva normativa del organismo autónomo «Trabajos Penitenciarios». Por lo que, de conformidad con el articulado del Decreto de 27 de julio de 1964, normalmente las reclamaciones habrán de dirigirse al Consejo de Administración de este organismo autónomo, que funciona como entidad empresarial que tanto puede actuar proyectando y controlando la producción laboral y comercializando los productos (Sistema de Administración) o trabajando sobre una demanda externa de producción determinada por la previa petición de terceros (90). (Sistema de contrata o destajo).

En cuanto al régimen abierto, debemos decir que el Organismo Autónomo «Trabajos Penitenciarios» se halla actualmente *desligado* de todo contacto con los Centros de Régimen abierto (91); por lo que los internos podrán dirigirse y demandar directamente a las empresas del exterior en las que trabaje (92) y ante el Ministerio de Justicia, caso de dirigir la reclamación a la Sección Abierta, al estar ésta desligada del organismo autónomo «Trabajos Penitenciarios».

Pasemos ahora a examinar, aunque brevemente, los permisos de salida en el régimen abierto. Estos constituyen, junto al trabajo en empresas del exterior, medidas exigidas por el postulado de la progresiva humanización y liberalización de la ejecución penitenciaria que se halla unido a la idea central de la resocialización o del tratamiento (93). Aquí, los permisos de salida son, a la vez,

---

nar la competencia territorial de los Tribunales y Organismos que hayan de intervenir en las reclamaciones de los reclusos trabajadores, se entenderá que el domicilio de éstos es el del Establecimiento Penitenciario en el que estuvieren internados».

(89) Así lo entiende el informe «El Trabajo Penitenciario en España», op. cit., p. 92.

(90) Vide el informe «El Trabajo Penitenciario en España», op. cit., pp. 135 y 136.

(91) Así lo manifiesta el informe «El Trabajo Penitenciario en España», p. 232.

(92) El informe citado afirma que «*La Administración desaparece como figura empresarial* (en el régimen abierto) y por eso pasa a constituirse en órgano tuitivo y simplemente controlador de todas las actividades que el interno realiza en el exterior. Y esta labor tuitiva y controladora, es la única que ejerce en relación con el trabajo», p. 145.

(93) J. C. GARCÍA BASALO comprende a las salidas transitorias entre los

métodos de tratamiento; y a la vez, exigencias del postulado de la progresiva humanización de la ejecución penitenciaria, pero tratamiento y principio de humanización no siempre coinciden, o no siempre han coincidido (94).

Si en el RSP el artículo 109 establecía los permisos de salida como recompensas por los actos que pongan de relieve buena conducta y espíritu de trabajo, en la LGP —art. 46— constituyen un capítulo independiente el Capítulo VI, del Título II, titulado: «*Del régimen penitenciario*»; y en el RP el Título V titulado: «*De los permisos de salida*». De este modo, se independizan del sistema de recompensas (95).

Los permisos de salida pueden ser ordinarios, especiales y extraordinarios. Las tres modalidades de permisos pueden disfrutarse en la prisión abierta o régimen abierto. Sin embargo, los permisos de fin de semana constituyen, forman parte del *mismo régimen penitenciario de la prisión abierta*, en la fase de confianza (art. 45 del RP). Son permisos ordinarios concedidos por la Junta de Régimen y Administración [art. 263 j) del RP], sin necesidad de previa aprobación por la Dirección General (96). En cuanto a los permisos especiales, se regulan por el artículo 47 de la LGP número 2 y por el artículo 254.2 del RP (97). Este último precepto establece: «Igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo o tercer

---

métodos transicionales de tratamiento. «Tratamiento de seguridad mínima», en R.E.P. de 1967, p. 107.

(94) No obstante, como dice C. GARCÍA VALDÉS: «Los criterios sobre el tratamiento penitenciario, en el que intervienen las Ciencias de la conducta, podrían resumirse en las notas de voluntariedad y respeto a los derechos constitucionales. Las consecuencias que se derivan de tales premisas son: la ausencia de coactividad y el rechazo de los métodos psicoquirúrgicos».

(95) C. García Valdés afirma que: «con antecedentes de hecho en la legislación española de la Segunda República, el precedente inmediato de los mismos lo constituye el art. 109.2 c) y d) del Reglamento de los Servicios de Prisiones, introducido en la Reforma de 29 de julio de 1977, y la Orden Circular de 13 de octubre del mismo año, sobre los datos que han de cumplimentarse para la aprobación de tales permisos; ... la plena potenciación de los mismos se produce con las Ordenes Circulares de 21 de abril y de 4 de octubre de 1978, dictadas por este autor». Vide «Comentarios a la legislación penitenciaria», op. cit., pp. 147 y 148.

(96) Vide la Circular de 4 de octubre de 1978, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

(97) El artículo 47 de la LGP, en su número 2, dice: «Igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año, a los condenados de segundo grado o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta». Tanto el anteproyecto, como el Proyecto los plazos se reducían a 24 o 36 días respectivamente. En el texto del Anteproyecto se establecía, no obstante, 18 días para clasificados en primer grado. Vide: «La Reforma Penitenciaria Española», op. cit., pp. 221 y 222.

grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la totalidad de las condenas y no observen mala conducta. No obstante, la propuesta de los equipos o el acuerdo de las Juntas de Régimen sobre las solicitudes de permisos serán negativos si consideran, por informaciones o datos fidedignos o por la concurrencia en el interno de circunstancias peculiares, que a su juicio es probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o que el permiso repercutirá perjudicialmente sobre el interesado desde el punto de vista de su preparación para la vida en libertad».

Tales permisos especiales son, pues, facultativos y tienen la misión de preparar al interno para la vida en libertad.

Asimismo el número 4 del artículo 254 establece: «Los topes máximos anuales de treinta y seis y cuarenta y ocho días de permisos, señalados por la Ley, para los condenados en segundo y tercer grado, se subdividirán por regla general, entre los dos semestres del año en unos topes o límites de dieciocho y veinticuatro días respectivamente». Y el número 5 del mismo artículo dice: «En los topes máximos anuales no se computarán los permisos de fines de semana propios del régimen abierto a que se refiere el artículo 45».

Como puede observarse, el Reglamento no permite permisos de salida especiales para los clasificados *en primer grado*, a diferencia de la Orden Circular de 21 de abril de 1978 número 2 C) que establece que el máximo de permiso de que podrán disfrutar los penados será de *dieciocho en el primer grado...* «Y ya de modo excepcional la Orden Circular de 4 de octubre de 1978, II, 2.<sup>a</sup> Sin embargo, la experiencia obtenida —como dice C. García Valdés— permite concluir que, en términos generales, la misma (la experiencia de los permisos de salida) ha sido satisfactoria con relación a los penados clasificados en segundo grado, no así en lo que se refiere a los clasificados en primer grado y los extranjeros, en que los índices proporcionales de evasiones han superado con mucho la media general y los límites de tolerancia que una medida de este número puede admitir desde la perspectiva de la defensa social» (98).

Finalmente los permisos extraordinarios se hallan regulados en el artículo 47.1 de la LGP, y en el artículo 254.1 del RP. El primero dice así: «En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres cónyuges, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos, alumbramiento de la esposa, así como importantes y comprobados motivos, con las medidas de seguridad adecuadas, se concederán permisos de salida, salvo que concurran circunstancias excepcionales». El segundo artículo es idéntico añadiendo: «Si se trata de penados clasificados en primer grado, será necesaria autorización del Juez de Vigilancia».

(98) C. GARCÍA VALDÉS: «Comentarios a la legislación penitenciaria», op. cit., p. 152.

Como puede observarse, los permisos extraordinarios se concederán *si concurren importantes y comprobados motivos* (así en la celebración de matrimonio, etc.) (99), salvo que concurran circunstancias excepcionales. Los permisos concedidos a penados clasificados en segundo grado deberán ser autorizados por el Juez de Vigilancia si su duración es superior a dos días (art. 76.5 LGP); en todo caso, los concedidos a penados clasificados en primer grado cualquiera que sea su duración. No, en cambio, los permisos concedidos a los clasificados en tercer grado.

Si un interno aprovechare el disfrute de un permiso para fugarse o cometiere un nuevo delito durante el mismo, no podrá volver a disfrutar de permisos, salvo los extraordinarios, durante un período de dos años. Este período será de tres años si el nuevo delito estuviera castigado con pena grave o repitiera la evasión aprovechándose del nuevo permiso (art. 254.6 RP). Si un interno clasificado en tercer grado aprovechare el disfrute de un permiso para fugarse, se le pasará *provisionalmente a segundo grado en espera de la reclasificación correspondiente*, lo que se hará cuando vuelva a ingresar en un Centro Penitenciario» (art. 253 RP). Recuérdese lo dicho sobre la provisionalidad de la clasificación en segundo grado.

Tanto en los permisos especiales, como en los extraordinarios, la Junta de Régimen y Administración que los acuerde deberá solicitar la autorización de la Dirección General o del Juez de Vigilancia, según los casos (art. 263. j).

---

(99) En la Orden Circular de 21 de abril de 1978 se prevé también el caso del matrimonio, por lo que dada la amplitud del art. 254.1 debe caber perfectamente este supuesto en dicho precepto.

# CRONICAS EXTRANJERAS

## ¿«Atribución objetiva» en el delito doloso? (\*)

ARMIN KAUFMANN (\*\*)

### A. CONSIDERACION PREVIA

#### I. *Doctrinas teleológicas de la imputación*

a) *Imputativitas* e *imputatio*, estos dos conceptos se los debe el Derecho penal a Pufendorf. Al menos durante un siglo, hasta el final del pasado, ha dominado la «doctrina de la atribución» en la Ciencia del Derecho penal. La disputa entre los hegelianos sobre las imputaciones y la irrupción del injusto no culpable condujeron al descrédito de los viejos conceptos. En el lenguaje especializado (capacidad de atribución) y en la Ley (parágrafo 16) se han mantenido hasta hoy. De las doctrinas modernas de la atribución, por lo demás, no podemos esperar sin más que vuelvan a las antiguas «imputaciones».

b) Sobre la *teleología* de un sistema o de una doctrina de la atribución se habla en la actualidad con mucha frecuencia. Ello no debe

---

(\*) Traducción de Joaquín CUELLO. El original alemán, con el título «*Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt?*», ha sido escrito para el Libro-homenaje a Hans-Heinrich Jescheck, a punto de publicarse en la República Federal de Alemania.

(\*\*) El pasado 20 de marzo 1985 falleció Armin Kaufmann, a la edad de sesenta y dos años. Este ha sido su penúltimo trabajo realizado. De lo que pierde, con ello, la Ciencia del Derecho penal puede dar cuenta su especial capacidad para sintetizar, criticar y predecir lo que cabe esperar de los conceptos fundamentales, viejos y nuevos, de nuestra disciplina. Afortunadamente, los discípulos alemanes de Armin Kaufmann, Gerhard Dornseifer, Eckhard Horn, Georg Schilling, Wolfgang Schöne, Eberhard Strensee y Diethart Zieliński, tuvieron la feliz idea de regalarle, con motivo de su 60 aniversario, una edición de las investigaciones realizadas por el maestro a lo largo de más de treinta años (*Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert* *Gesammelte Aufsätze und Vorträge* 1982), lo que ha permitido que vean la luz algunos trabajos que nunca publicó Kaufmann y que, de no ser por ellos, jamás habríamos podido disfrutar. En castellano han aparecido ya su disertación (*Teoría de las normas Fundamentos de la Dogmática penal moderna*, trad. de Enrique BACIGALUPO y Ernesto GARZÓN VALDÉS, 1977) y un buen número de artículos de revista y libros-homenajes. Actualmente se están preparando la traducción de su habilitación sobre la Dogmática de la omisión y sendos libros que recogerán, respectivamente, los artículos ya traducidos y los que aún no lo habían sido. (El traductor).

\* \* \*

A mi seminario de investigación celebrado durante el semestre de invierno 1983/1984 debo agradecerle las discusiones estimulantes que allí tuvieron lugar.

llevar a la falsa conclusión de que la teleología misma sea algo nuevo en el Derecho penal. No conozco ningún concepto de sistema serio en los últimos doscientos años que no haya sido designado como «teleológico», en el sentido de que al Derecho penal le concierne una tarea sobre la cual, o en cuyo marco, haya de desarrollarse la Dogmática. Que así no haya ocurrido casi nunca sin fricciones —al menos si se concebía «de lege lata»— es otra cuestión. Tampoco las metas que vienen en consideración son tan variadas. A comienzos del siglo XIX se concibieron en su mayoría los posibles «fines de la pena», y en parte ya o muy pronto fueron codificados: la doble vía en la Ordenación territorial general de los Estados prusianos, y la prevención general intimidatoria en el Código penal bávaro. La misma «función ético-social» del Derecho penal de Welzel («el aspecto positivo de la prevención general») (1), que sólo mucho después —si prescindimos de los antecedentes— surgió como novedad, tiene precursores antiguos. La teleología del concepto es evidente en Feuerbach o en von Liszt, como asimismo en Stübel o Binding; no faltando tampoco en otros muchos sistemas.

Con ello, evidentemente, no debe negarse que en los dos últimos siglos se ha dado un paso decisivo tanto en la doctrina sobre los fines de la pena como en la Dogmática, y mucho menos que de los nuevos conceptos pueda esperarse un conocimiento mayor. Sólo que la misma teleología no es lo nuevo.

c) De «atribución objetiva» ya se habló hace mucho tiempo ocasional y abiertamente. El uso moderno del concepto hoy, tal como se ha configurado en la «doctrina de la atribución objetiva», conduce —si observo bien— de vueltas a Hegel, a través de dos líneas de evolución que, sin embargo, no tienen en su filosofía un punto de partida sólido. No obstante, desarrolló Larenz, desde el pensamiento de Hegel, una «atribución objetiva» para el Derecho civil (2). Esta doctrina («finalidad objetiva») fue tomada por Honig (3) en el Derecho penal, con la clara pretensión de completar la teoría causal de la acción. De ahí ha sido recibida la «atribución objetiva» en la Dogmática como «doctrina moderna de la atribución» (¿o como parte de ella?), sobre todo por Roxin y Rudolphi (4). La otra línea conduce directamente desde los hegelianos hasta Helmuth Mayer, quien titula el apartado fundamental de su tipo (objetivo): «La atribución objetiva (*imputatio facti*) o la doctrina de la relación causal» (5). Esta equiparación entre

(1) Sobre esto, Armin KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, pág. 288.

(2) LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927.

(3) *Frank-Festgabe*, I, págs. 174 ss.

(4) Véanse las indicaciones de RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar*, 3.ª ed., prefacio al parágrafo 1, núm. marginal 57; ROXIN, *Grundlagenprobleme*, páginas 145 s.

(5) Parte general, 1953, pág. 131; *Grundriss*, 1967, pág. 72. H. MAYER está influido por la «doctrina del hecho» de LARENZ y BINDING. BINDING, por lo demás, sólo conoce un único concepto de atribución, la atribución a título de acción culpable.

«atribución objetiva» e «imputatio facti» es, por lo demás, muy confusa histórico-dogmáticamente (6). Por tanto, si en lo sucesivo se designa también a la «atribución objetiva» moderna como «imputatio obiectiva», no se hará debido a la antigua dignidad del concepto sino para asegurar la novedad del contenido frente a confusiones.

Una tercera línea, representada por Jescheck, continúa desarrollando el pensamiento fundamental de la teoría de la adecuación (vid. *infra III*).

Si —como ocurre con Jakobs— se denomina «doctrina de la atribución» a toda la Dogmática de la Parte general, será quizás más exacto designar a la doctrina del tipo objetivo como «atribución objetiva»; frente a la «imputatio obiectiva», a desarrollar en lo sucesivo, la terminología es diferente y equívoca (7). Una confrontación con la concepción de Jakobs debería recoger algo más de lo que a continuación es posible. Por tanto, de la crítica a la imputación objetiva, cuya fórmula él no ha adoptado en su doctrina de la «responsabilidad por la causalidad» («Zuständigkeit für die Kausalität») (¿imputativitas obiectiva?) sólo se verá alcanzado Jakobs marginal o indirectamente.

## II. *Premisas y límites de la investigación*

a) La limitación a los hechos *dolosos* resulta posible porque su diferencia típica frente al delito imprudente es reconocida hoy de forma casi general, pese a que por lo que respecta a una supuesta coincidencia en parte del tipo objetivo existen todavía frecuentes representaciones erróneas.

b) Se parte de la doctrina del *tipo* construida en «tres escalones», como se desarrolló desde Binding hasta Welzel. Tal como corresponde con la doctrina dominante entre los seguidores de la «atribución objetiva»; aun la inclusión de las causas de justificación en un «tipo total de injusto» no parece influir sobre la problemática. No se considera la distinción entre tipo de delito y tipo de crimen, en el sentido de Binding, aunque también su relevancia se muestre marginalmente.

c) La imputatio obiectiva se ordena a sí misma en el tipo (objetivo). Su afinidad con la *teoría de la acción* —no sólo en Honig y en H. Mayer—, por tanto, puede ser dejada de lado. Su traslado al concepto de acción sólo llevaría a una doctrina supratípica (8).

d) No es posible distinguir (tampoco necesario) entre *tentativa* idónea e inidónea. Tal como corresponde a la doctrina absolutamente

(6) Cfr., p. ej., FEUERBACH, *Revision*, I, pág. 156; von BUENOFF (*Handlungsbegriff*, págs. 43 ss.) entiende bajo la «atribución objetiva» en el sentido de HEGEL la atribución a título de *acción*, es decir, realización final de la voluntad libre (de un capaz de atribución). Esta es la «imputatio facti» de la mayoría de los hegelianos; cfr. KÖSTLIN, *System*, parágrafo 57.

(7) Vid., sobre esto, al mismo JAKOBS, *Parte general*, 7/5.

(8) Sobre la función del concepto de acción, vid. Armin KAUFMANN, *Strafrechtsdogmatik*, págs. 21 ss.

dominante, llámese teoría subjetiva o teoría de la impresión (9). Sin embargo, quien crea poder distinguir según la peligrosidad, se verá llevado probablemente a la consecuencia de que también debe haber tentativas no peligrosas que, sin embargo, producen el resultado, que —en ese caso— no será atribuido. Sobre tales consideraciones no se podrá entrar en lo sucesivo.

### III. *La fórmula de la imputatio obiectiva*

La idea fundamental fue formulada tempranamente por Jescheck: «Bajo atribución objetiva (responsabilidad) debe entenderse el juicio sobre la cuestión acerca de si un resultado debe ser tenido como el 'hecho' de una persona determinada...» (10). «La sustancia del pensamiento de la adecuación reside en que sólo la creación de un riesgo jurídicamente desvalorado puede corresponderse con el sentido de la norma de prohibición, no debiéndose atribuir sino resultados en los cuales se realizó este riesgo» (11). De aquí el desarrollo de la fórmula: «Objetivamente atribuible sólo puede serlo un resultado causado mediante una acción humana (en el sentido de la teoría de la equivalencia), cuando la acción ha creado un peligro desvalorado jurídicamente y este peligro se realizó en el resultado típico» (12). Frente a otras descripciones, presenta esta concepción dos ventajas decisivas.

1. Aclara que se ha debido tratar de un resultado típico, respecto al cual plantear la cuestión sobre la atribución.

2. Presupone que existe *causalidad*, en el sentido de la teoría de la equivalencia.

Ambas, sin embargo, son cuestionadas en parte por los defensores de la atribución objetiva, en que esto, a su vez, debe ser un problema de imputación objetiva. Por eso, hay que entrar inmediatamente en la cuestión.

## B) LA TIPICIDAD DEL RESULTADO, ¿UN PROBLEMA DE SU ATRIBUCIÓN?

### I. *Acortamiento de la vida y disminución del riesgo*

De qué se trata es conocido. Los intérpretes de la teoría de la equivalencia tuvieron aquí, a veces, graves dificultades de comprensión, conceptuales; que una doctrina moderna de la atribución quiere pre-

(9) Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch*, 3.<sup>a</sup> ed., pág. 429. Naturalmente que queda intacta la posibilidad de renunciar a la pena si se dan los presupuestos del parágrafo 23, III, StGB. Sobre la terminología, cfr. SCHMIDHÄUSER, *Parte General*, 3.<sup>a</sup> ed., 11/21; KÜHL, *Juristische Schulung*, 80, págs. 506 s.

(10) *Lehrbuch*, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 207; de forma muy semejante ya en la 1.<sup>a</sup> ed., pág. 188.

(11) *Lehrbuch*, 2.<sup>a</sup> ed., pág. 213 (= 3.<sup>a</sup> ed., pág. 229); coincidiendo, sobre todo, RUDOLPHI (SK, 1.<sup>a</sup> ed., 1975, prefacio al parágrafo 1, núm. marginal 57), y ROXIN (recientemente, en *Klug-Festschrift*, pág. 311).

(12) *Lehrbuch*, 3.<sup>a</sup> ed., pág. 231.

sentar mejor. Y, sin embargo, se trata de una simple cuestión de interpretación: «Matar a otro hombre» puede definirse (también) como «acortamiento de la vida» de un hombre. Se trata ya de una interpretación casi trivial, porque aquí la Axiología —excepcionalmente— no permite otra alternativa (13).

Consiste, por tanto, en la determinación genérica, por vía de *interpretación*, de qué es un resultado típico. Sólo si se ha producido un resultado típico, en el sentido de la interpretación correcta, puedo preguntar por su «atribución objetiva» (o conformarse —como antes— con la causalidad y el dolo). Formulado de otro modo: Aquí no se trata de la imputación objetiva *del resultado*, sino de la cuestión de si ya existe un resultado típico; sólo si se ha producido el resultado determinado correctamente, puede formularse la siguiente pregunta, la que realmente tiene ante sus ojos la atribución objetiva: si este resultado típico debe atribuirse al autor.

Que la problemática del acortamiento de la vida no tiene nada que ver con la fórmula de la «*imputatio obiectiva*» arriba tratada, resulta claro. También la idea de acortamiento del riesgo discurre aquí en el vacío. Decir a quien salva la vida (el cirujano, el guía de montaña, la madre) que ha disminuido el riesgo de muerte, por lo que la muerte posterior del salvado «no le será objetivamente atribuida», sería menos una consideración teleológica que una consideración teológica sobre la mortalidad del hombre.

## II. ¿Disminución del riesgo para la salud como defecto de atribución?

El caso es conocido: A desvía el golpe, que si no habría lesionado gravemente en la cabeza a X, sobre su hombro. Puesto que esta lesión dolosa del hombro ha afectado a la salud de X en una medida (bastante) menor que la, en otro caso, lesión en la cabeza, faltaría la «*imputatio obiectiva*» y, con ello, la tipicidad. El caso está pensado de tal manera que el desvío del golpe sobre el hombro es *necesario* para salvar la cabeza de X. De esta forma, la justificación aparece claramente en el fondo, y la problemática se reduce.

Interesante y clarificador sólo lo es el ejemplo si A tuvo la posibilidad de desviar *completamente* el golpe, pero opinó que X debía recibir un escarmiento. Aquí se puede argumentar que la expectativa de salud no fue disminuida sino aumentada. (El parágrafo 323 c —omisión del deber de socorro—, además, vendría aquí en consideración).

Si modifico el caso aún más, de tal forma que el golpe desviado sobre la cabeza habría llevado a la muerte de X, entonces quizás se po-

(13) Cabe plantear la pregunta sobre cómo debe decidirse la —apenas imaginable— coincidencia de la muerte frente al discurrir restante o sólo bajo un pequeño acortamiento de la vida. Pero también estas son consideraciones normativas que afectan a la interpretación del resultado típico y a la doctrina del bien jurídico. Vid., sobre todo esto —todavía decisivamente—, SAMSON, *Hypothetische Kausalverläufe*, págs. 86 ss., 142 s.

dría todavía decir que la vida, es decir, la base de la salud, ha aumentado. Si modifíco todavía más el caso, de tal forma que el golpe no se ha desviado sobre el hombro sino sobre un jarrón muy valioso (siempre a manera de escarmiento), resultará más difícil: Pero siempre se podrá considerar que el derecho de propiedad es una emanación de la libertad humana, cuyo bien jurídico, de nuevo, se basa en la existencia del hombre, etc., etc.

Puedo interrumpir aquí; no puedo resolver este caso sino sólo ordenar metodológicamente los esfuerzos de solución: Se trata de la doctrina del bien jurídico que, a su vez, constituye el fundamento para determinar correctamente el *resultado típico*, p. ej., en el sentido de los párrafos 223 (lesiones) y 303 (daños). Lo que aquí es más difícil que en el acortamiento de la vida del párrafo anterior. El resultado, sin embargo, permanecerá inalterado: Sólo cuando se haya obtenido, mediante la interpretación, la tipicidad del resultado, puede surgir la cuestión, completamente distinta, sobre cuándo el resultado producido típicamente puede serle «atribuido» al autor.

### C. ¿LA ATRIBUCIÓN OBJETIVA COMO SUSTITUTIVO DE LA CAUSALIDAD?

Algunos defensores de la «*imputatio obiectiva*» dan la impresión de que las reflexiones sobre la atribución hayan ocupado ya el lugar del nexo causal. Puesto que para su desarrollo y estado de la discusión no hay espacio, deberá resolverse la problemática de mano de dos casos.

#### I. ¿*Procesos causales hipotéticos (?) en el delito doloso de acción?*

El médico da a su paciente, que sufre una enfermedad infecciosa, un medicamento (en otro caso ineficaz) cuyos efectos secundarios, conocidos por el médico, consisten —en el 50 por 100 de los casos— en hacer disminuir sensiblemente las fuerzas defensivas del cuerpo. Tras la muerte del paciente, no se puede constatar que la enfermedad, también sin el medicamento, hubiese llevado a la muerte, porque en lo fundamental no se puede hacer ninguna consideración sobre la «respuesta» a este medicamento.

La *prognosis subjetivo-anterior* de un hombre *ex-ante*, como la *prognosis objetivo-posterior* del juez, conducen —se presente la diferencia entre ambos como se quiera— al mismo resultado, que el suministro del medicamento significaba un «*aumento del riesgo*» considerable. Ahora bien, en tanto que queda sin resolver *si* ha tenido realmente eficacia, no podrá constatarse nexo causal alguno. (Por lo demás, «*in dubio pro reo*», es decir, *tentativa*).

El resultado se corresponde, si observo bien, con la que todavía es doctrina dominante. Y es de resaltar que los peritos consultados deberán intentar «*reconstruir*» (es decir, ponerse en ello) el transcurso de la enfermedad *sin* el medicamento.

## II. Procesos causales hipotéticos en el delito (cuasi-) doloso de omisión

El médico A, que desea la muerte de su paciente (P), quien sufre una grave infección, omite proporcionarle un medicamento que —como también A sabe— aumenta, en un 50 por 100 de los casos, las defensas y actúa manteniendo la vida. También aquí, aclaran los informes que no puede constatarse si el medicamento, en el caso de P, habría actuado manteniéndole la vida o, incluso, sólo alargándosela. Aquellos reflejan además que, según el estado de la Ciencia, resulta imposible constatar genéricamente si un determinado paciente «respondería» a este medicamento, a no ser que se le suministre y se observe su eficacia.

Que la conexión aquí cuestionada —en el delito de omisión— se designe como «cuasi-causalidad» o de otra forma, puede dejarse de lado. Hasta hace poco, había unanimidad sobre la aplicabilidad —como ya hizo el Tribunal del Reich en anteriores aplicaciones del principio de la inversión— de la fórmula de la teoría de la condición, invirtiendo sus caracteres: En lugar de «dejar de pensar algo», se coloca el «pensar algo»; aquí, el medicamento. Si el examen del hipotético transcurrir no lleva a resultado alguno, la suerte estará echada de parte de A.

Ciertamente puede decirse aquí que la acción omitida habría *disminuido* el peligro para la vida (14), y además en un 50 por 100. Pero, de una parte, el pensamiento del aumento del riesgo sirve, en el lugar de su procedencia dogmática —el delito de comisión imprudente—, sólo para la elección entre los casos de causalidad *demostrada*; de otra, la distinción entre la falta de clarificación del discurrir hipotético principal y situacional no es realizable. Pero, sobre todo: El caso de la omisión resulta imposible resolverlo de forma distinta al caso de la comisión. Mientras que el Derecho material distinga, también en el delito de omisión, entre tentativa y consumación, exigirá el Derecho formal que se respete el hecho de que la consumación no ha sido constatada (15).

## D. LA APLICACION DE LA FORMULA DE LA ATRIBUCION

### I. *La fórmula como elemento general del tipo*

Para los tipos de prohibición estructurados simplemente de los párrafos 212 (homicidio) y 223 (lesiones), sobre los que gira fundamentalmente la discusión, habría que exigir en el tipo objetivo: a) la producción del resultado típico; b) la causalidad como «elemento ge-

(14) STRATENWERTH, *Parte general*, 3.<sup>a</sup> ed., núm. marginal 1028; RUDOLPHI, SK, prefacio al parágrafo 13, núm. marginal 16.

(15) Coinciendo: JESCHECK, *Lehrbuch*, 3.<sup>a</sup> ed., pág. 503; JAKOBS, *Parte general*, 20/20 (con consideraciones sobre el estado de la discusión).

neral» de todos los tipos (Engisch); c) la atribución objetiva, en el sentido de la fórmula anterior. Que su aplicación, entonces, aparece también como exigencia general, «elemento general del tipo», está claro. Atribución objetiva significa, en ese caso, que la causación del resultado típico no realiza todavía el tipo, sino junto con la concurrencia de los criterios de la «*imputatio obiectiva*».

Según la fórmula, tres cosas deben quedar constatadas positivamente: 1. La acción del autor —antes de la producción del resultado— ha «creado un peligro». 2. Este peligro debe estar «desvalorado jurídicamente». 3. Precisamente «este peligro» debe haberse realizado en el resultado típico. Por tanto, de los *dos* elementos típicos (producción del resultado y causación) resultan *cinco*.

Pero ésta es sólo la menor objeción. Más grave resulta que esta fórmula lleva grabada en la frente su procedencia del delito imprudente. Allí contempla ella dos conjuntos de problemas; de una parte, la infracción del cuidado objetivo debido en el tráfico, es decir, la genuina problemática de la construcción del tipo en el delito imprudente; y, después, el círculo de problemas al que, desde Engisch, nos habíamos acostumbrado a designar como «conexión de antijuricidad» entre la lesión del cuidado y la producción del resultado. ¿Deben trasladarse estos conjuntos de problemas desde el delito imprudente al tipo del delito doloso? ¿Es ello siquiera posible? La valoración como «jurídicamente desaprobada» ya en el tipo objetivo especialmente, ¿es conciliable con que sólo de la realización total del tipo resulta una valoración que —por hablar con M. E. Mayer— «indicia» la antijuricidad? (Por eso se comprende que Stratenwerth (16) traslade esta valoración al escalón de la antijuricidad).

Tras todo lo cual, persiste la duda de si se hace justicia a la «pretensión» de la «*imputatio*» objetiva cuando se le considera elemento general del tipo objetivo. Y esto, sobre todo, si se piensa en cómo lo *objetivamente* atribuido, por su parte, haya de atribuirse al *dolo*; un problema sobre el que sólo se ha comenzado a reflexionar (17). ¿Qué ocurre, por último, con delitos en los que no existe el paralelo delito imprudente de resultado, p. ej., falsedades o estafa?

## II. *La subsumpción*

Puede ser clarificador si intentamos aplicar el tipo objetivo del parágrafo 212 completándolo con la fórmula anterior. En un caso concreto, habría bastado hasta ahora, para la afirmación del tipo objetivo, que el autor T haya disparado su pistola y X haya fallecido debido a la lesión ocasionada con el disparo. Son necesarias, sin embargo, ulteriores informaciones y valoraciones para constatar los tres elementos típicos incorporados al tipo objetivo mediante la fórmula.

(16) *Parte general*, 3.<sup>a</sup> ed., núm. marginal 230.

(17) Vid. WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, 1981, págs. 350 ss., especialmente pág. 354; aplicación directa de los párrafos 16 y 17.

1. La creación del *peligro* puede afirmarse en todo caso, sin más, si se considera suficiente la causación eficaz de la muerte. Pero, como es sabido, esto resulta muy discutido y ampliamente rechazado, al menos en nuestro caso; el concepto de peligro desarrollado por Horn, falsamente denominado por otros «científico-natural», sólo pretende tener validez para los delitos de peligro concreto, y aun para éstos de «*lege lata*». Se trata —desde la mayoría de las posiciones— de la prognosis de un «juzgador objetivo», cuyas propiedades tomamos de la retorta de nuestra Ciencia. (Los ingredientes de saber «nomológico» y conocimiento «ontológico» o capacidad de conocer que introducimos en esta retorta se determinan conforme a lo que esperamos como resultados «justos» o «representativos» para la valoración). Construyamos el caso de tal forma que T, al sacar la pistola, la dirija hacia X, en cuyo caso habría que afirmar la «creación del peligro», conforme a cualquier construcción de nuestro homunculus (por lo demás, sólo si el juzgador —¡o T!— conocía la presencia de X). Esta problemática de la prognosis no necesita ser profundizadas aquí. La normatividad encubierta —independientemente de que el concepto de peligro se contenga ya en el texto legal o se introduzca en él mediante la interpretación— hace del concepto de peligro un peligro para la determinación del tipo.

2. Afirmar la *desvalorización jurídica* de este peligro es algo inmediato; y, sin embargo, la manipulación con una pistola cargada en dirección a un hombre vale «*per se*» como «contraria a cuidado». (¡Con ello, la tipicidad, en el sentido de un delito imprudente, se convierte explícitamente en elemento típico del delito doloso!).

De forma distinta respecto a la «desvalorización jurídica» parecería si el disparo procede de una pistola que ya está siendo disparada y X, de forma irregular, se introduce en la trayectoria del disparo. (¡Lo que, a su vez, es distinto si T hubiese *sabido* esto antes de sacar la pistola!).

3. El tercer elemento típico a añadir al tipo objetivo del delito doloso, según la fórmula de la atribución objetiva, es la *realización precisamente de este peligro*, que resulta jurídicamente desvalorado, en la producción del resultado típico. Supongamos, por tanto, que nuestro X murió en el Hospital. Entonces, como es sabido, habrá que construir, aunque sigamos caminos discutidos, si en la no evitación de la muerte han jugado su papel un error técnico craso o pequeño, la ausencia de un médico anestesista o sólo una anestesia defectuosa, la mayor o normal resistencia constitucional frente a los antibióticos, etcétera, etcétera. Todo esto lo debe valorar también el «observador objetivo», en este caso alguien que ya conocemos por el juicio de adecuación. Si él, por lo que respecta a sus conocimientos y capacidades, es tan completo como el juzgador de peligros arriba configurado, no puedo decidirlo. En cualquier caso, también este homunculus debe proporcionar un juicio *normativo* en el que, según antiguo uso, se incluye el saber del autor (¡Pero sólo el adecuado!) para, también aquí, «evitar resultados injustos»; con lo que se descubre claramente la normatividad de esta valoración.

Se muestra, por tanto, que en todos estos elementos, que han sido desarrollados desde la fórmula de la «*imputatio obiectiva*», resulta claramente imprescindible el saber del autor como fundamento de la valoración; así, ya para la «creación del peligro» y, sobre todo, para la «desvaloración jurídica» que, de otra forma, más que sin ella, se volatizaría. Si el autor, descuidadamente, pensando que el arma está asegurada, o si, intencionalmente, ha realizado el disparo, o conocía la proximidad de X, pero creyó alcanzar antes el blanco, o si utilizó la oportunidad de acabar con X, más todavía: si sabía algo sobre el estado del Hospital todo esto no es sólo esencial sino decisivo para la cuestión sobre si se puede hablar de un entendimiento correcto de aquella fórmula de la «creación de un peligro jurídicamente desvalorado» y de la realización, precisamente, de este peligro (18).

### III. *El papel decisivo del dolo*

a) Ahora estamos ante el núcleo del problema, delimitar el tipo del delito doloso mediante la imputación objetiva: A la *luz del dolo*, se funde la completa problemática como la nieve de abril en el Sol. Existen dos alternativas:

1. O bien el dolo —según las reglas generales— abarca la causación del resultado típico, incluidos aquellos momentos fácticos que pueden dar motivo para reflexionar en el sentido de la atribución objetiva; en cuyo caso, la problemática, por así decirlo, se resuelve por sí misma: La acción es precisamente «peligrosa» porque es medio conocido (y eficaz) para realizar este resultado; y, además, es la producción del resultado típico precisamente la realización del abarcado por el plan del autor con el medio «peligroso» para su consecución. La «desvaloración jurídica» resulta por sí misma, puesto que con la dolosidad de la realización del tipo objetivo existe ya toda la tipicidad, en el sentido del parágrafo 212.

El *dolo* no puede incluir sin más la «desvalorización jurídica» de la acción «creadora de peligro» abarcada por el dolo, si no se quiere tirar por la borda la distinción con el conocimiento de la antijuricidad. Ciertamente que hoy, en el marco de las doctrinas modernas de la atribución, se hace, a veces, del conocimiento de la antijuricidad parte del dolo, deviniendo con ello el conocimiento de la antijuricidad su presupuesto. Pero, con este lapsus no se pretende ni el abandono consciente del injusto no culpable ni una vuelta a la Dogmática de los hegelianos.

2. La segunda alternativa es que, precisamente, lo que *falta* es el dolo. También, entonces, toda la especulación anterior, dentro del tipo objetivo, sobre si existe «*imputatio obiectiva*», sería ya superflua de una forma lastimosa.

(18) Acertadamente resalta WESSELS (13.<sup>a</sup> ed., parágrafo 6, II, 3) que la comprobación de la atribución objetiva puede fallar generalmente.

Contra esta conclusión provisional, que decide la ausencia o presencia del dolo y que, por lo demás, no llega a considerar los criterios de la imputación objetiva, caben objeciones.

b) La primera objeción consiste en que las alternativas acabadas de ponderar —presencia o ausencia del dolo— no son tales. ¿No existe todavía una *tercera posibilidad*? ¿la del *desvío causal representado* (incluido el «*dolus generalis*»), donde la aplicación del juicio de adecuación — inherente a la atribución objetiva — se plantea frecuentemente desde hace tiempo, y ha llegado a ser lugar común? No sorprende, por ello, que la doctrina de la atribución objetiva haya creído encontrar en este ámbito un punto sólido de apoyo (19).

Ciertamente que entramos con esta diferencia entre proceso real y representado en un terreno conocido desde hace tiempo, aunque realmente resbaladizo. Ello hace necesario —precisamente en conexión con nuestro asunto— algunas consideraciones previas:

1. No se trata ahora de aquellos desvíos donde el autor, por su falta de conocimiento causal preciso, desconoció la clase exacta de efecto del medio empleado —el efecto del veneno o el funcionamiento de la pistola que se dispara— o el preciso momento y las circunstancias concomitantes de producción de la muerte, sino de aquellos casos en los que sólo con la ayuda del juicio de adecuación u otra forma de valoración, también normativa en última instancia, resulta la «atribución a título de dolo» (20).

2. Sin clarificar parece la cuestión acerca de por qué esta constelación puede ser abarcada como delito doloso consumado, pese a que «realmente» interviene la regla de «no atribución» conforme al párrafo 16 («Quien, al realizar el hecho, desconoce alguna circunstancia perteneciente al tipo legal, no actúa dolosamente»).

3. Debería estar claro que aquí se trata de una *ampliación* del ámbito del delito *consumado*. La atribución objetiva persigue, precisamente en el tipo objetivo, una *limitación* que —consecuentemente— debe alcanzar también a la *tentativa*.

4. La fundamentación para incluir los casos de desvío adecuadamente causado reside y depende de la ponderación de si el autor poseía sin más el dolo total, éste ha llegado hasta la tentativa acabada y, por ello, al menos no contradice a la justicia si sólo con el resultado adecuadamente producido es castigado como corresponde a éste (21).

(19) Vid., sobre todo, WOLTER, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 89, págs. 649 ss.

(20) Así se manifiesta HERZBERG (en *ZStW* 85, pág. 884; de forma, por lo demás, limitativa, ahora, en *Juristische Arbeitsblätter*, 1981, págs. 369 ss., 374) «en la delimitación del dolo sin restricciones», «que un concreto acontecimiento imprevisto no puede ser dolosamente ejecutado» («solución de la tentativa»). Partiendo del punto objetivo («solución de la consumación»), plantea WOLTER (*ZStW* 89, pág. 650), en «la concepción dogmáticamente moderna», la «cuestión directriz»: «¿Con qué amplitud se pueden atribuir objetivamente al autor procesos causales puestos en marcha por él también como dolosamente ejecutados, si su dolo no los alcanzó ya precisamente?».

(21) Cfr., sobre esto, NOLL, *ZStW* 77, pág. 5.

Ya de estas indicaciones resulta:

1. La problemática de los casos de desvío no puede resolverse «in toto» «ya» en el tipo objetivo mediante la «atribución objetiva» (22). Pues la valoración, aquí, si se quiere mantener la dirección seguida hasta ahora para su solución, debe conectar con aquello que el autor, *dolosamente*, ha realizado de hecho, es decir, con el plan del hecho. En lugar de la supuesta simplificación resulta, por tanto, una complicación: Primero, se debe atribuir «objetivamente» en el tipo objetivo: después, se debe atribuir algo «subjetivamente» (?) al dolo (existente!) en la parte subjetiva del tipo, para lo cual —como muestran Jescheck y Jakobs— los principios de la atribución objetiva habrán de aplicarse como corresponden.

2. Una objeción contra el resultado actual —papel decisivo del dolo— no surge de los casos de desvío. Pero la doctrina de la atribución objetiva ha redescubierto en este ámbito *otro problema*: Si tranquilamente partimos del caso común (?) de que la aplicación de los criterios de imputación conducirían al mismo resultado en el tipo objetivo y en el tipo subjetivo, o sea, la atribución al tipo objetivo y al dolo. Así: tras el disparo, la muerte se ha producido a consecuencia de una infección en el hospital. En el dolo se constata que el autor nunca pensó en el hospital, sino sólo que el disparo produce inmediatamente la muerte de la víctima. ¿Por qué no exijo ahora realmente que el dolo alcance al fundamento (fáctico) de la atribución objetiva. Esta es la pregunta fundamental que para la doctrina de la atribución objetiva se plantea más agudamente que hasta ahora (23).

Una punición por consumación, aunque el dolo no abarca precisamente *esta* forma de consumación, necesita una fundamentación en el Derecho penal de la culpabilidad. Esta justificación sólo puede encontrarse en la ponderación ya reproducida de que —a causa de la, en cualquier caso existente, tentativa acabada— la totalidad del dolo y de la culpabilidad existen sin más. Esta fundamentación decae para la inclusión de los casos de desvío irrelevante si se piensa que en los casos de producción del resultado existe una culpabilidad más *grave*, en calidad y cantidad. Esta es, sin embargo, exagerando en parte polémicamente, la concepción que hoy domina por completo. Para este punto de vista, debe extrañar —dicho suavemente— que el acontecimiento decisivo para la cantidad de culpabilidad en el delito doloso —la producción del resultado— sólo sea atribuida al hecho, al dolo y a la culpabilidad por vía de una consideración normativo-objetiva, cuyos criterios para ello todavía discute la doctrina.

Si, conforme a esta concepción, la *total* culpabilidad depende necesariamente de la producción real del resultado concreto, deberá dirigirse, consecuentemente, el dolo también a la producción de este resultado; es decir, más allá del parágrafo 16, no está permitida la in-

(22) JESCHECK, *Lehrbuch*, 3.<sup>a</sup> ed., págs. 250 s., especialmente nota 74 a. Coinciendo, en parte, JAKOBS, *Parte general*, 8/64 ss. (especialmente 65 y 67).

(23) Vid. *supra* en y en relación con la nota 20.

clusión de procesos fácticos, de tal forma que habría de seguirse la «solución de la tentativa».

Distinto es desde el punto de vista según el cual ya con la tentativa acabada (el antiguo «*delictum perfectum*») se da la total culpabilidad por dolo; este pensamiento era ya dominante —frecuentemente de forma tácita— con anterioridad (24). Y no tiene ningún problema en los casos de desvío. Este puede defender tanto la «solución de la tentativa» como la «solución de la consumación»; en definitiva, se trata entonces sólo de establecer un haz de procesos causales desviados con sentido (quizá también «racionalmente final») que puede darse con el juicio de adecuación (25).

3. Si se sigue la «solución de la consumación», y se aplica al proceso causal desviado del plan del autor el criterio de la adecuación causal, queda por resolver la cuestión dogmática sobre cómo se ha de *clasificar* este criterio. La respuesta la dio Engisch hace más de cincuenta años (26): La inclusión en el tipo de error queda descartada; de no ser así, la representación del autor debería referirse al proceso causal no representado. Lo que queda es una «condición objetiva de punibilidad», que puede permanecer en el tipo de crimen («*Verbrechenstatbestand*») (en el sentido de Binding). En cualquier caso, se ha de insertar *detrás* del dolo, pues su desvío del mismo es precisamente el objetivo de la valoración. Esto significa: La problemática puede y debe, *como hasta ahora*, permanecer agregada al *dolo*.

Con ello, está decidida la problemática del desvío: Este no tiene

(24) Así, p. ej., RADBRUCH, *Vergleichende Darstellung, Parte general*, tomo II (1908), pág. 227; ENGISCH, *Untersuchungen*, pág. 331; KADECKA, *Monatsschrift für Kriminologie*, 1931, págs. 65 ss., 67 ss.; WELZEL, *Parte general*, 1.<sup>a</sup> ed., 1940, pág. 93; GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, 1942, págs. 19 y 42; SEUFFERT, *Ein neues StrGB für Deutschland*, 1902, págs. 53 s.; cfr. también: MERKEL, *Lehrbuch*, 1.<sup>a</sup> ed., 1889, págs. 125 s.; DOHNÁ, *ZStW*, 32, págs. 337 s.; HOLD VON FERNECK, *ZStW*, 32, págs. 256 s.; FRANK, *VD PG*, tomo V (1908), págs. 225 s.

(25) Este es también, p. ej., el punto de partida de WOLTER para desarrollar su doctrina de la atribución objetiva (*Objektive und personale Zurechnung*, págs. 26 ss., especialmente pág. 27). En las conclusiones de WOLTER (pág. 356 ss.) esto ya no resulta sin más claro. Sin embargo, ni la misma aguda discusión con el tachado de «subjetivista» ZIELINSKI puede ocultar que WOLTER comparte con él la misma posición de partida. Todo resulta oscurecido en WOLTER en cuanto que después se desarrolla un concepto de culpabilidad teleológico-general-preventivo.

Precursor, no obstante, fue SCHMIDHÄUSER, para quien «la lesión de la exigencia de respeto que surge del bien jurídico», es decir, la tentativa, constituye la total medida del injusto y la culpabilidad, mientras «la producción de un resultado nocivo» «en cambio sólo resulta significativa bajo el punto de vista de lo *merecedor de pena*»; con ello, en la concepción de SCHMIDHÄUSER, incluye lo «merecedor de pena» la cuestión de la necesidad de pena y, con ello, consideraciones teleológicas ajenas a la culpabilidad (*Parte general*, 1.<sup>a</sup> ed., 8/89 ss.; cfr. 2.<sup>a</sup> ed., 8/79 ss.). Si SCHMIDHÄUSER habla ahora también de «atribución objetiva» en conexión con la producción del resultado así entendida, entonces no le alcanza la crítica a la «*imputatio obiectiva*».

(26) ENGISCH, *Untersuchungen*, pág. 80.

nada que ver con la doctrina de la imputación objetiva ni con su fórmula (27).

c) Una segunda objeción contra el papel dominante del dolo podría llevar a considerar *necesaria la inclusión del conocimiento del autor en la atribución objetiva*. A los dos juzgadores objetivos, que deben valorar de una parte el peligro y de otra la realización de este peligro, precisamente, en el resultado, se les deberá imputar el conocimiento del autor; lo que, de esta forma, se decide ya aquí, y no en el dolo.

Prescindiendo por completo de que en este punto la discusión es muy grande, no sirve en absoluto esta contabilidad. Pero, sobre todo: Entonces, al menos toda la componente intelectual del dolo debería desplazarse al tipo objetivo. Con ello no se puede dar por satisfecha. Si se hubiera de producir una construcción dogmática clara para ordenar los elementos del delito, habría que trasladar *todo* el dolo. En última instancia, y para evitar cualquier fricción, debería aparecer el dolo en el primer puesto.

Contra tal construcción, como ocurre en la tentativa, no hay en puridad objeción alguna. Ahora bien, ¿se habría ganado algo con ello? Claramente no; el papel dominante del dolo sólo resultaría confirmado, ahora también externamente. De esta forma, podemos continuar, por su practicabilidad y tradición, comenzando con la comprobación que nos es familiar del tipo objetivo, además sin intentar allí una imputación objetiva.

#### IV. *¿Aplicación de la fórmula al hecho doloso?*

Los problemas de la determinación del resultado típico, del «aumento del riesgo» como sustitutivo de la causalidad y el desvío del proceso causal representado, han sido excluidos definitivamente del ámbito de la imputación objetiva. Sin embargo, en favor de la «doctrina moderna de la imputación», queda por considerar si podría ser puesta en relación con el hecho doloso total.

¿Se podría aplicar quizás la fórmula a la causación *dolosa* del resultado, es decir, prescindiendo de la fórmula, a la acción típica en el sentido del parágrafo 212? La respuesta debe desarrollarse partiendo del siguiente caso:

(27) La «solución de la consumación» no puede ser fundamentada desde ningún punto de vista en los siguientes casos: El autor desconoce que ya en el estadio de la preparación, o durante el tiempo de la tentativa inacabada, ha desencadenado la causación de la producción del resultado (perseguido). Si no se ha llegado a una tentativa acabada en correspondencia con el plan del hecho, sólo viene en consideración una punición por tentativa (inacabada) que, en su caso, decaerá por el desistimiento. Así, JAKOBS, *Parte general*, 8/76; Hruschka, *Parte general*, pág. 34; SCHROEDER, *Leipziger Kommentar*, parágrafo 16, número marginal 34. El precursor fue Horst SCHRÖDER, mediante la solución de que el desistimiento del autor conduce a la impunidad a través del distanciamiento del plan (JuS 1962, pág. 82).

a) A pone a su mujer en un autobús «en marcha» hacia la casa de vacaciones que tienen en el Sur, donde ya espera la botella con el brandy envenenado a su degustadora. Si A sabía todo esto, es claro el resultado de la subsumpción. Y ello aunque el riesgo del viaje en autobús creado por A, con toda seguridad, no es uno «jurídicamente desvalorado» (y no se ha realizado en el resultado). El caso muestra que mediante una única y la misma acción pueden crearse varios resultados típicos equiparables. Que entonces, por así decirlo, decide el dolo, resulta evidente. De otra parte, sin embargo, muestra el caso que algo no funciona con la concepción de nuestra fórmula: La cuestión sobre si la creación dolosa de un peligro de envenenamiento resulta «jurídicamente desvalorada» es superflua, porque ya está respondida por el tipo del parágrafo 212. Por contra, podría ser mucho más acertado preguntar, exactamente *al contrario*, si la creación de un peligro excepcionalmente *no* está desvalorado; lo que se muestra con la siguiente valoración de nuestro caso: Si A, que no sabe nada sobre el brandy envenenado, sólo hubiera pensado que su mujer moriría mediante un accidente del autobús, entonces sí es acertado preguntar si la creación de *este* riesgo no deberá ser valorado como jurídicamente *no* desvalorado (como permitido, como adecuado socialmente).

De esta forma, se puede resolver ahora, en la subsumpción, el intrincado problema ya tratado sobre de dónde debe derivarse, en el tipo objetivo de un delito doloso, la «desvalorización jurídica» de una acción: No se trata de ésta en absoluto sino («excepcionalmente») de la «aprobación jurídica» de riesgos (realizados dolosamente). Y, sin embargo, se circumscribe el ámbito de aplicación de la fórmula —incluso aunque se relacione con la producción *dolosa* del resultado— a *un* grupo de casos que sólo afecta a pocos delitos. Se trata, por lo demás, de un auténtico problema del tipo; ¡Por eso afecta también a la tentativa!

b) Pero, también en este grupo de casos debe comprobarse si el dolo «interviene», en la medida en que estos casos se resuelven con la doctrina del dolo: Si A convence a su mujer para que realice el viaje en autobús, sabiendo que sus frenos no funcionan, entonces existe ciertamente dolo, pero —y esto no se discute— no un caso de riesgo «aprobado jurídicamente». Si, por contra, contra su esperanza sólo en los riesgos generales del tráfico, habrá que negar ya los presupuestos mínimos del dolo; así Frank, al que siguen Bockelmann y H. J. Hirsch, «si la representación de la posibilidad es una simplemente *general*, es decir, si se basa en que con acciones de este tipo puede producirse un determinado resultado (muerte en un viaje automovilístico)» (28). Welzel (29) niega la voluntad de realización; Engisch, a quien he seguido, exige que debe «realizarse psicológicamente un juicio objetivo

(28) FRANK, *Strafgesetzbuch*, 18.<sup>a</sup> ed., parágrafo 59, anotaciones V y IX; HIRSCH, *LK*, 9.<sup>a</sup> ed., prefacio al parágrafo 51, núm. marginal 25; BOCKELMANN, *Parte general*, parágrafo 14, IV, 2, a.

(29) *Strafrecht*, 11.<sup>a</sup> ed., pág. 66.

de adecuación» (30). También Jescheck rechaza en tales casos «por falta de dominio del proceso causal una acción dolosa de homicidio» (31).

Así, parece que ya la teoría del dolo proporciona la solución correcta. Sin embargo, de la misma forma que la nieve de abril no se evapora totalmente por el Sol sino que una parte penetra en el suelo, fundida en agua, quedan aquí constelaciones que todavía no se resuelven con la doctrina del dolo:

## E. EL ACTUAR ARRIESGADO PERMITIDO

I. Si el automovilista K inicia el adelantamiento de una motocicleta y de otro automóvil, podrá reconocer el peligro de que el motociclista X «de pronto» —sin cerciorarse y sin avisarlo a tiempo— inicie, por su parte, el adelantamiento. La posibilidad del accidente mortal de X, que K se representa, no es tan «general» o tan «ajena» como para que no *pueda* bastar para el dolo; máxime si K sabe que durante el adelantamiento no tendría ya más influencia sobre los acontecimientos (32).

Pese a la estimación, en lo principal, del dolo en el sentido del párrafo 212 (incluso intencionalidad puede haber), no existe, sin embargo, duda alguna sobre el resultado de la valoración, independientemente de que se eche mano del «riesgo permitido» de Binding, de la «relevancia» en el sentido de Mezger v Blei, de la «adecuación social» de Welzel, del «principio de la confianza» o de la «moderna doctrina de la atribución»; incluso la más exacta fijación dogmática, como exclusión de la tipicidad, podría prevalecer hoy. (De otra forma recae la valoración si K reconoce muestras de que X quiere adelantar) (33).

II. Era, por ello, importante que Roxin haya confrontado su concepto de atribución con el pensamiento de Welzel sobre la adecuación social e, indirectamente, con otros intentos de solución. Aquél

(30) Armin KAUFMANN, *ZStW*, 70, pág. 81 (*Strafrechtsdogmatik*, págs. 73 s.). ENGISCH (*Untersuchungen*, pág. 200, págs. 157 ss.) piensa aquí en la «adecuación en sentido amplio» (en contraposición con la más arriba tratada, en relación con los casos de desvío, «adecuación en sentido estricto»; vid., pág. 80). Se debe coincidir con él también en que esta delimitación del dolo es «un resultado de puntos de vista valorativos» (*Untersuchungen*, pág. 167; cfr. también SCHRODER-LENCKNER, *StGB*, prefacio al párrafo 12, núm. marginal 40). Naturalmente que esta valoración no tiene nada que ver con la valoración positiva del riesgo.

(31) *Lehrbuch*, 3.<sup>a</sup> ed., pág. 231.

(32) Cfr. sobre esto y sobre todo el apartado: STRATENWERTH, *Parte general*, 3.<sup>a</sup> ed., núm. marginal 337 ss., especialmente 346; JAKOBS, *Parte general*, 7/39 ss.; PREUSS, *Untersuchungen zum erlaubten Risiko*, 1974, págs. 194 ss.

(33) Seguramente que ROXIN va demasiado lejos con la formulación (*Klug-Festschrift*, pág. 305): «La causación del resultado muerte que se produce con la participación en el tráfico moderno no es una acción homicida en el sentido del párrafo 212 ss., cualquiera que haya sido la voluntad del causante». Aquí deberían conducir a una formulación más exacta los «métodos más exactos de delimitación de la tipicidad» que la moderna doctrina de la atribución cree tener a su disposición!

critica el concepto de adecuación social, entre otras cosas, por ser un «criterio manipulable, convertido en cláusula general», que «puede emplearse para las finalidades más variadas» (34). Casi todavía más aguda ha sido la crítica sobrevenida del discípulo de Welzel, H. J. Hirsch (35). No tengo reparos en darle la razón, sobre todo por el desarrollo que el empleo del concepto ha encontrado incluso fuera del Derecho penal. Acertadamente, afirma Roxin, «resumiendo», «que el principio de la adecuación social persigue una meta correcta si se le usa para delimitar el tipo a comportamientos típicos delictivos, generalmente prohibidos» (36). También Welzel (37) entendió la adecuación social como «principio general de la interpretación». Por ello, es correcto el camino iniciado por Hirsch, seguido también por Roxin, de considerar el pensamiento de la adecuación social mediante la *interpretación de los tipos particulares* y, al mismo tiempo, resolverla (38).

También nosotros, con nuestras reflexiones, nos encontramos dentro de la Parte especial, es decir, en el tipo del parágrafo 212 (o del parágrafo 223). Cuando Roxin quiere explicar, mediante la aplicación de la fórmula de la «imputatio obiectiva», el antiguo y conocido caso del sobrino que convence a su acaudalado tío para que viaje en tren, dado que la «doctrina moderna de la atribución» posibilita «en tales casos reglas mucho más exactas sobre delimitación de la responsabilidad» (18 a), no puede satisfacer todavía. Más interesante sería la modificación: El padrastro que acaba de saber casualmente que el vigilante de la próxima estación está embriagado, coloca rápidamente a su ahijado de doce años en el tren accidentado. La conclusión —*no exclusión de la tipicidad*— supone para la fórmula no sólo las conocidas dificultades respecto a la inclusión del conocimiento, decisivo, del autor; *aquí* se trata de la procedencia de los criterios de *valoración* que hacen aparecer al conductor del automóvil que adelanta con dolo de matar actuando de forma no típica, y sí en cambio al padrastro. Estos criterios, sin embargo, *no* resultan todavía de los *conceptos* de «irrelevancia jurídica» (Roxin) o de «adecuación social» (Welzel), de no prohibición o autorización. *No se aprecia una mayor exactitud*. En cualquier caso, el empleo —ciertamente no nuevo— del concepto «riesgo» sirve mejor para marcar estas pocas constelaciones de casos en el delito doloso (39).

(34) ROXIN, *Klug-Fest*, págs. 305 y 310.

(35) LK, 9.<sup>a</sup> ed., prefacio al parágrafo 51, núm. marginal 22.

(36) *Klug-Fest*, pág. 310.

(37) *Strafrecht*, 11.<sup>a</sup> ed., pág. 58.

(38) HIRSCH, *ZStW*, 74, págs. 87 ss., LK, 9.<sup>a</sup> ed., prefacio al parágrafo 51, núm. marginal 22; ROXIN, *Klug-Festschrift*, págs. 312 s. La orientación de ROXIN hacia «el ámbito de protección del tipo afectado» coloca, por lo demás, en el lugar del pensamiento de la adecuación social, un concepto que, por su parte, vuelve a estar muy necesitado de contenido.

(38 a) *Klug-Fest*, pág. 311.

(39) Que el riesgo no prohibido, delimitativo de la tipicidad, pueda ser incluido en el tipo del parágrafo 212 (o en el del 223) como «elemento objetivo-normativo concebido negativamente» o deba configurarse como una «descripción de la acción contraria» (Armin KAUFMANN, *Klug-Festschrift*, págs. 28 s. —ANUA-

También aquí se trata de «corregir la tipicidad» en los tipos particulares («riesgo permitido» en el falso testimonio?). También aquí es imprescindible la doctrina del bien jurídico.

## F. CONCLUSION METODOLOGICA

### I. *Parte general y Parte especial*

a) A la Parte general pertenecen, genuinamente, sólo dos de los problemas que han sido abarcados por la doctrina de la imputación objetiva: la causalidad y el desvío irrelevante del proceso causal representado.

1. Como ha reconocido Jescheck, el «nexus» causal permanece sin modificar; ha de ser concebido en el sentido de la teoría de la condición, rectamente entendida. La atribución objetiva (aumento del riesgo) no puede sustituirla.

2. La polémica sobre la inclusión de los casos de desvío en la atribución objetiva tiene el mérito de haber vuelto a destacar el antiguo parecer de Engisch: Quien —como la llamada «solución de la consumación»— incluye los procesos causales desviados del plan del autor en el ámbito de la *consumación* dolosa, puede hacerlo mediante el añadido de una condición objetiva de punibilidad; esto es irreprochable (caso de que no resulte contradictorio, inmanentemente, al sistema). Con ello, no se ha decidido todavía sobre la adecuada medida de la extensión.

Esta inclusión del desvío adecuado no puede resultar ordenada en el tipo objetivo, ni siquiera como condición objetiva de punibilidad, sino que debe —como hasta ahora— permanecer añadida al dolo.

b) Todos los demás problemas y casos pertenecen a la Parte especial. La investigaciones de los grupos particulares de casos aclaran que, dentro de la «*imputatio obiectiva*», existe una tendencia al desplazamiento del concepto más allá de sus fronteras: Introducido con la finalidad de predecir de forma más inmediata y mejor que la teoría de la equivalencia el nexo entre el resultado y el autor, podemos decir que se convierte en nexo doloso; transformándose en un conjunto de problemas interpretativos de diversa clase, que residen en terrenos totalmente distintos. Lo que resulta adecuado a los resultados típicos debe ser correcto para otros elementos del tipo. Y, desde el punto de partida de muchos defensores de la «*imputatio obiectiva*» —los delitos imprudentes de resultado— de hecho, consiste la tarea en obtener los criterios de la tipicidad no contenidos en la ley. Por este camino no hay ningún límite. Al final de la doctrina moderna de la atribución, así entendida, desaparecerían no sólo los «principios de interpretación» de la tipicidad, sino los mismos tipos.

RIO DE DERECHO PENAL, 1984, págs. 9 s.) puede dejarse ahora de lado; en cualquier caso, se trata de una «reducción teleológica» del tipo en el sentido de ROXIN (*Klug-Festschrift*, pág. 312).

Esta no es, por cierto, la meta de la atribución objetiva. Sin embargo, su afinidad con la Parte especial no es nueva, y sale claramente a la luz. Rudolphi (40) ha insistido expresamente en que se trata de problemas de la Parte especial. No obstante, de ahí deben extraerse consecuencias metodológicas. La teoría de la relevancia (Mezger, Blei) remitió desde el principio a los tipos en especial.

Prescindiendo de la causalidad, alcanza ahora también esta problemática a la atribución objetiva tal como la entiende Jakobs: Para el «riesgo permitido» ya se ha evidenciado; habrá que cuestionar de delito doloso en delito doloso si es, *sin más*, relevante, y caso de serlo, de qué forma. Lo propio vale para el consentimiento excluyente de la tipicidad, cuyos criterios han de desarrollarse desde la peculiaridad del tipo en cuestión. También las posiciones de garante son, en los delitos de omisión, un problema de la Parte especial que, sólo por las razones conocidas, de historia dogmática y legislativa, deben ser tratadas en la Parte general. La transferencia de la doctrina de la garantía al delito de comisión no introduce modificación alguna en esto. La sugestiva frase de que «nadie puede ocuparse de todo» (41) no es, con toda seguridad, tampoco en la concepción de Jakobs, un principio general. Ya en el ámbito de las omisiones, habría que oponerle que todo accidente sí es cosa de cualquiera, y en el ámbito de la prohibición de matar vale plenamente: A todo aquel que mata dolosamente sí le importa su víctima algo. Brevemente, en todo esto la cuestión es si no se trata sólo de un problema de interpretación del tipo considerado.

Con la «atribución objetiva» sólo se desemboca en la Parte general si permite mostrar estructuras generales sobre las que la normatividad se puede «consolidar».

## II. ¿*Criterios de interpretación?*

¿Qué queda de la imputación objetiva? Un «nexus» especial entre el resultado típico y el autor, que pudiese designarse como «atribución objetiva», no es posible. Lo que queda es un conjunto de topoi, útil para la interpretación de este tipo o aquél, a veces para grupos de tipos.

Parece que el destino histórico de las cosas es el de avanzar en esta dirección. H. Mayer ha llamado, justamente, la atención sobre el hecho de que la doctrina del hecho de Binding no fue otra cosa sino el intento de desarrollar una doctrina de la atribución objetiva. Persiguiendo tal finalidad en la Parte general, fracasó Binding; y, sin embargo, reside aquí la razón de la elaboración magistral de Binding de la Parte especial, cuya vitalidad hemos de agradecer.

(40) SK, 3.<sup>a</sup> ed., prefacio al parágrafo 1, núm. marginal 62; de forma semejante ROXIN, *Klug-Festschrift*, pág. 312.

(41) JAKOBS, *ZStW*, 89, 30.

También Welzel fracasó en el intento pasajero de elevar la doctrina de la adecuación social a causa de justificación general, por vía consuetudinaria. Su doctrina, convertida por él mismo, dando marcha atrás, en «principio de interpretación» para la delimitación de los tipos de la Parte especial, resulta todavía hoy imprescindible.

No sería lo peor que los períodos de la imputación objetiva acabaran en tal fructificación de la Parte especial.

## SECCION LEGISLATIVA

**SUMARIO (\*):** 1. Leyes Orgánicas: L. O. 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. L. O. 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. 2. Leyes ordinarias: L. 4/1985, de 21 de marzo de Extradición Pasiva. L. 13/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español. L. 6/1985, de 27 de marzo, sobre modificación del artículo 849,2.<sup>º</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. 3. Convenios Internacionales: Instrumento de ratificación del Convenio sobre traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983. Instrumento de ratificación del Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición (número 86), hecho en Estrasburgo el 15 de octubre de 1975. Instrumento de ratificación del Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición (número 98), hecho en Estrasburgo el 17 de marzo de 1978. Instrumento de ratificación de 20 de diciembre de 1984 del Protocolo número 6 al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. Instrumento de adhesión de 17 de enero de 1985, de España al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 19 de diciembre de 1966 (\*\*).

---

(\*) Esta sección ha sido preparada por Francisco Javier Alvarez García, profesor de Derecho penal en la Universidad Complutense de Madrid.

(\*\*) A continuación se mencionan otros textos de interés, cuyo contenido no se incluye en esta sección por motivos de espacio: a) *Disposiciones*: L. 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque («BOE», núm. 172, de 19 de julio de 1985). L. de 13 de junio de 1985 (del Parlamento de Cataluña), sobre Protección de Menores («BOE», núm. 185, de 3 de agosto de 1985). Acuerdo sobre Seguridad de Información Militar Clasificada entre España y los Estados Unidos de América, y sus anejos. Hecho en Washington el día 12 de marzo de 1984. RD 1.613/1985 de 1 de agosto, por el que se modifica parcialmente el Decreto 833/1975, de 6 de febrero, y se establecen nuevas normas de calidad del aire en lo referente a contaminación por dióxido de azufre y partículas. Resolución de 9 de octubre de 1985 de la Dirección General de Transacciones Exteriores, sobre el régimen aplicable al patrimonio exterior de las personas físicas que adquieran residencia en España («BOE», núm. 257, de 26 de octubre de 1985). Orden de 31 de octubre de 1985 del Ministerio de Sanidad y Consumo, por la que se regulan los tratamientos de deshabituación con metadona dirigidos a toxicómanos dependientes de opiáceos («BOE», núm. 269, de 9 de noviembre de 1985). Instrumento de Ratificación del Convenio número 155 de la O.I.T. sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores y Medio Ambiente de Trabajo, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1981. O. de 7 de noviembre de 1985 del Ministerio de Sanidad y Consumo, por la que se determinan los medicamentos de utilización en medicina humana que han de dispensarse con o sin receta («BOE», núm. 275, de 16 de noviembre de 1985). Resolución de 22 de noviembre de 1985 de la Dirección General de Salud Pública, sobre dosificación y criterios de aplicación de los tratamientos de metadona o toxicómanos dependientes de opiáceos («BOE», núm. 284, de 27 de noviembre de 1985). b) *Proyectos*: Proposición de Ley, presentada por el Grupo Parlamentario Popular, sobre reforma del artículo 344 del Código penal (Orgánica) («BOC» de 18 de marzo de 1985, Serie B, núm. 95-I).

*LEY ORGANICA 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España («BOE» núm. 158, de 3 de julio de 1985).*

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren,  
Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar  
la siguiente Ley Orgánica:

#### PREAMBULO

El artículo 13 de la Constitución establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza su título I, en los términos que establezcan los Tratados y la Ley. Aquel mandato constitucional es la razón primera por la que se hace necesaria una regulación que concrete su alcance, a lo que responde la presente Ley Orgánica.

Nuestro ordenamiento jurídico ha carecido, desde el Real Decreto de 17 de noviembre de 1852, de una norma que, con pretensión de generalidad, recoja, formule y sintetice los principios que deban informar la situación de extranjería, en sí misma y en sus aspectos más importantes, y que evite la proliferación de disposiciones de distinto rango, que hasta ahora han venido regulando esta materia.

Sobre estas dos premisas, mandato constitucional y necesidad de una norma básica, la presente Ley acomete la tarea de establecer las disposiciones aplicables, de acuerdo con las declaraciones y recomendaciones sobre extranjeros formuladas por los Organismos Internacionales competentes en esta materia.

Dentro de esta perspectiva, la Ley, a lo largo de todo su articulado, destaca su preocupación por reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades, cuyo ejercicio queda prácticamente equiparado al de los propios ciudadanos españoles, y para el que se establecen las mayores garantías jurídicas, que ciertamente sólo ceden ante exigencias de la seguridad pública claramente definidas.

Resalta el pronunciamiento abierto de la Ley sobre los derechos reconocidos en el título I de la Constitución, efectuado de tal modo que, por una parte, se hace expresa afirmación de aquellos cuyo ejercicio debe ser reconocido, por ser consustancial a la persona; por otra, se señalan unas directrices claras respecto de los demás derechos, lo que constituye un compromiso sin precedentes en nuestro ordenamiento y es, además, coherente con el propósito de no dejar para posteriores regulaciones específicas aspectos de la extranjería que deben considerarse fundamentales.

En aras del principio de seguridad jurídica, la Ley se ve precisada, a veces, a descender al examen de aspectos que, en apariencia, podrían ser objeto de una consideración reglamentaria posterior, pero que, de hecho,

configuran realmente el ámbito de las referidas libertades. Cuestiones como la entrada, trabajo, permanencia y establecimiento, salida y expulsión, requieren un tratamiento que concrete y precise el alcance de los derechos y deberes de los extranjeros y las garantías necesarias para su efectivo ejercicio.

Al concretar las garantías jurídicas la Ley introduce la necesidad de la intervención judicial en la revisión de determinadas resoluciones que llevan la salida o expulsión de los extranjeros o que implican la privación de libertad, justamente como garantía de ésta.

En íntima armonía con la seguridad jurídica se halla el respeto a las situaciones de legalidad de los extranjeros, como punto de partida, no sólo para el pleno ejercicio de los derechos y libertades, a que antes se alude, sino para un correcto tratamiento de la extranjería.

Es necesario diferenciar, con absoluta claridad, las situaciones de legalidad de las de ilegalidad. Por ello, la Ley asegura la plenitud de los derechos y las garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España. Y al propio tiempo, y en prevención de las alteraciones que pudieran en su caso producirse, respecto de la convivencia social, por la presencia de extranjeros en términos no legales en España, desarrolla las medidas específicas para impedir tales situaciones.

El criterio de acomodación con los textos internacionales sobre la materia es explícito en el contenido del artículo 6.º, en relación con los derechos de libre residencia y circulación que reproduce prácticamente el texto del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 16 de diciembre de 1966, ratificado por España, por Instrumento de 13 de abril de 1977, pues, evidentemente, una configuración de la libertad de residencia, que no parte de la situación legal del extranjero, permitiría amparar cualquier estancia clandestina.

La preocupación de la Ley por conjugar el respeto de los derechos y libertades de los extranjeros con el adecuado tratamiento de la inmigración, alcanza uno de sus puntos más significativos en la regulación de la permanencia. Esta comprende tanto la estancia y sus prórrogas como la residencia propiamente dicha, cuyo carácter más estable aconseja considerar las circunstancias concurrentes en orden a su concesión. La residencia debe ser independiente de la estancia, a fin de que ésta no se configure, necesariamente, como un paso previo y no se acepte, por tanto, como hecho consumado la presencia de los extranjeros en nuestro país como medio para acceder a la condición de residentes.

La Ley pretende, además, favorecer la integración de los extranjeros en la sociedad española.

Si una Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros no es lugar adecuado para plantear el tema de la adquisición de la nacionalidad, sí lo es, en cambio, para favorecer aquellos supuestos en que sea presumible un mayor grado de adaptación a la vida española.

Circunstancias como el nacimiento en España, el parentesco o el tiempo de permanencia merecen una consideración preferente para la obtención de los permisos respecto de otras situaciones de extranjería más ocasionales.

Dentro de esta línea merece destacarse la preocupación de la Ley por un tratamiento preferencial en favor de los iberoamericanos, portugueses, fili-

pinos, andorranos, ecuatorianos, sefardíes y de los originarios de la ciudad de Gibraltar, por darse en ellos los supuestos de identidad o afinidad cultural, que les hacen acreedores a esta consideración.

Finalmente, recoge la Ley, dentro de los regímenes especiales, a los apátridas, a los que se da un trato jurídico acorde con la naturaleza excepcional de esta situación y con las garantías que exige su reconocimiento.

## TITULO PRELIMINAR

### *Disposiciones generales*

#### **Artículo primero**

Se considera extranjeros, a los efectos de aplicación de la presente Ley, a quienes carezcan de la nacionalidad española.

#### **Artículo segundo**

Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley:

a) Los Agentes Diplomáticos y los Funcionarios Consulares acreditados en España, así como los demás miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales y de las oficinas consulares y sus familiares que, en virtud de las normas del Derecho Internacional, estén exentos de las obligaciones relativas a su inscripción como extranjeros y a la obtención del permiso de residencia.

b) Los Representantes y Delegados, así como los demás miembros y sus familiares, de las Misiones permanentes o de las Delegaciones ante los Organismos Internacionales Intergubernamentales con sede en España o en Conferencias Internacionales que se celebren en España.

c) Los funcionarios destinados en Organizaciones Internacionales Intergubernamentales con sede en España, así como sus familiares, a quienes los Tratados en los que sea parte España eximan de las obligaciones mencionadas en el párrafo a) de este artículo.

#### **Artículo tercero**

Lo dispuesto en la presente Ley se entenderá en todo caso sin perjuicio de lo establecido en las leyes especiales y en los Tratados Internacionales en los que sea parte España.

## TITULO I

### *Derechos y libertades de los extranjeros*

#### **Artículo cuarto**

1. Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título 1 de la Constitución, en los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos.
2. Los extranjeros que, por su residencia o interés, se relacionen con España, deberán cumplir los requisitos de identificación que se determinen y

estarán sujetos a los deberes, obligaciones y cargas impuestos por el ordenamiento jurídico, con excepción de los que correspondan exclusivamente a los españoles.

#### Artículo quinto

1. Los extranjeros no podrán ser titulares de los derechos políticos de sufragio activo o pasivo ni acceder al desempeño de cargos públicos o que impliquen ejercicio de autoridad.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, se podrá reconocer el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales a los extranjeros residentes, en los términos y con las condiciones que, atendiendo a criterios de reciprocidad, sean establecidos por tratado o por ley para los españoles residentes en los países de origen de aquéllos.

3. Asimismo, los extranjeros podrán acceder al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica, de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes.

#### Artículo sexto

Los extranjeros que se hallen legalmente en territorio español tendrán derecho a circular libremente por él y elegir libremente su residencia, sin más limitaciones que las previstas en las leyes y las determinadas por razones de seguridad pública, que podrá disponer el Ministro del Interior, con carácter individual y que solamente podrán consistir en medidas:

- a) De presentación periódica ante las autoridades competentes.
- b) De alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente.
- c) De residencia obligatoria en determinado lugar.

#### Artículo séptimo

Los extranjeros podrán ejercitar el derecho de reunión, de conformidad con lo dispuesto en las normas que lo regulan, siempre que se hallen legalmente en territorio español. Para poder promover la celebración de reuniones públicas en local cerrado o en lugares de tránsito público, así como manifestaciones, los extranjeros deberán tener la condición legal de residentes y solicitar del órgano competente su autorización, el cual podrá prohibirlas si resultaran lesivas para la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los españoles.

#### Artículo octavo.

1. Los extranjeros que se encuentren legalmente en España podrán ejercer el derecho de asociación conforme a las leyes que lo regulen.

2. El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro del Interior, previo informe del de Asuntos Exteriores, podrá acordar la suspensión de las actividades de las asociaciones promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros, por un plazo no superior a seis meses, cuando atenten gravemente contra la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los españoles.

3. La disolución de las asociaciones corresponderá acordarla, en su caso, a la Autoridad Judicial, por los trámites del juicio ordinario de menor cuantía. Asimismo, el Juez podrá acordar, como medida cautelar, la suspensión de las actividades de las mismas.

#### Artículo noveno

Se reconoce a los extranjeros que se hallen legalmente en territorio nacional el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, así como el derecho a la creación y dirección de centros docentes, de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes y atendiendo al principio de reciprocidad.

#### Artículo diez

Se reconoce a los trabajadores extranjeros que se hallen legalmente en España el derecho de afiliarse libremente al sindicato u organización profesional españoles de su elección y el derecho de huelga, que ejercerán, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de acuerdo con lo dispuesto en las respectivas leyes reguladoras.

### TITULO II

#### *Régimen de entrada y situaciones de los extranjeros*

##### CAPITULO I

###### *Régimen de entrada*

#### Artículo once

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley que regula los estados de alarma, excepción y sitio, los extranjeros podrán entrar en el territorio español, siempre que se hallen provistos de la documentación requerida y de medios económicos suficientes, en los términos previstos reglamentariamente, y no estén sujetos a prohibiciones expresas.

2. En los puestos de acceso deberán someterse a los reconocimientos médicos y a las medidas y controles que exijan los servicios sanitarios españoles, por razones de sanidad pública, en la forma y con las garantías establecidas en los Tratados Internacionales, en los que es parte España, y en las disposiciones vigentes.

3. La entrada en el territorio nacional habrá de realizarse por los puestos habilitados a tal fin y bajo el control de los servicios policiales correspondientes, que podrán rechazar a quien no reúna los requisitos señalados en el párrafo 1 del presente artículo.

4. Se considerará ilegal toda forma de entrada en el territorio nacional en la que no concurran las circunstancias descritas, salvo lo previsto en el número 4 del artículo siguiente.

5. Los puestos de acceso podrán ser cerrados temporal o indefinidamente por el Gobierno, a propuesta del Ministerio del Interior, y, en su caso, del Ministerio de Defensa, cuando concurran circunstancias que así lo aconsejen.

#### Artículo doce

1. El extranjero que pretenda entrar en España deberá hallarse provisto de pasaporte o título de viaje en vigor o de otro documento que acredite su identidad y que se considere válido para tal fin, en virtud de los Convenios Internacionales en los que España sea parte.

2. Los pasaportes y títulos de viaje de los extranjeros que pretendan entrar en territorio español deberán ir provistos del correspondiente visado, salvo lo dispuesto en las leyes internas o en Tratados Internacionales en que España sea parte.

3. El visado será expedido por las Representaciones diplomáticas y Oficinas consulares de España y habilita al extranjero para presentarse en un puesto fronterizo español y solicitar su entrada.

Para la concesión del visado se atenderá el interés del Estado español y de sus nacionales, en los términos previstos reglamentariamente. La denegación no necesitará ser motivada.

4. El Ministerio del Interior podrá autorizar la entrada, tránsito o permanencia en territorio español a los extranjeros con documentación defectuosa o incluso sin ella, o que no hubieren entrado por los puestos habilitados a tal efecto, siempre que medie causa suficiente, pudiéndose adoptar en tales supuestos las medidas cautelares precisas. También podrán adoptarse en el caso de los extranjeros en tránsito, aun cuando posean documentación regular.

### CAPITULO II

#### *Situaciones*

#### Artículo trece

1. Los extranjeros pueden encontrarse en España en alguna de las situaciones siguientes:

a) Estancia, que no podrá superar los noventa días, a no ser que, antes de terminar dicho plazo, obtengan prórroga de estancia o permiso de residencia.

b) Residencia, que supone la obtención de un permiso, prorrogable, a petición del interesado, si concurren circunstancias análogas a las que motivaron su concesión. La validez máxima de los permisos y sus prórrogas no podrá exceder de cinco años, salvo en supuestos de arraigo especial, en las condiciones que se determinan reglamentariamente.

2. La residencia de los extranjeros será autorizada por el Ministerio del Interior, atendidas las circunstancias concurrentes en cada caso, teniendo en cuenta la existencia o inexistencia de antecedentes penales del solicitante y si dispone en España de medios de vida suficientes para el período de tiem-

po que solicita. Los permisos de residencia se consignarán en un registro especial y serán objeto de numeración, en la forma que reglamentariamente se determine. Su validez estará condicionada, en todo caso, a la posesión de pasaporte o documento válido en vigor. Cuando se pretenda residir en España, mediante el desarrollo de una actividad lucrativa, laboral o profesional, la concesión del permiso de residencia se regirá, además, por las disposiciones del Título III.

3. El permiso de residencia se podrá conceder a los menores de dieciocho años y a los incapacitados. También podrá incluirse a unos y otros en el permiso correspondiente a la persona bajo cuya guarda se encuentren, si ésta así lo solicita.

4. Sólo se considerarán extranjeros residentes las personas amparadas por un permiso de residencia.

#### Artículo catorce

Los extranjeros con permiso de residencia vendrán obligados a poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios de nacionalidad y de domicilio, así como, cuando proceda, las alteraciones de su situación laboral. Asimismo, y siempre que fueren requeridos por las Autoridades competentes, deberán comunicar a éstas las modificaciones de todas las circunstancias determinantes de su situación, de acuerdo con lo dispuesto en las leyes.

### TITULO III

#### *Trabajo y establecimiento*

#### Artículo quince

1. Los extranjeros mayores de dieciséis años que deseen fijar residencia en España para ejercer en ella cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, habrán de obtener, simultáneamente con el permiso de residencia, que expide el Ministerio del Interior, el permiso de trabajo, cuyo otorgamiento corresponderá al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y que tendrá una duración máxima de cinco años.

2. Ambos permisos serán de idéntica duración y se expedirán en un documento unificado, cuya obtención, y, en su caso, renovación, se ajustará, asimismo, a un procedimiento único que se determinará reglamentariamente.

3. Los permisos de trabajo podrán limitarse a un determinado territorio, sector o actividad, o a una empresa concreta, conforme se determine reglamentariamente.

4. Para los trabajos de menos de noventa días de duración, ya sean o no calificables como de temporada, la concesión del permiso de trabajo no exigirá la del permiso de residencia, pero su validez estará condicionada, en todo caso, a la estancia legal del titular en España.

#### Artículo dieciséis

Además de las personas mencionadas en el artículo segundo de esta Ley quedan exceptuados de la obligación de proveerse del permiso de trabajo, para el ejercicio de las actividades que motiva la excepción:

- a) Los técnicos y científicos extranjeros, invitados o contratados por el Estado.
- b) Los profesores extranjeros invitados o contratados por una universidad española.
- c) El personal directivo y el profesorado extranjero, de instituciones culturales y docentes dependientes de otros Estados, o privadas, de acreditado prestigio, oficialmente reconocidas por España, que desarrollen en nuestro país programas culturales y docentes de sus países respectivos, en tanto limiten su actividad a la ejecución de tales programas.
- d) Los funcionarios civiles o militares de las Administraciones estatales extranjeras, no contemplados en el artículo segundo, que vengan a España para desarrollar actividades, en virtud de acuerdos de cooperación con la Administración española.
- e) Los corresponsales de medios de comunicación social extranjeros, debidamente acreditados, para el ejercicio de la actividad informativa.
- f) Los miembros de misiones científicas internacionales que realicen trabajos e investigaciones en España, autorizados por el Estado.
- g) Los ministros, religiosos o representantes de las diferentes Iglesias y Confesiones, debidamente inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, en tanto limiten su actividad a funciones estrictamente religiosas.
- h) Los artistas que vengan a España a realizar actuaciones concretas que no supongan una actividad continuada.
- i) Las personas originarias de la ciudad de Gibraltar que pretendan realizar una actividad lucrativa, laboral o profesional por cuenta propia.

#### Artículo diecisiete

1. La concesión del permiso de trabajo quedará condicionada, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, a que el solicitante presente contrato de trabajo por escrito o justifique documentalmente el compromiso formal de colocación por parte de la empresa que pretenda emplearlo.
2. Cuando el extranjero se propusiera trabajar por cuenta propia o ajena, ejerciendo una profesión para la que se exija una especial titulación, la concesión del permiso se condicionará a la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente. También se condicionará a la colegiación, si las leyes así lo exigiesen.
3. Si el extranjero pretendiera trabajar por cuenta propia, en calidad de comerciante, industrial, agricultor o artesano, a efectos de obtención del permiso de trabajo, habrá de acreditar que ha solicitado las autorizaciones, que exige la legislación vigente a los nacionales, para la instalación, apertura y funcionamiento de la actividad proyectada. La denegación de dichas autorizaciones o el cese en la actividad para la que se obtuvieran, determinará la caducidad del permiso de trabajo.

#### Artículo dieciocho

1. Para la concesión y renovación del permiso de trabajo, se apreciarán las siguientes circunstancias:

a) La existencia de trabajadores españoles en paro en la actividad que se proponga desempeñar el solicitante.

b) La insuficiencia o escasez de mano de obra española en la actividad o profesión y zona geográfica en que se pretenda trabajar.

c) El régimen de reciprocidad en el país de origen del extranjero.

2. Cuando el permiso sea para trabajar por cuenta propia, se valorará favorablemente el hecho de que su concesión implique la creación de nuevos puestos de trabajo para españoles o signifique la inversión o aportación de bienes susceptibles de promover el empleo nacional o de mejorar las condiciones en que se preste.

3. Tendrán preferencia para la obtención y, en su caso, renovación, del permiso de trabajo, los extranjeros que acrediten hallarse en cualquiera de los siguientes supuestos:

a) Que hayan nacido y se encuentren legalmente en España.

b) Que se hallen casados con español o española y no estén separados de hecho o de derecho.

c) Que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española.

d) Que hubieran tenido la nacionalidad española de origen y deseen residir en España.

e) Que sean descendientes de extranjeros que, habiendo tenido de origen la nacionalidad española, residan en España.

f) Que trate de iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos o sefardíes.

g) Las personas originarias de la ciudad de Gibraltar, respecto de las actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta ajena.

h) Que se encuentren ligados por parentesco de primer grado con el empresario que los contrate.

i) Que se trate de puestos de trabajo de confianza, entendiendo por tales:

— Los de aquellos que legalmente ejercen la representación de la empresa.

— Los de aquellas personas a cuyo favor se hubiera extendido un poder general.

j) Que sean residentes en España, durante los últimos cinco años.

k) Que se trate del cónyuge o hijo de un extranjero que tenga permiso de trabajo.

l) Que se trate del titular de un permiso de trabajo que pretenda su renovación, excepto en los trabajos de temporada o corta duración.

ll) Los que realicen labores de montaje o reparación de maquinaria o equipo importados.

m) Los trabajadores necesarios para el montaje y puesta en marcha de una empresa extranjera que se traslade total o parcialmente a España.

4. Igualmente tendrán preferencia a efectos de la renovación del permiso de trabajo durante un año, aquellos que hubieran gozado de condición de asilado y que hubieran perdido su condición de tales por el cambio de circunstancias políticas en su país de origen.

**Artículo diecinueve**

1. Los permisos de trabajo se renovarán, siempre que subsistan las mismas circunstancias que determinaron la primera o anterior concesión. Cuando varíen éstas, deberá solicitarse una nueva expedición.

2. Cuando los titulares de un permiso de trabajo no puedan obtener su renovación, o ésta les sea denegada, deberán, si desean permanecer en España, solicitar el correspondiente permiso de residencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la presente Ley.

3. Reglamentariamente se determinarán los plazos de vigencia de los permisos de trabajo y de sus renovaciones, así como el alcance de las preferencias que deban otorgarse según lo establecido en el artículo anterior.

**TITULO IV***Salidas del territorio español***Artículo veinte**

Las salidas del territorio español podrán realizarse voluntariamente —salvo en los casos de prohibición, previstos en la presente Ley— u obligatoriamente, en los supuestos de expulsión y de devolución regulados en los artículos 26 y 36.

**Artículo veintiuno**

1. Las salidas deberán realizarse por cualquiera de los puestos que hubieran sido habilitados para la entrada, y previa exhibición de uno de los documentos a que se refiere el artículo 12, párrafo 1, de esta Ley.

2. Cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida de España, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si está incursa en alguno de los supuestos del artículo 26.1.

Si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta.

3. Para la efectividad de lo dispuesto en los párrafos anteriores, las autoridades judiciales comunicarán las autorizaciones de salida y las expulsiones que acordasen a los servicios competentes del Ministerio del Interior.

4. Excepcionalmente, mediante resolución motivada del Ministro del Interior, podrá impedirse la salida del extranjero, si esta medida es necesaria para proteger la seguridad nacional, el orden público o la salud pública y los derechos y libertades de los españoles.

**TITULO V***Regímenes especiales***Artículo veintidós**

1. El extranjero que se presente en dependencias del Ministerio del Interior, manifestando que, por carecer de nacionalidad o por cualquier otra causa insuperable, no pueda ser documentado por las Autoridades de ningún país y que desea ser documentado en España, después de practicada la pertinente información, podrá excepcionalmente obtener en los términos que reglamentariamente se determinen, un documento identificativo que acredite su inscripción en las referidas dependencias y que le autorice a permanecer, por el tiempo que se señale, o salir del territorio español. En todo caso se denegará la documentación solicitada, cuando el peticionario esté incursa en alguno de los supuestos a que se refiere el artículo 26.

2. Los extranjeros que hayan obtenido dicha inscripción podrán instar la concesión de permisos de trabajo, por el tiempo señalado, en las mismas condiciones que los demás extranjeros.

3. Los que deseen viajar al extranjero serán provistos de un título de viaje.

4. El régimen jurídico de los extranjeros residentes en España a que se refiere el presente Título, no sufrirá restricciones por aplicación del principio de reciprocidad.

5. Salvo lo previsto en los apartados precedentes, los extranjeros a que se refiere el presente Título estarán sujetos al régimen jurídico establecido con carácter general para los extranjeros en la presente ley.

**Artículo veintitrés**

Los nacionales iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatorianos, sefardíes y las personas originarias de la ciudad de Gibraltar, cuando pretendan realizar una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta ajena, tendrán preferencia para trabajar en España, sobre otros extranjeros, conforme se establece en el artículo 18.3 y no vendrán obligados al pago de las tasas correspondientes por la expedición de permisos de trabajo.

**Artículo veinticuatro**

Tendrá la consideración de estudiante el extranjero cuya venida a España tenga como fin único o principal el cursar o ampliar estudios o realizar trabajos de investigación o formación, no remunerados laboralmente, en cualesquier centros docentes o científicos españoles, públicos y privados, oficialmente reconocidos. Reglamentariamente se determinarán las modalidades de su permanencia en nuestro país.

## TITULO VI

*Infracciones y sanciones*

## Artículo veinticinco

1. El ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las obligaciones impuestas en la presente Ley, se ajustará a lo establecido en los artículos siguientes y en las disposiciones que los desarrolle.

2. Tendrán en todo caso la consideración de infracciones, a omisión de la solicitud de permisos de residencia y de trabajo o de sus renovaciones y la falta de comunicación relativa a las modificaciones de las circunstancias que motivaron su concesión o que alteren esencialmente la situación personal de los extranjeros en España.

3. Asimismo serán consideradas infracciones a la presente Ley las acciones y omisiones de aquellas personas o entidades que promuevan, medien o amparen la situación ilegal de extranjeros en nuestro país o faciliten el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que a éstos se señalen en las disposiciones vigentes.

## Artículo veinticinco

1. Los extranjeros podrán ser expulsados de España, por resolución del Director de la Seguridad del Estado, cuando incurran en alguno de los supuestos siguientes:

a) Encontrarse ilegalmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia o, en su caso, el permiso de residencia, cuando fueran exigibles.

b) No haber obtenido permiso de trabajo y encontrarse trabajando, aunque cuente con permiso de residencia válido.

c) Estar implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países.

d) Haber sido condenados, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados.

e) Incurrir en demora u ocultación dolosas o falsedad grave en la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior, las circunstancias relativas a su situación, de acuerdo con el artículo 14.

f) Carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad, o desarrollar actividades ilegales.

2. En los supuestos a que se refieren los apartados a), c) y f) del número anterior, se podrá proceder a la detención del extranjero con carácter preventivo o cautelar mientras se sustancia el expediente.

La autoridad gubernativa que acuerde tal detención se dirigirá al Juez de Instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero, en el plazo

de setenta y dos horas, interesando el internamiento a su disposición en centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario. De tal medida se dará cuenta al Consulado o Embajada respectivos y al Ministerio de Asuntos Exteriores. El internamiento no podrá prolongarse por más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión, sin que pueda exceder de cuarenta días.

3. En los supuestos de extranjeros sometidos a expedientes de expulsión, en trámite de instrucción o de ejecución, a los cuales se hayan instruido diligencias por la comisión de delitos cometidos con posterioridad a la incoación de dichos expedientes, el Juez acordará lo que proceda sobre su situación personal, conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si se acordara la libertad provisional del extranjero, el Juez o Tribunal podrá autorizar su expulsión, cuando se trate de delitos menos graves, atendiendo a las circunstancias del caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.2 de esta Ley.

4. La incoación y la resolución de los expedientes de expulsión de extranjeros serán comunicados oportunamente, en todo caso, al Ministerio de Asuntos Exteriores y al Consulado del respectivo país.

#### Artículo veintisiete

1. Las infracciones de lo dispuesto en la presente Ley, cuya sanción no esté específicamente atribuida a otros Departamentos y, en especial, las que afecten al régimen de entrada, situaciones y salidas de extranjeros podrán ser sancionadas por el Ministerio del Interior con multa de hasta 2.000.000 de pesetas.

2. Para determinar la cuantía de la multa, se tendrá especialmente en cuenta la capacidad económica y el grado de voluntariedad del infractor, así como si es o no reincidente.

3. Las infracciones que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la presente Ley, den lugar a la expulsión de los extranjeros, no podrán ser objeto de sanción pecuniaria.

#### Artículo veintiocho

1. Los empresarios que utilicen trabajadores extranjeros, sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo, incurrirán en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros que hayan ocupado. Las infracciones se tipificarán, en todo caso, como muy graves, y se sancionarán conforme establece el artículo 57 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

2. El incumplimiento de las normas aplicables según la respectiva actividad, conforme a lo previsto en el artículo 17.3, será sancionado por los Ministerios u Organismos competentes, de acuerdo con su legislación específica.

## TITULO VII

*Garantías y régimen jurídico*

## Artículo veintinueve

1. Los extranjeros gozarán en España de la protección y garantías establecidas en la Constitución y las leyes.
2. Las resoluciones gubernativas adoptadas en relación a los extranjeros habrán de dictarse y notificarse de acuerdo con los requisitos exigidos por la Ley de Procedimiento Administrativo y, en cualquier caso, con audiencia del interesado, en la forma que prevén los artículos siguientes.
3. No obstante, lo dispuesto en el apartado anterior, no será necesario que los acuerdos de imposición de sanciones especifiquen aquellas circunstancias cuyo conocimiento ponga en peligro la seguridad interior o exterior del Estado.

## Artículo treinta

1. La tramitación de los expedientes de expulsión, en los supuestos del párrafo 1, apartados a), c) y f) del artículo 26, tendrá carácter preferente.
2. Cuando, de las investigaciones practicadas, se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión se dará traslado de la propuesta motivada y por escrito al interesado, para que alegue lo que considere adecuado, en el plazo de cuarenta y ocho horas. En los supuestos en que se haya procedido a la detención preventiva del extranjero, éste tendrá derecho a asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, si no comprende o habla el castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos.
3. La ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de forma inmediata.

## Artículo treinta y uno

1. Los demás expedientes sancionadores se seguirán con la realización de las investigaciones y la práctica de las pruebas que se juzguen necesarias, de oficio o a instancia de parte.
2. Concluido el período probatorio, se concederá audiencia al interesado, conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo.
3. Producido el trámite de audiencia, se formulará propuesta de resolución.

## Artículo treinta y dos

No suspenderán la tramitación de los expedientes de expulsión ni la ejecución de las resoluciones que en los mismos recaigan, en cualquiera de los supuestos del artículo 26, las solicitudes de asilo, que no se hubieran presentado reglamentariamente documentadas, con anterioridad a la incoación de dichos expedientes, salvo en el caso contemplado en el párrafo segundo del artículo 4.º, 1, de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de

Asilo y de la Condición de Refugiado o en el supuesto de que las solicitudes de asilo se fundamentasen en causas justificativas producidas con posterioridad a dicha incoación.

#### Artículo treinta y tres

1. Los extranjeros que fueren objeto de una orden de expulsión vendrán obligados a abandonar el territorio español en el plazo fijado en la citada orden, que no podrá ser inferior a setenta y dos horas. En caso de incumplimiento, se procederá a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que haya de hacerse efectiva la expulsión. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34.

2. La ejecución de la orden de expulsión, tanto en el caso de procedimientos sumarios como ordinarios, se efectuará a costa del extranjero expulsado si tuviere medios económicos para ello. Caso contrario, se comunicará al representante diplomático o consular de su país, a los efectos oportunos.

#### Artículo treinta y cuatro

Las resoluciones administrativas adoptadas en relación con los extranjeros serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes. En ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente Ley.

#### Artículo treinta y cinco

En todo caso, el extranjero podrá interponer los recursos procedentes, en vía administrativa o jurisdiccional. El recurso podrá cursarse con arreglo a las normas comunes o ante las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, quienes lo remitirán seguidamente al organismo competente. Podrá recurrir por conducto del Cónsul de la propia nación, el cual será tenido entonces por representante recurrente.

#### Artículo treinta y seis

1. Toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un período mínimo de tres años.

2. No será preciso expediente de expulsión para la devolución, por orden del Gobernador civil de la provincia, de los extranjeros que, habiendo sido expulsados, contravengan la prohibición de entrada en España, ni para aquellos que hayan entrado ilegalmente en el país, salvo en el supuesto contemplado en el artículo 4.º, 1, de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado.

3. La instrucción y resolución de los expedientes de expulsión tendrá carácter individual, no pudiendo, en consecuencia, acordarse la expulsión de extranjeros con carácter colectivo.

## DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.—Se autoriza al Gobierno para actualizar la cuantía máxima de las multas que podrán imponerse para sancionar las infracciones cometidas contra lo dispuesto en la presente Ley, teniendo en cuenta las variaciones del índice de precios al consumo.

Segunda.—1. No obstante lo establecido en la presente Ley, los ciudadanos andorranos tendrán los mismos derechos y obligaciones que los españoles en orden al ejercicio de su profesión u oficio en España, siempre que las titulaciones académicas necesarias para dicho ejercicio hubieran sido expedidas como consecuencia de estudios realizados en centros del sistema educativo español.

2. Se autoriza al Gobierno para establecer los requisitos y condiciones en que los ciudadanos andorranos pueden prestar servicios en ámbitos propios de la función pública española radicados en el territorio de Andorra.

## DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—Los permisos de residencia y de trabajo, expedidos con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, conservarán su vigencia durante los plazos para los que hayan sido concedidos.

Segunda.—La situación de los extranjeros que se encuentran en España, insuficientemente documentados, en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, podrá ser regularizada, salvo que hubieran incurrido en causas de expulsión previstas en los apartados c), d) y f) del artículo 26.1, siempre que los extranjeros o los empleadores en su caso, así lo soliciten, presentando la documentación necesaria, dentro del plazo de tres meses, a contar desde la indicada fecha.

Tercera.—Aquellos trabajadores que por su nacionalidad estuviesen exentos de la obligación de obtener permiso de trabajo por la normativa anterior a esta Ley, dispondrán de un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la misma, para regularizar su situación.

## DISPOSICIONES FINALES

Primera.—El Gobierno dictará el Reglamento de ejecución de la presente Ley, rigiendo entre tanto, con carácter reglamentario, las disposiciones sobre la materia que no sean contrarias a lo dispuesto en esta Ley.

Segunda.—Tienen el carácter de Ley Orgánica los preceptos que se contienen en los Títulos I, VI y VII y en los artículos 11.1 2. 3. y 4. 13.2 y 3. 15.1 y 3. 22.2 y 3, así como la presente Disposición Final.

## DISPOSICION DEROGATORIA

Quedan derogadas la Ley 118/1969, de 30 de diciembre, la Ley 58/1980, de 15 de noviembre, y cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

Por tanto.

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Palacio de la Zarzuela. Madrid, a 1 de julio de 1985.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,

FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

*LEY ORGANICA 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.*

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieran y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica:

## TITULO PRIMERO

### *Disposiciones generales*

#### Artículo primero

El régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas tiene por objeto garantizar la observancia de las Reales Ordenanzas y demás normas que rigen la Institución Militar, el cumplimiento de las órdenes del mando y el respeto al orden jerárquico, con independencia de la protección penal que a todo ello corresponda y del ejercicio de las potestades disciplinarias judiciales.

#### Artículo segundo

Las infracciones disciplinarias en los Ejércitos darán lugar a la imposición de las correspondientes sanciones establecidas en esta Ley.

#### Artículo tercero

Están sujetos a lo dispuesto en la presente Ley los militares profesionales comprendidos en cualesquiera de las situaciones que integran las de actividad y las de reserva con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica.

A los militares no profesionales les será de aplicación mientras se encuentren en situación de actividad o servicio en filas.

A los alumnos de las Academias y Escuelas de formación de Oficiales y Suboficiales y Clases de Tropa y Marinería se les aplicarán sus reglamentos disciplinarios específicos, los cuales deberán adecuarse a lo regulado en la presente Ley con inclusión de las infracciones de carácter escolar.

#### Artículo cuarto

La iniciación de un procedimiento judicial no impedirá la incoación y tramitación de expedientes disciplinarios por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente sólo podrá producirse cuando la sentencia recaída en aquel procedimiento, cuya declaración de hechos probados vinculará a la Administración, fuese firme.

Las Autoridades con potestad disciplinaria para evitar perjuicio al servicio, podrán suspender en sus funciones al inculpado por tiempo que no exceda de tres meses.

### TITULO II

#### *De la potestad disciplinaria*

#### Artículo quinto

La facultad de sancionar por vía disciplinaria en las Fuerzas Armadas se atribuye al Ministro de Defensa, Jefe del Estado Mayor de la Defensa, Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, Subsecretario de Defensa, Director general de la Guardia Civil y a las demás Autoridades y Mandos a quienes por su función o cargo corresponda, según lo regulado en la presente Ley.

#### Artículo sexto

Las sanciones que se impongan en el ejercicio de la potestad disciplinaria militar guardarán proporción con las conductas que las motiven y se individualizarán atendiendo a las circunstancias que concurran en los autores y a las que afecten o puedan afectar al interés del servicio. Especialmente se tendrá en cuenta la condición de militar no profesional para graduar las sanciones con menor rigor.

### TITULO III

#### *De las faltas y de sus sanciones*

#### CAPITULO PRIMERO

##### Infracciones disciplinarias

#### Artículo séptimo

Constituye falta disciplinaria toda acción u omisión prevista en esta Ley que no constituya infracción penal.

**Artículo octavo**

Serán faltas leves:

1. La negligencia en el cumplimiento de las obligaciones del destino o puesto y la falta de interés en la instrucción o preparación personal.
2. La inexactitud en el cumplimiento de las órdenes recibidas y de las normas de régimen interior.
3. La inexactitud en el cumplimiento de las normas sobre seguridad militar y las ligeras indiscreciones en materia de obligada reserva.
4. La inobservancia de las normas reglamentarias relativas al armamento, material y equipo, así como su mal uso o descuido en su conservación.
5. El descuido en el aseo personal y la infracción de las normas que regulan la uniformidad.
6. El ostentar insignias, condecoraciones u otros distintivos militares o civiles, sin estar autorizado para ello.
7. Las manifestaciones de tibieza o disgusto en el servicio y las murmuraciones contra el mismo, las órdenes del mando u otros militares, así como tolerar dichas conductas en las fuerzas o personal subordinados.
8. La falta de puntualidad en los actos de servicio y las ausencias injustificadas de los mismos si no constituyeran infracción más grave.
9. La ausencia del destino sin autorización por un plazo inferior a veinticuatro horas.
10. La falta de respeto a superiores y, en especial, las razones descomuestas o réplicas desatentas a los mismos.
11. La ligera irrespetuosidad o la leve desobediencia a órdenes de la Policía Militar en su función de agentes de la autoridad.
12. Hacer reclamaciones o peticiones en forma o términos irrespetuosos o prescindiendo del conducto reglamentario.
13. Interceptar o devolver a su origen, sin dar el curso reglamentario, las reclamaciones o peticiones formuladas por subordinados.
14. Corregir a un subordinado de forma improcedente, o imponerle una sanción desproporcionada.
15. Ofender a un subordinado con hechos o palabras indecorosas o indignas.
16. Invadir sin razón justificada las competencias atribuidas reglamentariamente a los subordinados y la tolerancia ante tales conductas.
17. Ordenar la ejecución de prestaciones de tipo personal ajenas al servicio.
18. Contraer deudas injustificadas con subordinados.
19. La omisión de saludo a un superior, el no devolverlo a un igual o inferior y el inexacto cumplimiento de las normas que lo regulan.
20. Promover desórdenes en ejercicios o maniobras, o en Acuartelamientos, Bases, Buques o Establecimientos Militares.
21. Las riñas o altercados entre compañeros.
22. Dormirse durante el cumplimiento de un servicio de armas o guardia de seguridad.
23. Embriagarse o consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas vistiendo uniforme, o en Acuartelamientos, Bases, Buques o Establecimientos Militares, cuando no constituya falta grave.

24. El juego dentro de los recintos militares, siempre que no constituya un mero pasatiempo o recreo.

25. Acudir de uniforme a lugares o establecimientos incompatibles con la condición de militar, comportarse de forma escandalosa o realizar actos contrarios al decoro exigible a los miembros de las Fuerzas Armadas.

26. Deteriorar o sustraer material o efectos de carácter oficial, de escasa entidad; adquirir o poseer dicho material o efectos con conocimiento de su ilícita procedencia o facilitarlos a terceros.

27. Los atentados leves contra las cosas cometidos en Acuartelamientos, Bases, Buques o Establecimientos Militares o en acto de servicio.

28. Emitir o tolerar expresiones contrarias o realizar actos levemente irrespetuosos contra la Constitución, la Bandera, el Escudo, el Himno Nacional, símbolos representativos de las Comunidades Autónomas y de las demás Instituciones del Estado, contra Su Majestad el Rey, el Gobierno, su Presidente, el Ministro de Defensa, las Autoridades y Mandos Militares, las Autoridades Civiles, los Parlamentarios, los representantes de otras naciones, las Fuerzas Armadas o cualquiera de las Armas y Cuerpos que las componen, cuando no constituya falta grave o delito.

29. El trato incorrecto con la población civil.

30. Expresar públicamente opiniones que supongan infracción del deber de neutralidad en relación con las diversas opciones políticas o sindicales o que afecten al debido respeto a decisiones de Tribunales de Justicia.

31. Prestar colaboración a organizaciones políticas o sindicales, sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida.

32. Inducir, auxiliar o encubrir al autor de una falta grave disciplinaria.

33. Las demás que, no estando castigadas en otro concepto, constituyan leve desobediencia o ligera irrespetuosidad para con los jefes y superiores, infieran perjuicio al buen régimen de los ejércitos o consistan en la infracción u olvido de alguno de los deberes que señalan las Reales Ordenanzas y demás disposiciones que rigen la Institución Militar.

#### Artículo noveno

Serán faltas graves:

1. Dejar de observar por negligencia y en tiempo de paz una orden recibida, causando daño o riesgo para el servicio.

2. Incumplir los deberes militares propios del destino o puesto que se desempeñe, por ignorancia o negligencia, o prestando excusas improcedentes.

3. Incumplir un deber militar por temor a un riesgo personal.

4. Incurrir en negligencia en la preparación, instrucción y adiestramiento de las fuerzas o personal subordinado.

5. Incumplir las obligaciones del centinela o de otro servicio de armas, transmisiones o guardia de seguridad, en tiempo de paz, siempre que no se causare grave daño para el servicio.

6. Abandonar, en tiempo de paz, un servicio o guardia distintos de los incluidos en el apartado anterior o colocarse en estado de no poder cumplirlos.

7. Embriagarse o consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas durante el servicio o con habitualidad.
8. Incumplir las normas de obligada reserva sobre asuntos del servicio, sin causar perjuicio grave a la seguridad militar.
9. Divulgar información que pueda afectar a la debida protección de la seguridad o de la defensa nacional o publicar datos que sólo puedan ser conocidos en razón del destino o cargo en las Fuerzas Armadas, cuando no constituya delito.
10. Ocasionar o no impedir actos que supongan riesgo para la seguridad de una Fuerza o Unidad de los Ejércitos.
11. Excederse arbitrariamente en el ejercicio de la autoridad o mando, sin causar perjuicio grave al subordinado o al servicio.
12. Prevalerse del empleo para coartar o impedir a cualquier militar que se encuentre de servicio el cumplimiento de las órdenes relativas al mismo.
13. Utilizar para usos particulares medios o recursos de carácter oficial o facilitarlos a un tercero, todo ello cuando no constituya delito.
14. Impedir, dificultar o limitar a otro militar el libre ejercicio de los derechos que tenga legalmente reconocidos, cuando no constituya delito.
15. Hacer reclamaciones, peticiones o manifestaciones contrarias a la disciplina o basadas en aseveraciones falsas; realizarlas a través de los medios de comunicación social o formularlas con carácter colectivo.
16. La falta de subordinación, cuando no constituya delito.
17. Los actos con tendencia a ofender de obra a la Policía Militar en su función de agentes de la autoridad.
18. Realizar actos de desprecio a la condición militar, dejar de auxiliar al compañero en peligro o llevar a cabo acciones u omisiones contrarias a la dignidad militar susceptibles de producir descrédito o menosprecio de las Fuerzas Armadas.
19. Realizar actos deshonestos con inferiores de igual o distinto sexo previéndose de su condición, cuando el acto no constituya delito.
20. Mantener relaciones sexuales en Acuartelamientos, Buques, Bases y demás Establecimientos Militares cuando atenten contra la dignidad militar.
21. Promover o participar en discusiones que susciten antagonismo entre los distintos Ejércitos, Armas o Cuerpos de las Fuerzas Armadas.
22. Ocultar o alterar ante autoridades o superiores el verdadero nombre, circunstancia o destino o hacer uso de documento que no corresponda al interesado.
23. La ausencia del destino, en tiempo de paz, por un plazo superior a veinticuatro horas e inferior al establecido para la consumación del delito de deserción o de abandono de destino o residencia.
24. Destruir, abandonar, deteriorar o sustraer material o efectos de carácter oficial cuando por su cuantía no constituya delito, adquirir o poseer dicho material o efectos con conocimiento de su ilícita procedencia o facilitarlos a terceros.
25. El incumplimiento de las normas sobre incompatibilidades.
26. Emitir o tolerar manifiesta y públicamente expresiones contrarias o realizar actos irrespetuosos contra la Constitución, la Bandera, el Escudo, el Himno Nacional, símbolos representativos de las Comunidades Autónomas

y de las demás Instituciones del Estado, contra Su Majestad el Rey, el Gobierno, su Presidente, el Ministro de Defensa, las Autoridades y Mandos Militares, las Autoridades Civiles, los Parlamentarios, los representantes de otras Naciones, las Fuerzas Armadas o cualquiera de las Armas y Cuerpos que las componen, cuando no constituyan delito.

27. Participar en reuniones clandestinas, cuando no constituya delito.
28. Sin haber solicitado previamente el pase a la situación legalmente establecida, estar afiliado a alguna organización política o sindical, asistir de uniforme o haciendo uso de la condición militar a cualquier reunión pública o manifestación si tienen carácter político o sindical ejercer cargos de carácter político o sindical o aceptar candidaturas para ellos con las excepciones establecidas por las Leyes.
29. No resolver en los plazos legales los recursos interpuestos ante sanciones impuestas por la comisión de faltas leves.
30. Quebrantar una sanción o medida preventiva disciplinaria o facilitar su incumplimiento.
31. Cometer falta leve, teniendo anotadas y no canceladas al menos tres faltas sancionadas con arresto.

## CAPITULO II

### *Sanciones disciplinarias*

#### Artículo diez

Las sanciones que pueden imponerse por las faltas leves son:

- Reprensión.
- Privación de salida de la Unidad hasta ocho días o de permisos discretionales hasta un mes.
- Arresto de un día a treinta días en domicilio o Unidad.

Las sanciones que pueden imponerse por faltas graves son:

- Arresto de un mes y un día a tres meses en Establecimiento disciplinario militar.
- Pérdida de destino.

La imposición de sanciones se entiende siempre sin perjuicio de las acciones que correspondan al perjudicado.

#### Artículo once

Los Oficiales Generales, Oficiales, Suboficiales y Clases de Tropas y Mainería profesionales podrán ser sancionados, por falta leve, con reprensión o arresto de uno a treinta días en su domicilio o Unidad, y por falta grave, con arresto de un mes y un día a tres meses en Establecimiento disciplinario militar o con pérdida de destino.

A los demás militares se les podrá sancionar, por falta leve, con reprensión, privación de salida de la Unidad hasta ocho días o de permisos discretionales hasta un mes o arresto de uno a treinta días en su Unidad, y por falta

grave, con arresto de un mes y un día a tres meses en Establecimiento disciplinario militar.

#### Artículo doce

La reprensión es la reprobación expresa que por escrito dirige el superior al subordinado.

No constituye sanción disciplinaria la advertencia o amonestación verbal que, para el mejor cumplimiento de las obligaciones y servicios, puede hacerse en el ejercicio del mando.

#### Artículo trece

La privación de salida supone la retención del sancionado en su Unidad, Buque, Base, Acuartelamiento o Establecimiento, fuera de las horas de servicio, con supresión de salidas durante ocho días como máximo, o de permisos discretionales que pudieran corresponderle durante el tiempo máximo de un mes.

#### Artículo catorce

El arresto de uno a treinta días consiste en la restricción de libertad del sancionado e implica su permanencia, por el tiempo que dure su arresto, en su domicilio o en el lugar de la Unidad, Buque, Base, Acuartelamiento o Establecimiento que se señale. El sancionado podrá participar en las actividades de la Unidad permaneciendo en los lugares señalados el resto del tiempo.

#### Artículo quince

El arresto de un mes y un día a tres meses consiste en la privación de libertad del sancionado y su internamiento en un Establecimiento disciplinario militar durante el tiempo por el que se imponga. El militar sancionado no participará en las actividades de la Unidad durante el tiempo de este arresto.

#### Artículo dieciséis

La sanción de pérdida de destino supone el cese en el que ocupa el infractor, quien durante dos años no podrá solicitar nuevo destino en la Unidad o demarcación territorial específica de los Ejércitos a la que pertenecía cuando fue sancionado.

#### Artículo diecisiete

Las faltas leves prescriben a los dos meses y las graves a los seis, contados dichos plazos desde el día en que se hubiesen cometido.

En las faltas graves esta prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento sancionador se dirija contra el presunto responsable, continuándose el cómputo del plazo transcurridos los tres meses determinados para la instrucción en el artículo 41 de esta Ley.

En todo caso, las faltas graves y leves prescribirán una vez que los militares no profesionales hayan pasado a la situación de reserva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 47.

**CAPITULO III***Competencia sancionadora***Artículo dieciocho**

Todo militar tiene el deber de corregir las infracciones que observe en los inferiores, le estén o no subordinados directamente, cualquiera que sea el Ejército, Arma o Cuerpo al que pertenezcan. Si además las juzga merecedoras de sanción, lo hará por sí mismo si tiene potestad sancionadora, y sino, dará parte inmediatamente a quien la tenga.

Si se trata de una falta que por su naturaleza y circunstancias exige una acción inmediata para mantener la disciplina y la subordinación, podrá ordenar la reclusión del infractor en su domicilio o Unidad durante el tiempo máximo de cuarenta y ocho horas, en espera de la posterior decisión de la Autoridad o Mando con potestad disciplinaria, a quien dará cuenta de la disposición adoptada, de modo inmediato

**Artículo diecinueve**

Tienen potestad para imponer sanciones al personal a sus órdenes:

1. El Ministro de Defensa.
2. El Jefe del Estado Mayor de la Defensa, los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, el Subsecretario de Defensa y el Director general de la Guardia Civil.
3. Los Oficiales Generales Jefes de la Región o Zona Militar, Zona Marítima y Región o Mando Aéreo, el Almirante Jefe de la Jurisdicción Central de Marina, el Comandante General de la Flota, los Comandantes de Mandos Unificados o Especificados y el Subdirector general de la Guardia Civil.
4. Los Oficiales Generales que ejerzan mando de Unidad o desempeñen Jefatura o Dirección de Organismos o Centro.
5. Los Jefes o Comandantes de Cuerpo o Unidad independiente, Ala, Flotilla, Escuadrilla, Buque o Unidad similar y los Directores o Jefes de Centro u Organismo.
6. Los Jefes de Batallón, Grupo, Escuadrón Aéreo o Unidad similar.
7. Los Jefes de Compañía o Unidad similar.
8. Los Jefes de Sección o Unidad similar.
9. Los Jefes de Pelotón o Unidad similar.

**Artículo veinte**

El Ministro de Defensa podrá imponer las sanciones de represión, arresto de uno a treinta días, arresto de un mes y un día a tres meses y pérdida de destino.

**Artículo veintiuno**

El Jefe del Estado Mayor de la Defensa, los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, el Subsecretario

de Defensa y el Director general de la Guardia Civil podrán imponer, en el ámbito de sus respectivas competencias, las sanciones de represión, arresto de uno a treinta días, arresto de un mes y un día a tres meses y pérdida de destino.

#### Artículo veintidós

Los Oficiales Generales Jefes de Región o Zona Militar, Zona Marítima o Región o Mando Aéreo, el Almirante Jefe de la Jurisdicción Central de Marina, el Comandante General de la Flota, los Comandantes de los Mandos Unificados o Especificados y el Subdirector general de la Guardia Civil, podrán sancionar a los Oficiales Generales, Oficiales y Suboficiales que estén a sus órdenes, con represión, arresto de uno a treinta días y arresto de un mes y un día a tres meses, y a las Clases de Tropa y Marinería, en igual caso, con represión, arresto de uno a treinta días y arresto de un mes y un día a tres meses.

#### Artículo veintitrés

Los Oficiales Generales no incluidos en el artículo anterior que ejerzan mando de Unidad o desempeñen la Jefatura o Dirección de Organismo o Centro podrán sancionar a los Oficiales Generales, Oficiales y Suboficiales que estén a sus órdenes, con represión y arresto de uno a treinta días, y a las Clases de Tropa y Marinería, en igual caso, con represión y arresto de uno a treinta días.

#### Artículo veinticuatro

Los Jefes o Comandantes de Cuerpo o Unidad independiente, Ala, Flotilla, Escuadrilla, Buque o Unidad similar y los Directores o Jefes de Centro u Organismo podrán sancionar a los Oficiales y Suboficiales que estén a sus órdenes, con represión y arresto hasta catorce días, y a las Clases de Tropa y Marinería, en igual caso, con represión, privación de salida hasta ocho días o de permisos hasta un mes y arresto hasta treinta días.

#### Artículo veinticinco

Los Jefes de Batallón, Grupo, Escuadrón Aéreo o Unidad similar podrán sancionar a los Oficiales y Suboficiales que estén a sus órdenes, con represión y arresto hasta ocho días, y a las Clases de Tropa y Marinería, en igual caso, con represión, privación de salida hasta ocho días o de permisos hasta un mes y arresto hasta catorce días.

#### Artículo veintiséis

Los Jefes de Compañía o Unidad similar podrán sancionar a los Suboficiales que estén a sus órdenes, con represión y arresto hasta ocho días, y a las Clases de Tropa y Marinería, en igual caso, con represión, privación de salida hasta ocho días o de permisos hasta un mes y arresto hasta catorce días.

**Artículo veintisiete**

Los Jefes de Sección o Unidad similar podrán sancionar a las Clases de Tropa y Marinería que estén a sus órdenes, con represión, privación de salida hasta cinco días o de permisos hasta quince días y arresto hasta ocho días.

**Artículo veintiocho**

Los Suboficiales, Jefes de Pelotón o Unidad similar podrán sancionar a las Clases de Tropa y Marinería que estén a sus órdenes, con represión y privación de salida hasta cinco días o de permisos hasta quince días.

**Artículo veintinueve**

Las faltas disciplinarias cometidas por Oficiales Generales, Oficiales y Suboficiales que se encuentren en situaciones militares de actividad o reserva en que no se ocupe destino serán sancionados por los Jefes de Región o Zona Militar, Zona Marítima, Región o Mando Aéreo o el Almirante Jefe de la Jurisdicción Central de Marina en cuyas demarcaciones se cometió la falta o, en su caso, por el Jefe del Estado Mayor del Ejército respectivo o Director general de la Guardia Civil. Igualmente dicha competencia podrá ser ejercida por el Ministro de Defensa.

**Artículo treinta**

Los Jefes o Comandantes de Cuerpo o Unidad independiente, Ala, Flotilla, Escuadrilla, Buque o Unidad similar podrán delegar facultades sancionadoras en los mandos subordinados que se encuentren al frente de las Unidades destacadas o aisladas.

**Artículo treinta y uno**

La facultad de sancionar a bordo de los buques de la Armada la ejercen sus Comandantes y las autoridades disciplinarias de quienes dependan.

No obstante, los Jefes, el Oficial de Guardia, los Comandantes de Brigada y Jefes de Sección o Servicio tendrán la obligación de corregir las infracciones que observen, de acuerdo con lo previsto en el artículo 18, dando cuenta al Comandante del Buque.

**Artículo treinta y dos**

La potestad disciplinaria sobre los miembros de los Cuerpos Jurídicos y de Intervención Militares, que ejerzan funciones judiciales o interventoras, sólo podrá ser ejercida por el Ministro de Defensa o por los Jefes de sus propios Cuerpos de los que dependan orgánicamente, sin perjuicio de lo que dispongan a estos efectos las leyes sobre organización de Tribunales Militares.

**Artículo treinta y tres**

Las sanciones prescribirán en los mismos plazos señalados en el artículo 17, contados a partir de la fecha de notificación de la imposición, siempre que el sancionado se encuentre a disposición de la Autoridad Militar.

**TITULO IV***Del procedimiento sancionador***CAPITULO PRIMERO***Normas generales***Artículo treinta y cuatro**

Todo militar que observe o tenga conocimiento de un hecho o conducta que constituya falta disciplinaria y tenga la competencia requerida para ello, impondrá la correspondiente sanción si se trata de falta leve, u ordenará la incoación del oportuno procedimiento por falta grave.

En otro caso, dará parte por conducto reglamentario a la Autoridad o Mando que sea competente para sancionar la falta u ordenar la instrucción del oportuno expediente disciplinario.

**Artículo treinta y cinco**

El parte contendrá un relato claro y escueto de los hechos, sus circunstancias, posible calificación y la identidad del presunto infractor. Estará firmado por quien lo emita, que deberá hacer constar los datos necesarios para su identificación.

**Artículo treinta y seis**

La Autoridad o Mando que tenga competencia para sancionar comunicará por escrito la resolución que haya adoptado al interesado, a quien dio parte, y, en su caso, a quien deba ordenar la anotación en la documentación del infractor.

**CAPITULO II***Procedimiento en faltas leves***Artículo treinta y siete**

La Autoridad o Mando que tenga competencia para sancionar una falta leve seguirá un procedimiento preferentemente oral, en el que verificará la exactitud de los hechos, oirá al presunto infractor, comprobará si los mismos están tipificados en alguno de los apartados del artículo 8 de esta Ley y, si procede, graduará e impondrá la sanción correspondiente, ateniéndose a las circunstancias concurrentes en el hecho y en el infractor.

**Artículo treinta y ocho**

La resolución adoptada, que será notificada por escrito al interesado, contendrá, en todo caso, un breve relato de los hechos, en el que se recogerán sumariamente las manifestaciones del infractor, se expresará la calificación

de la falta cometida, citándose el apartado del artículo 10 de esta Ley en el que está incluida la sanción impuesta, las circunstancias de su cumplimiento y los recursos que contra ella procedan, el plazo hábil para recurrir y la Autoridad ante quien deba interponerse.

La notificación por sanción impuesta a las Clases de Tropa y Marinería no profesionales podrá sustituirse por su publicación en el cuadro de Arrestos de la Unidad, que deberá reunir los requisitos del párrafo anterior.

### CAPITULO III

#### *Procedimiento en faltas graves*

##### Artículo treinta y nueve

El procedimiento para sancionar faltas graves se seguirá enteramente por escrito. Tendrán atribuciones para ordenar su incoación las Autoridades a que se refieren los artículos 20 al 22 de la presente Ley. La Autoridad que ordene la incoación designará para esclarecer los hechos a un Juez Instructor del Cuerpo Jurídico. En su defecto, designará a un Oficial con la formación adecuada, de los que de él dependan, para el cometido de Instructor, debiendo ser el designado, en este caso, de empleo superior o más antiguo que el más caracterizado de los infractores. De no reunir ninguno esta condición lo pondrá en conocimiento de la Autoridad superior de la que dependa, solicitando dicho nombramiento. Asimismo designará un Secretario que asistirá al Instructor.

El Instructor y el Secretario podrán ser recusados por las causas y en la forma prevista en la legislación procesal militar. La resolución de la recusación corresponderá a la Autoridad que hizo los nombramientos y contra ella no cabrá recurso alguno.

##### Artículo cuarenta

El procedimiento se iniciará con el acuerdo de la Autoridad competente para ordenarlo, al que se acompañará, en su caso, el parte recibido sobre los hechos.

Contendrá el procedimiento la ratificación del parte o denuncia que hubiere motivado la incoación, las pruebas que el Instructor haya practicado para el esclarecimiento de los hechos y determinación de las personas responsables, y, en todo caso, la audiencia del interesado.

A la vista de las actuaciones se formulará por el Instructor el correspondiente pliego de cargos, si hubiere lugar, en el que se hará constar los hechos que le sirven de fundamento, la calificación de los mismos conforme a esta Ley y la responsabilidad en que por ello pudiera incurrir el encartado.

El pliego de cargos se notificará al encartado con entrega de copia para que, en plazo que no exceda de cinco días, por escrito y con el asesoramiento que estime conveniente, lo conteste, limitándose al contenido del mismo, alegando cuanto considere procedente, pudiendo proponer las pruebas que estime convenientes a su defensa.

**Artículo cuarenta y uno**

Formuladas las alegaciones o transcurrido el plazo concedido para contestar al pliego de cargos que fue notificado, y una vez practicadas las pruebas que se estimen pertinentes, el Instructor elevará el procedimiento, cuando lo estime concluso, a la Autoridad que ordenó su incoación, con el informe o propuesta, motivada y fundada, que en méritos de lo actuado estime pertinente, solicitando la imposición de la sanción que a su juicio corresponda o la terminación sin responsabilidad.

El informe o propuesta será notificado por el Instructor al encartado, dándole vista del procedimiento, quien podrá formular respecto de ella las alegaciones que estime convenientes, en el plazo asimismo de cinco días, pudiendo contar en ésta, como en las demás actuaciones a que dé lugar el procedimiento, con el asesoramiento del Letrado o del militar que designe al efecto.

El plazo de instrucción del procedimiento no podrá exceder de tres meses.

**Artículo cuarenta y dos**

Recibido el procedimiento concluso con el informe o propuesta, la Autoridad que dispuso su incoación acordará, si tiene competencia para ello y previo informe no vinculante del Asesor Jurídico correspondiente, la imposición del correctivo que corresponda a la falta grave que estime cometida o, en su caso, la terminación del procedimiento sin responsabilidad que podrá decretarse sin perjuicio de corregir en el mismo acto la falta leve que del mismo resultara haberse cometido. Podrá asimismo, de estimarlo incompleto, devolverlo al Instructor para la práctica de determinadas diligencias o para corregir los defectos procesales que se hubieran cometido en su tramitación.

De carecer de la competencia necesaria para corregir la falta grave que resulte del procedimiento, lo cursará a la Autoridad competente, por conducto reglamentario, dando de ello noticia al encartado.

Si los hechos revistieran caracteres de infracción penal, cursará el procedimiento a la Autoridad judicial a quien corresponda ordenar las medidas que en derecho procedan.

**Artículo cuarenta y tres**

La resolución que recaiga imponiendo sanción por falta grave contendrá el relato conciso de los hechos que motivan la imposición de la sanción, la calificación de la falta grave que se corrige, con indicación del apartado del artículo 9 de esta Ley en que está incluida, las personas responsables de la misma y la sanción que se imponga, con las circunstancias de su cumplimiento. Si la sanción impuesta fuera la de pérdida de destino deberá concretarse la limitación establecida en el artículo 16, con mención de la unidad o demarcación territorial específica de los Ejércitos a la que pertenecía cuando fue sancionado.

La resolución será notificada íntegramente y por escrito al interesado, con expresa indicación de los recursos que contra la misma y conforme a esta Ley pueden interponerse, plazo hábil y Autoridad ante quien proceda.

La resolución dictada deberá fundarse únicamente en los hechos que hubieran sido notificados por el Instructor al interesado; en otro caso, la resolución podrá recurrirse de nulidad, por indefensión.

#### Artículo cuarenta y cuatro

Dentro de los quince días, contados desde la imposición de una sanción por falta leve, la Autoridad disciplinaria ordenará, si a su juicio los hechos sancionados pudieran ser constitutivos de una falta grave, la apertura del procedimiento previsto en el presente capítulo, o dará parte a la Autoridad competente para ello.

Si el sancionado hubiere interpuesto recurso contra la sanción por falta leve, éste se acumulará al nuevo procedimiento.

Este procedimiento deberá concluir, bien confirmando la sanción impuesta, bien dejándola sin efecto, bien apreciando la existencia de una falta grave, en cuyo caso se decretará la nulidad de la sanción anterior, imponiéndose la sanción disciplinaria que corresponda a la falta apreciada, y abonándose, si ello fuera posible, la sanción ya cumplida.

#### Artículo cuarenta y cinco

Cuando la naturaleza y circunstancias de la falta exijan una acción inmediata para mantener la disciplina, la Autoridad que tenga las atribuciones disciplinarias previstas en los artículos 20 al 22 de la presente Ley podrá ordenar el arresto preventivo del infractor, que le será de abono para el cumplimiento de la sanción que le pueda ser impuesta, no pudiendo, en ningún caso, permanecer en esa situación más de un mes.

### CAPITULO IV

#### *Cumplimiento de las sanciones*

#### Artículo cuarenta y seis

Las sanciones comenzarán a cumplirse el mismo día en que se notifique al infractor la resolución por la que se le imponen. En los arrestos de un mes y un día a tres meses, la Autoridad que los hubiere impuesto adoptará las medidas oportunas para el inmediato ingreso del sancionado en establecimiento disciplinario, siéndole de abono el tiempo de privación o restricción de libertad sufrido por los mismos hechos y el transcurrido desde el día de la notificación. Se exceptúa el caso en que, conforme al artículo 54, se hubiera acordado la suspensión del correctivo de privación de libertad, durante el tiempo de tramitación del recurso que se interponga.

#### Artículo cuarenta y siete

La imposición de alguno de los arrestos definidos en los artículos 14 y 15 de la presente Ley impedirá que los militares no profesionales pasen de la situación de servicio en filas a la de reserva hasta su cumplimiento.

Una vez cumplido el arresto, si la duración del mismo hubiera excedido el tiempo de servicio que al momento de su imposición le restare al sancionado, éste pasará a la situación de reserva.

#### Artículo cuarenta y ocho

Cuando concurran varias sanciones y no sea posible su cumplimiento simultáneo, se llevará a cabo en el orden en que fueron impuestas, excepto los arrestos, que se cumplirán con preferencia a las demás y entre ellos por orden de mayor a menor gravedad. Si la suma de los mismos excede de seis meses, no se cumplirá el tiempo que sobrepase dicho límite.

### CAPITULO V

#### *Recursos*

#### Artículo cuarenta y nueve

El militar al que se haya impuesto sanción disciplinaria podrá recurrir por escrito contra ella sin perjuicio de su cumplimiento.

Los recursos serán siempre motivados y en ningún caso podrán hacerse de forma colectiva.

#### Artículo cincuenta

El recurso se dirigirá por conducto reglamentario a la Autoridad o Mando superior al que impuso la sanción, teniendo en cuenta el escalonamiento jerárquico señalado en el artículo 19, y en su caso, lo previsto en el artículo 32. Podrá interponerse en un plazo que se iniciará el día siguiente al de notificación de la sanción y finalizará a los quince días de su cumplimiento cuando entrañe la restricción o privación de libertad, o de su notificación en los demás casos.

Cuando la sanción hubiera sido impuesta por el Ministro de Defensa, el recurso procedente será el de súplica que se podrá interponer ante dicha Autoridad en la forma y plazos señalados en el párrafo anterior.

#### Artículo cincuenta y uno

Contra la resolución por la que se impone sanción por falta leve, sólo cabrá el recurso establecido en el artículo anterior, excepto cuando la resolución del mismo haya correspondido a un Mando de rango inferior a Jefe o Comandante de Cuerpo o Unidad independiente, Ala, Flotilla, Escuadrilla, Buque o Unidad similar, que podrá interponerse, en su caso, un segundo recurso ante dicho Jefe o Comandante en el plazo de quince días a partir de la notificación de la resolución que se recurre, quien deberá resolver en el plazo máximo de un mes. Transcurrido dicho plazo sin resolución, el sancionado podrá acudir a la Autoridad superior que corresponda de las incluidas en el artículo 22.

Contra las resoluciones citadas en el párrafo anterior no cabrá recurso alguno.

**Artículo cincuenta y dos**

Contra la resolución por la que se impone sanción por falta grave podrá interponerse el recurso procedente regulado en el artículo 50. La resolución de dicho recurso pondrá fin a la vía administrativa y contra la misma podrá interponerse en el plazo de dos meses, recurso contencioso-disciplinario militar.

**Artículo cincuenta y tres**

La Autoridad ante la que se recurre comprobará si se ha respetado el procedimiento establecido, llevará a cabo las averiguaciones pertinentes y revisará o considerará los hechos, su calificación y la sanción impuesta, que podrá anular, disminuir o mantener. La resolución adoptada se notificará al recurrente y a la Autoridad que impuso la sanción.

**Artículo cincuenta y cuatro**

El sancionado podrá solicitar la suspensión de la sanción privativa de libertad por falta grave durante el tiempo de tramitación del recurso. La Autoridad ante quien se presente deberá resolver dicha petición en el plazo de cinco días debiendo denegarse si con ella se causa perjuicio a la disciplina militar.

**CAPITULO VI***Anotación y cancelación***Artículo cincuenta y cinco**

Todas las sanciones disciplinarias impuestas por faltas graves y las de arresto por faltas leves se anotarán en la documentación militar del sancionado. En la nota estampada figurará además, la expresión clara y concreta de los hechos y su calificación.

**Artículo cincuenta y seis**

Las notas desfavorables a que hace referencia el artículo anterior serán canceladas a instancia del interesado una vez transcurrido el plazo de dos años, cuando se trate de falta leve, y de cuatro años si es falta grave.

Dichos plazos se contarán desde que se cumplió la sanción, siempre que durante ese tiempo no le haya sido impuesta ninguna pena o sanción disciplinaria.

**Artículo cincuenta y siete**

Reglamentariamente se determinará el procedimiento para las cancelaciones previstas en el artículo anterior. Si no se produjera la cancelación debida, podrá recurrirse en la forma que se determine por vía reglamentaria.

**Artículo cincuenta y ocho**

Acordada la cancelación, se procederá a eliminar de la documentación del interesado la sanción anotada por falta leve, redactándose de nuevo sin ninguna mención o referencia a la falta cometida ni a la sanción impuesta.

La cancelación de una nueva anotación de sanción por falta grave, producirá el efecto de anular la inscripción sin que pueda certificarse de ella, salvo cuando lo soliciten las Autoridades competentes para ello, y a los exclusivos efectos de las clasificaciones reglamentarias.

**TITULO V***Del expediente gubernativo***CAPITULO PRIMERO***Sanciones disciplinarias extraordinarias y sus causas***Artículo cincuenta y nueve**

Mediante la incoación de expediente gubernativo se podrán imponer sanciones disciplinarias extraordinarias a los militares profesionales. Procederá la incoación de expediente gubernativo por cualquiera de las causas siguientes:

1. Acumular en el expediente personal informes o notas desfavorables que desmerezcan su cualificación o aptitud profesional.
2. Observar mala conducta habitual e incorregible.
3. Observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad militar, que no constituyan delito.
4. Haber demostrado con reiteración pública y manifiestamente una aptitud contraria a la Constitución o a Su Majestad el Rey.

**Artículo sesenta**

También procederá la incoación del oportuno expediente gubernativo, al militar profesional que hubiese sido condenado por los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria por un delito cometido con dolo que lleve aparejada la privación de libertad o cuando la condena fuera superior a un año de prisión, si hubiese sido cometido por imprudencia.

**Artículo sesenta y uno**

Son sanciones disciplinarias extraordinarias:

- La pérdida de puestos en el escalafón.
- La suspensión de empleo.
- La separación del servicio.

**Artículo sesenta y dos**

La pérdida de puestos en el escalafón supondrá para el sancionado el retraso en el orden de escalafonamiento, dentro su empleo, del número de puestos que se determine en la resolución del expediente, que no podrá ser superior a un quinto del número de los componenes de su escala y empleo.

**Artículo sesenta y tres**

La suspensión de empleo privará de todas las funciones propias del mismo por un período mínimo de un mes y máximo de un año, salvo en el caso previsto en el artículo 74.

También producirá el efecto de quedar inmovilizado en su empleo en el puesto que ocupe y no será de abono para el servicio

Concluida la suspensión finalizará la inmovilización en el empleo, y la pérdida de puestos será definitiva.

**Artículo sesenta y cuatro**

La separación del servicio supondrá para el sancionado quedar fuera de los Ejércitos, sin poder volver a ingresar en ellos voluntariamente, y perder los derechos militares adquiridos, excepto el empleo y los derechos pasivos que hubiese consolidado.

**CAPITULO II***Prescripción***Artículo sesenta y cinco**

La posibilidad de imponer las sanciones disciplinarias de carácter extraordinario prescribirá a los dos años de haberse producido la causa o causas que pudieran motivarlas.

Esta prescripción se interrumpirá desde que el procedimiento sancionador se dirija contra el presunto responsable, volviendo a correr el tiempo, de no haberse concluido en el plazo de instrucción señalado en el artículo 72 de esta Ley.

Las sanciones disciplinarias de carácter extraordinario impuestas prescribirán a los cuatro años, a contar desde la fecha en que se impusieron definitivamente.

**CAPITULO III***Competencia sancionadora***Artículo sesenta y seis**

Las sanciones disciplinarias extraordinarias sólo pueden ser impuestas por el Ministro de Defensa.

**CAPITULO IV***Procedimiento***Artículo sesenta y siete**

El expediente gubernativo se iniciará por orden de las Autoridades incluidas en los artículos 20 al 22, ya obren por propia iniciativa, a propuesta de las

Autoridades o Mandos militares que les estén subordinados, o de oficio al recibir la notificación de los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 60.

#### Artículo sesenta y ocho

La Autoridad que ordene su iniciación nombrará un Juez Instructor, que deberá pertenecer al Cuerpo Jurídico, y un Secretario, determinando los hechos que deben ser esclarecidos.

El Instructor y el Secretario podrán ser recusados por las causas y en la forma prevista en la legislación procesal militar. La resolución de la recusación corresponderá a la Autoridad que hizo los nombramientos y contra ella no cabrá recurso alguno.

#### Artículo sesenta y nueve

El procedimiento se iniciará con la orden de proceder de la Autoridad, proseguirá con las declaraciones necesarias para el esclarecimiento de los hechos, con la audiencia al interesado y con la práctica de las pruebas que el Instructor estime necesarias. Este formulará dentro de los diez días siguientes un pliego de cargos, que será dado a conocer al encartado a fin de que, en el plazo de diez días, formule el pliego de descargo y proponga las pruebas que a su derecho convengan.

Posteriormente, se practicarán las nuevas pruebas que el Instructor, de oficio o a propuesta del expedientado, considere convenientes al esclarecimiento de los hechos.

#### Artículo setenta

El Instructor cuidará de reclamar con urgencia la documentación militar del interesado, sus cinco últimas conceptuaciones anuales y cuantos datos puedan servir de antecedentes, aunque sean de carácter reservado.

#### Artículo setenta y uno

En el expediente gubernativo será preceptivo tomar declaración sobre los extremos comprendidos en la orden de proceder al Jefe o Comandante del Cuerpo o Unidad independiente, Ala, Flotilla, Escuadrilla, Buque o Unidad similar o al Director o Jefe de Centro u Organismo del encartado.

Si el expedientado no tuviese destino, los Jefes llamados a informar serán los últimos a cuyas órdenes hubiese servido, agregando, en cuanto a su conducta, lo que conste a la Autoridad militar del lugar de residencia del interesado.

#### Artículo setenta y dos

Finalizadas las pruebas, el Instructor redactará su escrito de conclusiones, que, unido al expediente, será puesto de manifiesto al encartado durante un plazo de diez días, a fin de que formule, en su caso, las alegaciones que estime oportunas a su defensa.

Transcurrido dicho plazo, el Instructor dará por terminado el expediente y con su razonado informe lo elevará al Ministro de Defensa, quien resolverá oído el Consejo Superior del Ejército al que pertenezca el expedientado y previo informe de la Asesoría Jurídica General. El plazo de instrucción del expediente no podrá ser superior a seis meses.

#### Artículo setenta y tres

Si el procedimiento se hubiese iniciado por la notificación de los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria de la condena impuesta al expedientado, el Instructor dará traslado de la misma al interesado, quien, en el plazo de diez días, formulará las alegaciones y propondrá las pruebas que estime oportunas.

El Instructor no admitirá otra prueba que aquella que pretenda demostrar la falsedad o inexistencia de la sentencia notificada o la falta de firmeza de la misma. Una vez practicadas las pruebas se dará de nuevo audiencia al interesado para que pueda pronunciarse sobre el expediente completo. Terminado el expediente, el Instructor lo elevará con su informe al Ministro de Defensa, que resolverá el mismo, previo informe de la Asesoría Jurídica General. El plazo de instrucción del expediente no podrá ser superior a seis meses.

#### Artículo setenta y cuatro

En el supuesto del artículo anterior, al expedientado se le impondrá la sanción de separación del servicio, si la condena de los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria le hubiese sido impuesta por un delito de rebelión o cuando la pena de privación de libertad exceda de seis años.

También podrá imponerse la separación del servicio si hubiese sido condenado por delitos contra la honestidad, de robo, hurto, estafa, apropiación indebida, malversación de caudales o efectos públicos, o cuando la pena de privación de libertad o inhabilitación exceda de tres años por cualquier otro delito doloso. En el supuesto de que no se le imponga la separación del servicio, el expedientado será sancionado con la suspensión de empleo durante el tiempo de la condena.

#### Artículo setenta y cinco

El encartado podrá contar con el asesoramiento del Letrado o del militar que designe al efecto, que podrá asistirle en las actuaciones a que dé lugar el expediente.

**CAPITULO V***Recursos***Artículo setenta y seis**

Contra las sanciones se podrá interponer recurso de reposición ante el Ministro de Defensa. Contra su resolución podrá interponerse en el plazo de dos meses recurso contencioso-disciplinario militar.

**Artículo setenta y siete**

Las sanciones disciplinarias extraordinarias se anotarán en la documentación militar personal del encartado, con arreglo a las disposiciones administrativas en vigor.

Las notas desfavorables serán canceladas una vez transcurrido el plazo de seis años, y de conformidad con el procedimiento establecido para las faltas graves en los artículos 55 a 58 de la presente Ley.

**DISPOSICIONES TRANSITORIAS**

Prmera.—En tanto no se aprueben las correspondientes leyes procesales y de organización de Tribunales militares, el recurso contencioso-disciplinario militar al que hacen referencia los artículos 52 y 76 de la presente Ley se interpondrá ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional cuando las sanciones hayan sido impuestas o revisadas por el Ministro de Defensa y ante la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar en los demás casos.

Segunda.—Los preceptos de esta Ley Orgánica se aplicarán a las infracciones que se cometan a partir de su entrada en vigor, salvo que sus disposiciones sean más favorables al sancionado, en cuyo caso se aplicará la presente Ley Orgánica, previa audiencia del mismo.

**DISPOSICIONES ADICIONALES**

Prmera.—Los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria pondrán en conocimiento del Ministerio de Defensa toda resolución que ponga fin a los procesos penales que afecten a personal sometido a la presente Ley.

Segunda.—El recurso regulado en el artículo 201 de la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, no podrá ser

utilizado para las reclamaciones que tengan su origen en esta Ley, que deberán ajustarse a lo preceptuado en la misma.

Tercera.—El Ministerio de Defensa, en plazo no superior a un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley Orgánica, aprobará los Reglamentos disciplinarios específicos de las Academias y Escuelas a los que hace referencia el artículo 3 de esta Ley.

Cuarta.—La Ley de Procedimiento Administrativo y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa serán de aplicación subsidiaria en todas las cuestiones de procedimiento y de recurso no previstas en esta Ley.

#### DISPOSICION FINAL

La presente Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas entrará en vigor el 1 de junio de 1986.

#### DISPOSICION DEROGATORIA

Quedan derogados el tratado II del Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, en todo lo que se refiere a las faltas militares; el título XXIV, los capítulos primero y segundo del título XXV y el título XXVI del tratado III del mismo Código; los apartados 1 y 2 del artículo 7 del Real Decreto-ley 10/1977 de 8 de febrero, por el que se regula el ejercicio de actividades políticas y sindicales por parte de las Fuerzas Armadas; la disposición adicional de la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar, así como cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Ley Orgánica.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Palacio de la Zarzuela, Madrid a 27 de noviembre de 1985.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,  
FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

*LEY 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva («B.O.E» número 73 de 26 de marzo de 1985).*

JUAN CARLOS I  
REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieran y entendieren,  
Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar  
la siguiente Ley:

#### PREAMBULO

El régimen de la extradición pasiva, especialmente en cuanto al procedimiento que ha de seguirse para su concesión, ha venido regulado por Ley de 26 de diciembre de 1958.

En el relativamente escaso tiempo de su vigencia, tal régimen ha evidenciado su inadecuación, tanto en su aspecto interno como internacional.

En el primero, la Constitución española extrema las garantías y formalidades a seguir para el respeto de derecho tan fundamental como la libertad de las personas, que por su propia esencia, en todo caso, queda bajo el control de la Autoridad judicial, y, lógicamente, también cuando el reclamado de extradición ha de ser privado de aquélla como medida precautoria que garantice la entrega al país reclamante, si tal extradición fuera acordada.

Por otra parte, la ratificación por España de varios Convenios europeos sobre la materia —Represión del Terrorismo, en 9 de mayo de 1980; el de Asistencia Judicial en Materia Penal, en 14 de julio de 1982, y, especialmente, el de Extradición, de 21 de abril de 1982— hace indispensable una revisión a fondo de nuestra Ley interna para suprimir obsoletos criterios y recoger aquellos otros que la técnica internacional ha perfeccionado a través del tiempo hasta ser aceptados por la generalidad de los países.

La presente Ley mantiene el mismo sistema y principio cardinal de la anterior, en cuanto que la extradición, como acto de soberanía en relación con otros Estados, es función del Poder Ejecutivo, bajo el imperio de la Constitución y de la Ley, sin perjuicio de su aspecto técnico penal y procesal que han de resolver los Tribunales en cada caso con la intervención del Ministerio Fiscal.

Por lo demás, las novedades más sustanciales que la Ley contiene son las siguientes:

Primera.—En materia tan fundamental como la prisión preventiva se sigue íntegramente el criterio constitucional de dar intervención al Juez desde un principio, suprimiendo, en consecuencia, el régimen antiguo que permitía la detención sin intervención judicial, hasta la resolución del expediente en vía gubernativa. Su duración se acomoda al criterio de los nuevos Convenios europeos, no sólo por unificar criterios sobre la materia, sino porque, al

propio tiempo, se suprinen plazos intermedios que podían inducir, y con frecuencia han inducido, a confusión.

El plazo de prisión preventiva para casos de urgencia se fija en cuarenta días, tiempo ya consagrado en reciente práctica judicial y que se estima suficiente para que el Estado reclamante curse la demanda de extradición, habida cuenta que ésta debe formularse en base a la misma sentencia condenatoria o auto de prisión que justifica aquella medida provisional.

A este plazo sigue otro de cuarenta días, a partir de la presentación formal de la demanda, lo que supone un total máximo de ochenta días, que, unido al tiempo que exija la tramitación en fase puramente judicial, no debe sobrepasar, en ningún caso, por respeto al principio de presunción de inocencia y al derecho fundamental a la libertad que a toda persona alcanza los límites máximos señalados en nuestro derecho para la prisión provisional.

Tampoco contiene esta Ley previsiones que puedan limitar el arbitrio judicial o contradecir el régimen general instaurado por Ley orgánica 7/1983, de 23 de abril, sobre esta materia en desarrollo de preceptos constitucionales.

Segunda.—En cuanto a los hechos que puedan dar lugar a la extradición, se sigue el sistema de identidad normativa o doble incriminación junto al de apertura en los tipos. Basta, pues, que la infracción esté tipificada en la legislación de ambos países, sin que, en consecuencia, deba estar incluida en la lista cerrada; sistema éste olvidado en la actualidad, aunque continúe imperando en viejos Convenios bilaterales del pasado siglo.

Novedad importante en esta materia es la fijación de un límite mínimo a la gravedad del hecho, determinada por la pena aplicable —un año— o aplicada en sentencia condenatoria —cuatro meses—. Se sigue así la orientación marcada por el Convenio europeo; ya que éste comprende, además de las penas, las medidas de seguridad privativas de libertad de la misma duración.

Tercera.—Como excepciones a la extradición, se mantiene la de los nacionales y los supuestos que sean de la competencia de nuestros Tribunales, uno y otros por razón de soberanía, lo que no implica impunidad, ya que en ambos supuestos, se invitará al país reclamante a que remita las actuaciones seguidas para que los presuntos culpables puedan ser juzgados en España.

Por lo demás, se mantienen también otras excepciones, delitos militares, de prensa, privados con algunas limitaciones, etc. Pero se silencian otros casos como faltas o contravenciones administrativas, cuya cita era innecesaria.

En todo caso y por la misma razón de no existir Tratado vinculante, se declara siempre potestativa la concesión de la extradición, artículo segundo, con la que España, a la vista de las circunstancias concurrentes, podrá decidir con libertad cada demanda de extradición.

Cuarta.—Se establece la facultad del Gobierno de no proceder a la extradición, aun habiéndola considerado procedente el Tribunal en base al principio de reciprocidad, soberanía, seguridad, orden público y demás intereses de España. Con ello se siguen los sistemas francés e italiano en los que la decisión favorable a la extradición no es obligatoria, si bien se

precisan los criterios de esta última decisión del Gobierno tal y como establece la legislación suiza.

Ello es lógico, y en ningún caso implicará incumplimiento de resoluciones judiciales, habida cuenta del distinto campo y finalidad en que actúan y persiguen los Tribunales y el Gobierno; técnico y sobre todo tutelar del derecho a la libertad los primeros y políticos esencialmente el segundo. Otra cosa sería que, denegada la extradición por el Tribunal, pudiera el Gobierno decretar la entrega.

Quinta.—Se mantienen las dos fases del procedimiento extradicional, incluso los trámites para casos de urgencia, debidamente acomodados a las facultades judiciales para acordar la prisión preventiva. No obstante, y en atención a precedentes que así lo aconsejan, se admite el recurso de súplica contra los autos del propio Tribunal, que, con el de reforma ya admitido en la Ley hasta ahora vigente, permiten posibles correcciones, antes vedadas en esta segunda parte del procedimiento judicial, que pudieran resultar aconsejables ante circunstancias concretas puestas de manifiesto por los propios interesados o el Ministerio Fiscal.

Sexta.—Otras adaptaciones afectan especialmente a la extradición en tránsito que, por circunstancias no muy comprensibles, ha sido objeto de reserva por parte de España al ratificar el Convenio Europeo y Extradición, y que, en consecuencia, sólo se concederá a los países que lo han ratificado, en las mismas condiciones que la extradición ordinaria, marginando así el procedimiento más racional, ágil y aconsejable que admite el propio Convenio. No parece que deban concederse a los demás países beneficios o ventajas que por esta reserva se niegan a los que han ratificado el Convenio europeo y, en régimen de reciprocidad, al propio Estado español. Únicamente se admite el supuesto excepcional.

Séptima.—Quizá también, como novedad digna de mención, debe citarse el procedimiento consignado para la ampliación de extradición como complemento indispensable del principio de especialidad, que permitirá otorgar autorización para proceder por hechos anteriores y distintos a los que motivaron la entrega. Se recoge así el criterio del Convenio europeo, el seguido con otros países y, en definitiva, el que resulta aconsejable para evitar situaciones anteriores de impunidad por delitos, incluso más graves y rechazables en el concierto social, que el que motivó la extradición concedida.

Octava.—Por lo demás, se ha suprimido la autorización que la anterior Ley concedía al Gobierno para «convenir reciprocidad en materia de extradición», por estimar que tal autorización podría vulnerar el artículo 94 de la Constitución, que, para los supuestos que contempla en su apartado c), requiere previa autorización de las Cortes Generales, autorización que debe entenderse para cada «Convenio», cuyo contenido ha de someterse previamente al Parlamento. Lo que no excluye la aplicación del principio de reciprocidad en cada caso concreto, según el artículo 1.º, autorizado por el artículo 13.3, de la misma Constitución, incluso existiendo tantos Tratados como Leyes de Extradición.

Novena.—También se han suprimido las referencias al grado de participación (autores, cómplices y encubridores) o al de ejecución del delito (intentado, frustrado y consumado), por anticuadas e innecesarias. El Convenio europeo tampoco las recoge. Bastará, en consecuencia, que al reclamado le corresponda una de las penas que pueden motivar la extradición para que, con o sin aquellas indicaciones, pueda acordarse su entrega.

Por último, se trata de una Ley que, si bien se inspira en el Convenio europeo, tal vez el más perfecto, no supone necesariamente una ejecución, cumplimiento o desarrollo del mismo ni de ningún otro. De no existir Convenio o no habiéndolo ratificado España, la Ley seguiría siendo necesaria. Así, pues, no se considera preceptiva la consulta al Consejo de Estado que prevé el artículo 21.2, de su Ley orgánica reguladora.

### Artículo primero

Las condiciones, los procedimientos y los efectos de la extradición pasiva se regirán por la presente Ley, excepto en lo expresamente previsto en los Tratados en los que España sea parte.

En todo caso, la extradición sólo se concederá atendiendo al principio de reciprocidad. El Gobierno podrá exigir una garantía de reciprocidad al Estado requirente.

### Artículo segundo

Se podrá conceder la extradición por aquellos hechos para los que las Leyes españolas y las de la parte requirente señalen una pena o medida de seguridad cuya duración no sea inferior a un año de privación de libertad en su grado máximo o a una pena más grave; o cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad por hechos también tipificados en la legislación española.

Cuando la solicitud se refiera a varios hechos y sólo concurran en algunos de ellos los requisitos del párrafo anterior sobre duración de las penas o medidas de seguridad, el acuerdo de extradición podrá extenderse también a los que tengan señalada penalidad inferior.

Si la solicitud de extradición se basa en sentencia dictada en rebeldía del reclamado, en la que éste haya sido condenado a pena que, con arreglo a la legislación española, no puede ser impuesta a quien no haya estado presente en el juicio oral, se concederá la extradición condicionándola a que la representación diplomática en España del país requirente, en el plazo que se le exija, ofrezca garantías suficientes de que el reclamado será sometido a nuevo juicio en el que deberá estar presente y debidamente defendido.

### Artículo tercero

1. No se concederá la extradición de españoles, ni de los extranjeros por delitos de que corresponda conocer a los Tribunales españoles, según el Ordenamiento nacional. La cualidad de nacional será apreciada por el

Tribunal competente para conocer de la extradición en el momento de la decisión sobre la misma, con arreglo a los preceptos correspondientes del Ordenamiento jurídico español, y siempre que no fuera adquirida con el fraudulento propósito de hacer imposible la extradición.

2. Cuando proceda denegar la extradición por el motivo previsto en el apartado anterior, si el Estado en que se hayan ejecutado los hechos así lo pidiere el Gobierno español dará cuenta del hecho que motivó la demanda al Ministerio Fiscal a fin de que se proceda judicialmente, en su caso, contra el reclamado. Si así se acordare, solicitará del Estado requirente que remita las actuaciones practicadas o copia de las mismas para continuar el procedimiento penal en España.

3. Cuando el delito se hubiere cometido fuera del territorio del país que solicite la extradición, ésta podrá ser denegada si la legislación española no autorizare la persecución de un delito del mismo género cometido fuera de España.

#### Artículo cuarto

No se concederá la extradición en los casos siguientes:

1.º Cuando se trate de delitos de carácter político, no considerándose como tales los actos de terrorismo; los crímenes contra la Humanidad previstos por el Convenio para la prevención y penalización del crimen de genocidio adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ni el atentado contra la vida de un Jefe de Estado o de un miembro de su familia.

2.º Cuando se trate de delitos militares tipificados por la legislación española y sin perjuicio de lo establecido al respecto en los Convenios internacionales suscritos y ratificados por España; de los cometidos a través de los medios de comunicación social en el ejercicio de la libertad de expresión, y de los que sólo son perseguibles a instancia de parte, con excepción de los delitos de violación, estupro, rapto y abusos deshonestos.

3.º Cuando la persona reclamada deba ser juzgada por un Tribunal de excepción.

4.º Cuando se haya extinguido la responsabilidad criminal conforme a la legislación española o la del Estado requirente.

5.º Cuando la persona reclamada haya sido juzgada o lo esté siendo en España por los mismos hechos que sirvan de base a la solicitud de extradición. Podrá no obstante, accederse a ésta cuando se hubiere decidido no entablar persecución o poner fin al procedimiento pendiente por los referidos hechos y no haya tenido lugar por sobreseimiento libre o cualquier otra resolución que deba producir el efecto de cosa juzgada.

6.º Cuando el Estado requirente no diera la garantía de que la persona reclamada de extradición no será ejecutada o que no será sometida a penas que atenten a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes.

7.º Cuando el Estado requirente no hubiera dado las garantías exigidas en el párrafo 3.º del artículo segundo.

8.º Cuando a la persona reclamada le hubiere sido reconocida la condición de asilado. El no reconocimiento de la condición de asilado, cualquiera que sea su causa, no impedirá la denegación de la extradición por cualquiera de las causas previstas en esta Ley.

#### Artículo quinto

Asimismo podrá denegarse la extradición.

1.º Si se tuvieran razones fundadas para creer que la solicitud de extradición, motivada por un delito de naturaleza común, se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corre el riesgo de verse agravada por tales consideraciones.

2.º Cuando la persona reclamada sea menor de dieciocho años en el momento de la demanda de extradición y teniendo residencia habitual en España, se considere que la extradición puede impedir su reinserción social, sin perjuicio de adoptar, de acuerdo con las autoridades del Estado requirente, las medidas más apropiadas.

#### Artículo sexto

Si la resolución firme del Tribunal denegare la extradición, dicha resolución será definitiva y no podrá concederse aquélla.

La resolución del Tribunal declarando procedente la extradición no será vinculante para el Gobierno, que podrá denegarla en el ejercicio de la soberanía nacional, atendiendo al principio de reciprocidad o a razones de seguridad, orden público o demás intereses esenciales para España.

Contra lo acordado por el Gobierno no cabrá recurso alguno.

#### Artículo séptimo

1. La solicitud de extradición se formulará por vía diplomática, o directamente por escrito del Ministro de Justicia de la parte requirente al Ministro de Justicia español, debiendo acompañarse:

a) La sentencia condenatoria o el auto de procesamiento y prisión o resolución análoga según la legislación del país requirente con expresión sumaria de los hechos y lugar y fecha en que fueron realizados.

b) Cuantos datos sean conocidos sobre la identidad, nacionalidad y residencia del sujeto reclamado y, a ser posible, su fotografía y huellas dactilares.

c) Copia de los textos legales con expresión de la pena aplicable.

d) Si el hecho estuviere castigado con alguna de las penas a que se refiere el número 6.º del artículo 4.º, el Estado requirente dará seguridades, suficientes a juicio del Gobierno español, de que tales penas no serán ejecutadas.

2. Los referidos documentos, originales o en copia auténtica, se acompañarán de una traducción oficial al español.

**Artículo octavo**

1. En caso de urgencia podrá ser interesada la detención como medida preventiva, si bien deberá hacerse constar expresamente en la solicitud que ésta responde a una sentencia condenatoria o mandamiento de detención firmes con expresión de la fecha y hechos que lo motiven, tiempo y lugar de la comisión de éstos y filiación de la persona cuya detención se interesa, con ofrecimiento de presentar seguidamente demanda de extradición.

2. La solicitud de detención preventiva se remitirá por vía postal, telegáfica o cualquier otro medio que deje constancia escrita, bien por vía diplomática, bien directamente al Ministerio de Justicia, bien por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal, y si en ella constaren todas las circunstancias necesarias, se procederá a la detención del reclamado, poniéndolo a disposición del Juzgado Central de Instrucción de guardia en plazo no superior a veinticuatro horas para que, si lo estima procedente, decrete la prisión provisional, que dejará sin efecto si transcurridos cuarenta días el país requirente no hubiere presentado en forma la solicitud de extradición.

3. El Juez podrá, en cualquier momento y en atención a las circunstancias del caso, acordar la libertad del detenido, adoptando alguna o algunas de las medidas siguientes para evitar su fuga: vigilancia a domicilio, orden de no ausentarse de un lugar determinado sin la autorización del Juez, orden de presentarse periódicamente ante la autoridad designada por el Juez, retirada de pasaporte y prestación de una fianza. El incumplimiento de estas medidas dará lugar a la prisión provisional dentro del plazo establecido en el apartado anterior.

La puesta en libertad, con o sin medidas alternativas de la prisión provisional, no será obstáculo para una nueva detención ni para la extradición, si la solicitud de ésta llegara después de la expiración del plazo mencionado en el apartado anterior.

4. En todo caso, se informará al país reclamante de las resoluciones adoptadas, especialmente y con la urgencia posible, de la detención y del plazo dentro del cual deberá presentarse la demanda de extradición.

**Artículo noveno**

1. Cuando la solicitud se hubiera formulado por vía diplomática, el Ministerio de Asuntos Exteriores remitirá al de Justicia la solicitud de extradición con expresión de la fecha en que se hubiere recibido.

2. El Ministerio de Justicia, atendidas las circunstancias de la solicitud y cuando el reclamado no estuviera ya detenido preventivamente, podrá interesar del Ministerio del Interior que proceda a la detención de la persona reclamada y la ponga a disposición del Juzgado Central de Instrucción de guardia, y remitirá a este Juez información bastante acerca de la demanda de extradición.

Puesto a disposición judicial el reclamado y a la vista de la información recibida, el Juez podrá acordar la prisión provisional del detenido.

3. El Ministerio de Justicia, en un plazo máximo de ocho días, computados desde el siguiente al de la recepción de la solicitud, o en su caso,

de los justificantes, aclaraciones o traducciones por él reclamados, elevará al Gobierno propuesta motivada sobre si ha lugar o no a continuar en vía judicial del procedimiento de extradición en base a los artículos 2.º a 5.º de esta Ley.

4. El Gobierno adoptará su decisión dentro del plazo de quince días, contados desde la elevación de la propuesta por el Ministerio de Justicia. Transcurrido este plazo sin que el Gobierno haya adoptado resolución, el Ministerio de Justicia lo hará en su nombre, dentro de los tres días siguientes a la expiración del mismo, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 5 de este artículo.

5. Cuando el acuerdo fuere denegatorio se pondrá en conocimiento del Estado requirente. Si el reclamado estuviere en prisión, se notificará al Juez que la hubiere decretado para que acuerde su libertad.

#### Artículo diez

Cuando el procedimiento se inicie, por petición urgente de detención preventiva, conforme al artículo 8.º, uno y dos, la prisión preventiva se dejará sin efecto si transcurridos cuarenta días el Estado requirente no hubiere presentado en forma la solicitud de extradición por vía diplomática ante el Ministerio de Asuntos Exteriores o directamente ante el Ministerio de Justicia españoles. Si se hubiese presentado dentro de dicho plazo de cuarenta días, éste se ampliará a cuarenta días más, para dar tiempo a que el Ministerio de Justicia y el Gobierno españoles puedan cumplir lo establecido en el artículo anterior, números tres y cuatro.

Si el procedimiento se inicia por la recepción de la solicitud de extradición por vía diplomática ante el Ministerio de Asuntos Exteriores o directamente ante el Ministerio de Justicia españoles, el Juez central de Instrucción competente dejará sin efecto la prisión provisional del reclamado que hubiese decretado, si no recibe dentro del plazo de cuarenta días el acuerdo gubernativo de continuación de la vía judicial del procedimiento de extradición.

El límite máximo de la prisión provisional del reclamado y los derechos que corresponden al detenido por causa de extradición se regirán en lo no previsto por esta Ley, por los preceptos correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

#### Artículo once

Si el Gobierno acordare la continuación del procedimiento en vía judicial remitirá el expediente al Juzgado Central de Instrucción, y si el reclamado no estuviere en prisión, el Ministerio de Justicia oficiará también al Ministerio del Interior para que se practique la detención, se redacte el oportuno atestado y en el plazo de veinticuatro horas siguientes se ponga al detenido, con los documentos, efectos o dinero que le hubieren sido ocupados, a disposición de la misma autoridad judicial.

**Artículo doce**

1. Acordada la continuación del procedimiento en vía judicial, el Juez, a cuya disposición estuviere el reclamado, ordenará la inmediata comparecencia de éste, quien deberá hacerlo asistido de Abogado y, en su caso, de intérprete. Se citará siempre al Ministerio Fiscal.

2. Identificado el detenido, el Juez le invitará a que manifieste, con expresión de sus razones, si consiente en la extradición o intenta oponerse a ella; si consintiera y no se suscitaran obstáculos legales que a ello se opongan, el Juez podrá acceder, desde luego, a la demanda de extradición. En otro caso adoptará la resolución que proceda, bien ordenando la libertad del detenido o bien elevando su detención a prisión, si antes no hubiera decretado ésta, con o sin fianza u otras medidas previstas en el apartado 3 del artículo 8.º, a resultas del procedimiento subsiguiente, a cuyo fin acordará elevar lo actuado a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

3. Las resoluciones anteriores adoptarán la forma de auto, que se dictará dentro de las veinticuatro horas siguientes a la comparecencia y del que se dará traslado inmediato al Ministerio de Justicia. Contra este auto sólo procederá el recurso de reforma por los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4. El Juez, de oficio, a instancia del Fiscal o del reclamado, podrá acordar que se complete la información aportada con los datos necesarios referentes a la identidad del reclamado y a los supuestos de hecho y de derecho justificativos de la solicitud de extradición, pudiendo señalar un plazo que en ningún caso excederá de treinta días. Las resoluciones del Juez, en esta materia, serán recurribles conforme a lo establecido en el apartado anterior.

**Artículo trece**

1. Recibido el expediente, el Tribunal lo pondrá de manifiesto en Secretaría al Fiscal y al Abogado defensor por plazo sucesivo de tres días, y podrá reclamar, a petición de cualquiera de ambos o de oficio, los antecedentes que juzgue convenientes en relación con el artículo siguiente, sin que contra la resolución del Tribunal sobre este extremo quepa recurso alguno.

2. Si el reclamado de extradición no tuviera defensor se le nombrará de oficio antes de ponerle de manifiesto el expediente.

**Artículo catorce**

1. Dentro de los quince días siguientes al período de instrucción, se señalará la vista que tendrá lugar con intervención del Fiscal, del reclamado de extradición asistido, si fuera necesario, de intérprete, y del Abogado defensor. En la vista podrá intervenir, y a tal efecto será citado el representante del Estado requirente cuando así lo hubiere solicitado y el Tribunal lo acuerde atendido el principio de reciprocidad, a cuyo fin reclamará, en su caso, la garantía necesaria a través del Ministerio de Justicia.

2. El reclamado prestará declaración durante la vista, pero solamente se admitirá y prácticará la prueba que verse sobre extremos relacionados con las condiciones exigidas por el Tratado aplicable o por esta Ley.

#### Artículo quince

1. El Tribunal resolverá, por auto motivado, en el plazo improrrogable de los tres días siguientes a la vista, sobre la procedencia de la extradición, y, al propio tiempo, sobre si ha lugar a la entrega al Estado requirente de los valores, objetos o dinero que hubiesen sido ocupados al reclamado.

2. Contra este auto sólo cabrá recurso de súplica, que deberá ser resuelto por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y sin que pueda ser designado ponente ninguno de los Magistrados que dictaren el auto suplicado.

#### Artículo dieciséis

Si la extradición hubiere sido solicitada por varios Estados, bien por el mismo hecho o por hechos diferentes, se decidirá sobre aquélla por el Gobierno y en su caso la entrega del reclamado, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes y, especialmente, la existencia o no de Tratado, la gravedad relativa y lugar de la comisión del delito, fechas de las respectivas solicitudes, nacionalidad de la persona reclamada y posibilidad de una ulterior extradición a otro Estado.

#### Artículo diecisiete

Cuando sea firme la resolución denegatoria de la extradición, el Tribunal, sin dilación, librará testimonio de la misma al Ministerio de Justicia, que a su vez lo comunicará al de Asuntos Exteriores para su notificación a la representación diplomática del país que formuló la demanda de extradición.

Asimismo, el Tribunal ordenará la inmediata puesta en libertad de la persona requerida de extradición.

#### Artículo dieciocho

1. Si el Tribunal dictare auto declarando procedente la extradición, librará sin dilación testimonio del mismo al Ministerio de Justicia. El Gobierno decidirá la entrega de la persona reclamada o denegará la extradición de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 6.º.

Asimismo, el Tribunal notificará las indicaciones que, de oficio o a instancia del representante diplomático, estime pertinente formular para la entrega de la persona reclamada, así como del tiempo en qué ésta fue privada de libertad a fines de extradición, que quedará condicionada a que se compute como período de cumplimiento de condena.

2. Acordada la entrega de la persona requerida de extradición, el Ministerio de Justicia lo comunicará al de Asuntos Exteriores para su notificación.

ficación a la representación diplomática del país que formuló la demanda de extradición. Dicho acuerdo será comunicado asimismo a la persona requerida de extradición.

3. Si el Gobierno denegare la extradición de conformidad con el párrafo segundo del artículo 6.º, el Ministerio de Justicia lo comunicará al Tribunal para que acuerde la puesta en libertad de la persona reclamada, sin perjuicio de su posible expulsión de España, de conformidad con la legislación de extranjeros. Igualmente, lo comunicará al de Asuntos Exteriores para su notificación a la representación diplomática que formuló la demanda de extradición.

#### Artículo diecinueve

1. La entrega de la persona cuya extradición haya sido acordada se realizará por agente de la autoridad española, previa notificación del lugar y fecha fijados, obsérvándose la legislación nacional vigente en este orden. Con aquélla, se entregarán a las autoridades o agentes del Estado requiriente acreditados a tal fin los documentos, efectos y dinero que deban ser igualmente puestos a su disposición. Si la entrega del individuo reclamado no puede efectuarse, se procederá a la de dichos documentos, efectos y dinero, quedando a salvo, en todo caso, los derechos que pudieran corresponder sobre los mismos a otros interesados. El lugar y fecha fijados para la entrega serán comunicados asimismo al Tribunal que entendió de la solicitud.

2. Si la persona reclamada se encontrara sometida a procedimiento o condena por los Tribunales españoles o sancionada por cualquier otra clase de organismos o autoridades nacionales, la entrega podrá aplazarse hasta que deje extinguidas sus responsabilidades en España o efectuarse temporal o definitivamente en las condiciones que se fijen de acuerdo con el Estado requiriente.

3. Si la persona reclamada no hubiera sido recibida en la fecha y lugar fijados podrá ser puesta en libertad transcurridos quince días a contar de dicha fecha y necesariamente a los treinta, y se podrá denegar su extradición por el mismo hecho si de nuevo se solicitara.

#### Artículo veinte

1. La extradición en tránsito se otorgará previo el cumplimiento de los requisitos y con las mismas condiciones que para la extradición exige la presente Ley.

2. Excepcionalmente, por razones de urgencia, y cuando se utilizare la vía aérea y no estuviera previsto aterrizaje en territorio español, el Gobierno podrá autorizar el tránsito previa recepción de una solicitud con el contenido a que se refiere el número 1 del artículo 8.º y que producirá los efectos previstos en el citado artículo en caso de aterrizaje fortuito.

**Artículo veintiuno**

1. Para que la persona que haya sido entregada pueda ser juzgada, sentenciada o sometida a cualquier restricción de su libertad personal, por hechos anteriores y distintos a los que hubieran motivado su extradición será preciso autorización ampliatoria de la extradición concedida, a cuyo fin se presentará otra solicitud acompañada de los documentos previstos en el artículo séptimo y testimonio judicial de la declaración de la persona entregada, que se tramitará como nueva demanda de extradición. Iguales requisitos será necesario cumplir para conceder la reextradición de la persona entregada a un tercer Estado.

2. No será necesaria esta autorización cuando la persona entregada, habiendo tenido la posibilidad de abandonar el territorio del Estado al que se entregó, permanezca en el más de cuarenta y cinco días o regrese al mismo después de abandonarlo.

**Artículo veintidós**

Los gastos ocasionados por la extradición en territorio nacional serán, en régimen de reciprocidad, a cargo del Gobierno español. Los causados por extradición en tránsito serán de cuenta del estado requirente.

**DISPOSICION DEROGATORIA**

Queda derogada la Ley de Extradición de 26 de diciembre de 1958.

**DISPOSICION TRANSITORIA**

Las disposiciones de naturaleza procesal contenidas en esta Ley sólo serán aplicables a las extradiciones que se soliciten a partir de su entrada en vigor.

Las de naturaleza sustantiva sólo tendrán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reclamado, el cual, en todo caso, será oído para que manifieste lo que le resulta más ventajoso, atendidas sus personales circunstancias.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 21 de marzo de 1985.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,  
FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

*LEY 13/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.*  
(«B. O. E.», núm. 155, de 29 de junio de 1985.)

**JUAN CARLOS I**  
**REY DE ESPAÑA**

A todos los que la presente vieran y entendieren,

Sabed: Que las Cortes generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley:

**PREAMBULO**

El Patrimonio Histórico Español es el principal testigo de la contribución histórica de los españoles a la civilización universal y de su capacidad creativa contemporánea. La protección y el enriquecimiento de los bienes que lo integran constituyen obligaciones fundamentales que vinculan a todos los poderes públicos, según el mandato que a los mismos dirige el artículo 46 de la norma constitucional.

Exigencias, que en el primer tercio del siglo constituyeron para el legislador un mandato similar, fueron ejemplarmente cumplidas por los protagonistas de nuestra mejor tradición intelectual, jurídica y democrática, como es buena muestra el positivo legado recibido de la Ley de 13 de mayo de 1933. Pese a este reconocimiento, lo cierto es que la recuperación por nuestro pueblo de su libertad determinó que, desde los primeros momentos en que tan feliz proceso histórico se consumó, se emprendiera la tarea de elaborar una nueva y más amplia respuesta legal a tales exigencias, un verdadero código de nuestro Patrimonio Histórico, en el que los proyectos de futuro se conformaran a partir de las experiencias acumuladas.

Su necesidad fue sentida, en primer término, a causa de la dispersión normativa que, a lo largo del medio siglo transcurrido desde la entrada en vigor de la venerable Ley, ha producido en nuestro ordenamiento jurídico multitud de fórmulas con que quisieron afrontarse situaciones concretas en aquel momento no previstas o inexistentes. Deriva asimismo esta obligación de la creciente preocupación sobre esta materia por parte de la comunidad internacional y de sus organismos representativos, la cual ha generado nuevos criterios para la protección y enriquecimiento de los bienes históricos y culturales, que se han traducido en Convenciones y Recomendaciones, que España ha suscrito y observa, pero a las que su legislación interna no se adaptaba. La revisión legal queda, por último, impuesta por una nueva distribución de competencias entre el Estado y Comunidades Autónomas que, en relación a tales bienes, emana de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía. La presente Ley es dictada, en consecuencia, en virtud de normas contenidas en los apartados 1 y 2 del artículo 149 de nuestra Constitución, que para el legislador y la Administración estatal suponen tanto un mandato como un título competencial.

Esta Ley consagra una nueva definición de Patrimonio Histórico y amplía notablemente su extensión. En ella quedan comprendidos los bienes muebles e inmuebles que los constituyen, el Patrimonio Arqueológico y el Etnográfico, los Museos, Archivos y Bibliotecas de titularidad estatal, así como el Patrimonio Documental y Bibliográfico. Busca, en suma, asegurar la protección y fomentar la cultura material debida a la acción del hombre en sentido amplio, y concibe aquélla como un conjunto de bienes que en sí mismos han de ser apreciados, sin establecer limitaciones derivadas de su propiedad, uso, antigüedad o valor económico.

Ello no supone que las medidas de protección y fomento se desplieguen de modo uniforme sobre la totalidad de los bienes que se consideran integrantes, en virtud de la Ley, de nuestro Patrimonio Histórico. La Ley establece distintos niveles de protección que se corresponden con diferentes categorías legales. La más genérica y que da nombre a la propia Ley es la de Patrimonio Histórico Español, constituido éste por todos aquellos bienes de valor histórico, artístico, científico o técnico que conforman la aportación de España a la cultura universal. En torno a ese concepto se estructuran las medidas esenciales de la Ley y se precisan las técnicas de intervención que son competencia de la Administración del Estado, en particular su defensa contra la exportación ilícita y su protección frente a la expoliación.

En el seno del Patrimonio Histórico Español, y al objeto de otorgar una mayor protección y tutela, adquiere un valor singular la categoría de Bienes de Interés Cultural, que se extiende a los muebles e inmuebles de aquel Patrimonio que, de forma más palmaria asimismo singulares que la Ley establece según la naturaleza de los bienes sobre los cuales recae.

La Ley dispone también las fórmulas necesarias para que esa valoración sea posible, pues la defensa del Patrimonio Histórico de un pueblo no debe realizarse exclusivamente a través de normas que prohíban determinadas acciones o limiten ciertos usos, sino a partir de disposiciones que estimulen a su conservación y, en consecuencia, permitan su disfrute y faciliten su acrecentamiento.

Así la Ley estipula un conjunto de medidas tributarias y fiscales y abre determinados cauces nuevos que colocan a España en un horizonte similar al que ahora se contempla en países próximos al nuestro por su historia y su cultura y, en consecuencia, por su acervo patrimonial. De esa forma se impulsa una política adecuada para gestionar con eficacia el Patrimonio Histórico Español. Una política que complemente la acción vigilante con el estímulo educativo, técnico y financiero, en el convencimiento de que el Patrimonio Histórico se acrecienta y se defiende mejor cuanto más lo estiman las personas que conviven con él, pero también cuantas más ayudas se establezcan para atenderlo, con las lógicas contraprestaciones hacia la sociedad cuando son los poderes públicos quienes facilitan aquéllas.

El Patrimonio Histórico Español es una riqueza colectiva que contiene las expresiones más dignas de aprecio en la aportación histórica de los españoles a la cultura universal. Su valor lo proporciona la estima que, como elemento de identidad cultural, merece a la sensibilidad de los ciudadanos. Porque los bienes que lo integran se han convertido en patrimoniales debido

exclusivamente a la acción social que cumplen, directamente derivada del aprecio con que los mismos ciudadanos los han ido revalorizando.

En consecuencia, y como objetivo último, la Ley no busca sino el acceso a los bienes que constituyen nuestro Patrimonio Histórico. Todas las medidas de protección y fomento que la Ley establece sólo cobran sentido si, al final, conducen a que un número cada vez mayor de ciudadanos pueda contemplar y disfrutar las obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo. Porque en un Estado democrático estos bienes deben estar adecuadamente puestos al servicio de la colectividad en el convencimiento de que con su disfrute se facilita el acceso a la cultura y que ésta, en definitiva, es camino seguro hacia la libertad de los pueblos.

## **TITULO PRELIMINAR**

### *Disposiciones generales*

#### **Artículo primero**

1. Son objeto de la presente Ley la protección, acrecentamiento y transmisión a las generaciones futuras del Patrimonio Histórico Español.

2. Integran el Patrimonio Histórico Español los inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. También forman parte del mismo el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, jardines y parques que tengan valor artístico, histórico o antropológico.

3. Los bienes más relevantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser inventariados o declarados de interés cultural en los términos previstos en esta Ley.

#### **Artículo segundo**

1. Sin perjuicio de las competencias que correspondan a los demás poderes públicos, son deberes y atribuciones esenciales de la Administración del Estado, de conformidad con lo establecido en los artículos 46 y 44, 149.1.1, y 149.2 de la Constitución, garantizar la conservación del Patrimonio Histórico Español, así como promover el enriquecimiento del mismo y fomentar y tutelar el acceso de todos los ciudadanos a los bienes comprendidos en él. Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 149.1, 28, de la Constitución, la Administración del Estado protegerá dicho bienes frente a la exportación ilícita y la expoliación.

2. En relación al Patrimonio Histórico Español, la Administración del Estado adoptará las medidas necesarias para facilitar su colaboración con los restantes poderes públicos y la de éstos entre sí, así como para recabar y proporcionar cuanta información fuera precisa a los fines señalados en el párrafo anterior.

3. A la Administración del Estado compete igualmente la difusión internacional del conocimiento de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico

Español, la recuperación de tales bienes cuando hubiesen sido ilícitamente exportados y el intercambio, respecto a los mismos, de información cultural, técnica y científica con los demás Estados y con los Organismos internacionales, de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1, número 3, de la Constitución. Las demás Administraciones competentes colaborarán a estos efectos con la Administración del Estado.

#### Artículo tercero

1. La comunicación y el intercambio de programas de actuación e información relativos al Patrimonio Histórico Español serán facilitados por el Consejo del Patrimonio Histórico, constituido por un representante de cada Comunidad Autónoma, designado por su Consejo de Gobierno, y el Director General correspondiente de la Administración del Estado, que actuará como Presidente.

2. Sin perjuicio de las funciones atribuidas al Consejo del Patrimonio Histórico, son instituciones consultivas de la Administración del Estado, a los efectos previstos en la presente Ley, la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español, las Reales Academias, las Universidades españolas, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas y las Juntas Superiores que la Administración del Estado determine por vía reglamentaria, y en lo que pueda afectar a una Comunidad Autónoma, las instituciones por ella reconocidas. Todo ello con independencia del asesoramiento que, en su caso, pueda recabarse de otros organismos profesionales y entidades culturales.

#### Artículo cuarto

A los efectos de la presente Ley se entiende por expoliación toda acción u omisión que ponga en peligro de pérdida o destrucción todos o alguno de los valores de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español o perturbe el cumplimiento de su función social. En tales casos la Administración del Estado, con independencia de las competencias que correspondan a las Comunidades Autónomas, en cualquier momento, podrá interesar del Departamento competente del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente la adopción con urgencia de las medidas conducentes a evitar la expoliación. Si se desatendiere el requerimiento, la Administración del Estado dispondrá lo necesario para la recuperación y protección, tanto legal como técnica, del bien expoliado.

#### Artículo quinto

1. A los efectos de la presente Ley se entiende por exportación la salida del territorio español de cualquiera de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español.

2. Los propietarios o poseedores de tales bienes con más de cien años de antigüedad y, en todo caso, de los inscritos en el Inventario General previsto en el artículo 26 de esta Ley precisarán para su exportación autorización expresa y previa de la Administración del Estado en la forma y condiciones que se establezcan por vía reglamentaria.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, y sin perjuicio de lo que establecen los artículos 31 y 34 de esta Ley, queda prohibida la exportación de los bienes declarados de interés cultural, así como la de aquellos otros que, por su pertenencia al Patrimonio Histórico Español, la Administración del Estado declare expresamente inexportables, como medida cautelar hasta que se inicie expediente para incluir el bien en alguna de las categorías de protección especial previstas en esta Ley.

#### **Artículo sexto**

A los efectos de la presente Ley se entenderá como Organismos competentes para su ejecución:

- a) Los que en cada Comunidad Autónoma tengan a su cargo la protección del patrimonio histórico.
- b) Los de la Administración del Estado, cuando así se indique de modo expreso o resulte necesaria su intervención para la defensa frente a la explotación ilícita y la expoliación de los bienes que integran el Patrimonio Histórico Español. Estos Organismos serán también los competentes respecto de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español adscritos a servicios públicos gestionados por la Administración del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional.

#### **Artículo séptimo**

Los Ayuntamientos cooperarán con los Organismos competentes para la ejecución de esta Ley en la conservación y custodia del Patrimonio Histórico Español comprendido en su término municipal, adoptando las medidas oportunas para evitar su deterioro, pérdida o destrucción. Notificarán a la Administración competente cualquier amenaza, daño o perturbación de su función social que tales bienes sufran, así como las dificultades y necesidades que tengan para el cuidado de estos bienes. Ejercerán asimismo las demás funciones que tengan expresamente atribuidas en virtud de esta Ley.

#### **Artículo octavo**

1. Las personas que observen peligro de destrucción o deterioro en un bien integrante del Patrimonio Histórico Español deberán, en el menor tiempo posible, ponerlo en conocimiento de la Administración competente, quien comprobará el objeto de la denuncia y actuará con arreglo a lo que en esta Ley se dispone.

2. Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos el cumplimiento de lo previsto en esta Ley para la defensa de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español.

## TITULO PRIMERO

*De la declaración de Bienes de Interés Cultural*

## Artículo noveno

1. Gozarán de singular protección y tutela los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español declarados de interés cultural por ministerio de esta Ley o mediante Real Decreto de forma individualizada.

2. La declaración mediante Real Decreto requerirá la previa incoación y tramitación de expediente administrativo por el Organismo competente, según lo dispuesto en el artículo 6.º de esta Ley. En el expediente deberá constar informe favorable de alguna de las Instituciones consultivas señaladas en el artículo 3.º, párrafo 2.º, vr o que tengan reconocido idéntico carácter en el ámbito de una Comunidad Autónoma. Transcurridos tres meses desde la solicitud del informe sin que éste hubiera sido emitido, se entenderá que el dictamen requerido es favorable a la declaración de interés cultural. Cuando el expediente se refiera a bienes inmuebles se dispondrá, además, la apertura de un período de información pública y se dará audiencia al Ayuntamiento interesado.

3. El expediente deberá resolverse en el plazo máximo de veinte meses a partir de la fecha en que hubiere sido incoado. La caducidad del expediente se producirá transcurrido dicho plazo si se ha denunciado la mora y siempre que no haya recaído resolución en los cuatro meses siguientes a la denuncia. Caducado el expediente no podrá volver a iniciarse en los tres años siguientes, salvo a instancia del titular.

4. No podrá ser declarada Bien de Interés Cultural la obra de un autor vivo, salvo si existe autorización expresa de su propietario o media su adquisición por la Administración.

5. De oficio o a instancia del titular de un interés legítimo y directo, podrá tramitarse por el Organismo competente expediente administrativo, que deberá contener el informe favorable y razonado de alguna de las instituciones consultivas, a fin de que se acuerde mediante Real Decreto que la declaración de un determinado Bien de Interés Cultural quede sin efecto.

## Artículo diez

Cualquier persona podrá solicitar la incoación de expediente para la declaración de un Bien de Interés Cultural. El Organismo competente decidirá si procede la incoación. Esta decisión y, en su caso, las incidencias y resolución del expediente deberá notificarse a quienes lo instaron.

## Artículo once

1. La incoación de expediente para la declaración de un Bien de Interés Cultural determinará, en relación al bien afectado, la aplicación provisional del mismo régimen de protección previsto para los bienes declarados de interés cultural.

2. La resolución del expediente que declare un Bien de Interés Cultural deberá describirlo claramente. En el supuesto de inmuebles, delimitará el entorno afectado por la declaración y, en su caso, se definirán y enumerarán las partes integrantes, las pertenencias y los accesorios comprendidos en la declaración.

#### Artículo doce

1. Los bienes declarados de interés cultural serán inscritos en un Registro General dependiente de la Administración del Estado cuya organización y funcionamiento se determinarán por vía reglamentaria. A este Registro se notificará la incoación de dichos expedientes, que causarán la correspondiente anotación preventiva hasta que recaiga resolución definitiva.

2. En el caso de bienes inmuebles la inscripción se hará por alguno de los conceptos mencionados en el artículo 14.2.

3. Cuando se trate de Monumentos y Jardines Históricos la Administración competente además instará de oficio la inscripción gratuita de la declaración en el Registro de la Propiedad.

#### Artículo trece

1. A los bienes declarados de interés cultural se les expedirá por el Registro General un Título oficial que les identifique y en el que se reflejarán todos los actos jurídicos o artísticos que sobre ellos se realicen. Las transmisiones o traslados de dichos bienes se inscribirán en el Registro. Reglamentariamente se establecerá la forma y caracteres de este Título.

2. Asimismo, los propietarios y, en su caso, los titulares de derechos reales sobre tales bienes, o quienes los posean por cualquier título, están obligados a permitir y facilitar su inspección por parte de los Organismos competentes, su estudio a los investigadores, previa solicitud razonada de éstos, y su visita pública, en las condiciones de gratuitad que se determinen reglamentariamente, al menos cuatro días al mes, en días y horas previamente señalados. El cumplimiento de esta última obligación podrá ser dispensado total o parcialmente por la Administración competente cuando medie causa justificada. En el caso de bienes muebles se podrá igualmente acordar como obligación sustitutoria el depósito del bien en un lugar que reúna las adecuadas condiciones de seguridad y exhibición durante un período máximo de cinco meses cada dos años.

### TITULO II

#### *De los bienes inmuebles*

#### Artículo catorce

1. Para los efectos de esta Ley tienen la consideración de bienes inmuebles, además de los enumerados en el artículo 334 del Código civil, cuantos elementos puedan considerarse consustanciales con los edificios y formen

parte de los mismos o de su exorno, o lo hayan formado, aunque en el caso de poder ser separados constituyan un todo perfecto de fácil aplicación a otras construcciones o a usos distintos del suyo original, cualquiera que sea la materia de que estén formados y aunque su separación no perjudique visiblemente al mérito histórico o artístico del inmueble al que están adheridos.

2. Los bienes inmuebles integrados en el Patrimonio Histórico Español pueden ser declarados Monumentos, Jardines, Conjuntos y Sitios Históricos, así como Zonas Arqueológicas, todos ellos como Bienes de Interés Cultural.

#### Artículo quince

1. Son Monumentos aquellos bienes inmuebles que constituyen realizaciones arquitectónicas o de ingeniería, u obras de escultura colossal siempre que tengan interés histórico, artístico, científico o social.

2. Jardín Histórico es el espacio delimitado, producto de la ordenación por el hombre de elementos naturales, a veces complementado con estructuras de fábrica, y estimado de interés en función de su origen o pasado histórico o de sus valores estéticos, sensoriales o botánicos.

3. Conjunto Histórico es la agrupación de bienes inmuebles que forman una unidad de asentamiento, continua o dispersa, condicionada por una estructura física representativa de la evolución de una comunidad humana por ser testimonio de su cultura o constituir un valor de uso y disfrute para la colectividad. Asimismo es Conjunto Histórico cualquier núcleo individualizado de inmuebles comprendidos en una unidad superior de población que reúna esas mismas características y pueda ser claramente delimitado.

4. Sitio Histórico es el lugar o paraje natural vinculado a acontecimientos o recuerdos del pasado, a tradiciones populares, creaciones culturales o de la naturaleza y a obras del hombre, que posean valor histórico, etnológico, paleontológico o antropológico.

5. Zona Arqueológica es el lugar o paraje natural donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o bajo las aguas territoriales españolas.

#### Artículo dieciséis

1. La incoación de expediente de declaración de interés cultural respecto de un bien inmueble determinará la suspensión de las correspondientes licencias municipales de parcelación, edificación o demolición en las zonas afectadas, así como de los efectos de las ya otorgadas. Las obras que por razón de fuerza mayor hubieran de realizarse con carácter inaplazable en tales zonas precisarán en todo caso, autorización de los Organismos competentes para la ejecución de esta Ley.

2. La suspensión a que hace referencia el apartado anterior dependerá de la resolución o caducidad del expediente incoado.

**Artículo diecisiete**

En la tramitación del expediente de declaración como Bien de Interés Cultural de un Conjunto Histórico deberán considerarse sus relaciones con el área territorial a que pertenece, así como la protección de los accidentes geográficos y parajes naturales que conforman su entorno.

**Artículo dieciocho**

Un inmueble declarado Bien de Interés Cultural es inseparable de su entorno. No se podrá proceder a su desplazamiento o remoción, salvo que resulte imprescindible por causa de fuerza mayor o de interés social y, en todo caso, conforme al procedimiento previsto en el artículo 9.º, párrafo 2.º, de esta Ley.

**Artículo diecinueve**

1. En los Monumentos declarados Bienes de Interés Cultural no podrá realizarse obra interior o exterior que afecte directamente al inmueble o a cualquiera de sus partes integrantes o pertenencias sin autorización expresa de los Organismos competentes para la ejecución de esta Ley. Será preceptiva la misma autorización para colocar en fachadas o en cubiertas cualquier clase de rótulo, señal o símbolo, así como para realizar obras en el entorno afectado por la declaración

2. Las obras que afecten a los Jardines Históricos declarados de interés cultural y a su entorno, así como la colocación en ellos de cualquier clase de rótulo, señal o símbolo, necesitarán autorización expresa de los Organismos competentes para la ejecución de esta Ley.

3. Queda prohibida la colocación de publicidad comercial y de cualquier clase de cables, antenas y conducciones aparentes en los Jardines Históricos y en las fachadas y cubiertas de los Monumentos declarados de interés cultural. Se prohíbe también toda construcción que altere el carácter de los inmuebles a que hace referencia este artículo o perturbe su contemplación.

**Artículo veinte**

1. La declaración de un Conjunto Histórico, Sitio Histórico o Zona Arqueológica, como Bienes de Interés Cultural, determinará la obligación para el Municipio o Municipios en que se encuentren de redactar un Plan Especial de Protección del área afectada por la declaración u otro instrumento de planteamiento de los previstos en la legislación urbanística que cumpla en todo caso las exigencias en esta Ley establecidas. La aprobación de dicho Plan requerirá el informe favorable de la Administración competente para la protección de los bienes culturales afectados. Se entenderá emitido informe favorable transcurridos tres meses desde la presentación del Plan. La obligatoriedad de dicho Plan no podrá excusarse en la preexistencia de otro planteamiento contradictorio con la protección, ni en la inexistencia previa de planteamiento general.

2. El Plan a que se refiere el apartado anterior establecerá para todos los usos públicos el orden prioritario de su instalación en los edificios y espacios que sean aptos para ello. Igualmente contemplará las posibles áreas de rehabilitación integrada que permitan la recuperación del área residencial y de las actividades económicas adecuadas. También deberá contener los criterios relativos a la conservación de fachadas y cubiertas e instalaciones sobre las mismas.

3. Hasta la aprobación definitiva de dicho Plan el otorgamiento de licencias o la ejecución de las otorgadas antes de incoarse el expediente declarativo del Conjunto Histórico, Sitio Histórico o Zona Arqueológica, precisará resolución favorable de la Administración competente para la protección de los bienes afectados y, en todo caso, no se permitirán alineaciones nuevas, alteraciones en la edificabilidad, parcelaciones ni agregaciones.

4. Desde la aprobación definitiva del Plan a que se refiere este artículo, los Ayuntamientos interesados serán competentes para autorizar directamente las obras que desarrolleen el planeamiento aprobado y que afecten únicamente a inmuebles que no sean Monumentos ni Jardines Históricos ni estén comprendidos en su entorno, debiendo dar cuenta a la Administración competente para la ejecución de esta Ley de las autorizaciones o licencias concedidas en el plazo máximo de diez días desde su otorgamiento. Las obras que se realicen al amparo de licencias contrarias al Plan aprobado serán ilegales y la Administración competente podrá ordenar su reconstrucción o demolición con cargo al Organismo que hubiera otorgado la licencia en cuestión, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación urbanística sobre las responsabilidades por infracciones.

#### Artículo veintiuno

1. En los instrumentos de planeamiento relativos a Conjuntos Históricos se realizará la catalogación, según lo dispuesto en la legislación urbanística, de los elementos unitarios que conforman el Conjunto, tanto inmuebles edificados como espacios libres exteriores o anteriores, u otras estructuras significativas, así como de los componentes naturales que lo acompañan, definiendo los tipos de intervención posible. A los elementos singulares se les dispensará una protección integral. Para el resto de los elementos se fijará, en cada caso, un nivel adecuado de protección.

2. Excepcionalmente, el Plan de protección de un Conjunto Histórico podrá permitir remodelaciones urbanas, pero sólo en caso de que impliquen una mejora de sus relaciones con el entorno territorial o urbano o eviten los usos degradantes para el propio Conjunto.

3. La conservación de los Conjuntos Históricos declarados Bienes de Interés Cultural comporta el mantenimiento de la estructura urbana y arquitectónica, así como de las características generales de su ambiente. Se considerarán excepcionales las sustituciones de inmuebles, aunque sean parciales, y sólo podrán realizarse en la medida en que contribuyan a la conservación general del carácter del Conjunto. En todo caso, se mantendrán las alineaciones urbanas existentes.

**Artículo veintidós**

1. Cualquier obra o remoción de terreno que se proyecte realizar en un Sitio Histórico o en una Zona Arqueológica declarados Bien de Interés Cultural deberá ser autorizada por la Administración competente para la protección de dichos bienes, que podrá, antes de otorgar la autorización, ordenar la realización de prospecciones y, en su caso, excavaciones arqueológicas, de acuerdo con lo dispuesto en el Título V de la presente Ley.

2. Queda prohibida la colocación de cualquier clase de publicidad comercial, así como de cables, antenas y conducciones aparentes en las Zonas Arqueológicas.

**Artículo veintitrés**

1. No podrán otorgarse licencias para la realización de obras que, conforme a lo previsto en la presente Ley, requieran cualquier autorización administrativa hasta que ésta haya sido concedida.

2. Las obras realizadas sin cumplir lo establecido en el apartado anterior serán ilegales y los Ayuntamientos o, en su caso, la Administración competente en materia de protección del Patrimonio Histórico Español podrán ordenar su reconstrucción o demolición con cargo al responsable de la infracción en los términos previstos por la legislación urbanística.

**Artículo veinticuatro**

1. Si a pesar de lo dispuesto en el artículo 36, llegara a incoarse expediente de ruina de algún inmueble afectado por expediente de declaración de Bien de Interés Cultural, la Administración competente para la ejecución de esta Ley estará legitimada para intervenir como interesado en dicho expediente, debiéndole ser notificada la apertura y las resoluciones que en el mismo se adopten.

2. En ningún caso podrá procederse a la demolición de un inmueble, sin previa firmeza de la declaración de ruina y autorización de la Administración competente, que no la concederá sin informe favorable de al menos dos de las instituciones consultivas a las que se refiere el artículo 3.

3. Si existiera urgencia y peligro inminente, la entidad que hubiera incoado expediente de ruina deberá ordenar las medidas necesarias para evitar daños a las personas. Las obras que por razón de fuerza mayor hubieran de realizarse no darán lugar a actos de demolición que no sean estrictamente necesarios para la conservación del inmueble y requerirán en todo caso la autorización prevista en el artículo 16.1, debiéndose prever además en su caso la reposición de los elementos retirados.

**Artículo veinticinco**

El Organismo competente podrá ordenar la suspensión de las obras de demolición total o parcial o de cambio de uso de los inmuebles integrantes del Patrimonio Histórico Español no declarados de interés cultural. Dicha suspensión podrá durar un máximo de seis meses, dentro de los cuales la

Administración competente en materia de urbanismo deberá resolver sobre la procedencia de la aprobación inicial de un plan especial o de otras medidas de protección de las previstas en la legislación urbanística. Esta resolución, que deberá ser comunicada al Organismo que hubiera ordenado la suspensión, no impedirá el ejercicio de la potestad prevista en el artículo 37.2.

### TITULO III

#### *De los bienes muebles*

##### Artículo veintiséis

1. La Administración del Estado, en colaboración con las demás Administraciones competentes, confeccionará el Inventario General de aquellos muebles del Patrimonio Histórico Español no declarados de interés cultural que tengan singular relevancia.

2. A los efectos previstos en el párrafo anterior, las Administraciones competentes podrán recabar de los titulares de derechos sobre los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español el examen de los mismos, así como las informaciones pertinentes, para su inclusión, si procede, en dicho Inventario.

3. Los propietarios y demás titulares de derechos reales sobre bienes muebles de notable valor histórico, artístico, arqueológico, científico, técnico o cultural, podrán presentar solicitud debidamente documentada ante la Administración competente, a fin de que se inicie el procedimiento para la inclusión de dichos bienes en el Inventario General. La resolución sobre esta solicitud deberá recaer en un plazo de cuatro meses.

4. Los propietarios o poseedores de los bienes muebles que reúnan el valor y características que se señalen reglamentariamente, quedan obligados a comunicar a la Administración competente la existencia de estos objetos, antes de proceder a su venta o transmisión a terceros. Igual obligación se establece para las personas o entidades que ejerzan habitualmente el comercio de los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español, que deberán además formalizar ante dicha Administración un libro de registro de las transmisiones que realicen sobre aquellos objetos.

5. La organización y el funcionamiento del Inventario General se determinarán por vía reglamentaria.

6. A los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español incluidos en el Inventario General, se les aplicarán las siguientes normas:

a) La Administración competente podrá en todo momento inspeccionar su conservación.

b) Sus propietarios y, en su caso, los demás titulares de derechos reales sobre los mismos, están obligados a permitir su estudio a los investigadores, previa solicitud razonada, y a prestarlos, con las debidas garantías, a exposiciones temporales que se organicen por los Organismos a que se refiere el artículo 6.º de esta Ley. No será obligatorio realizar estos préstamos por un período superior a un mes por año.

c) La transmisión por actos *inter vivos* o *mortis causa*, así como cualquier otra modificación en la situación de los bienes deberá comunicarse a la Administración competente y anotarse en el *Inventario General*.

#### Artículo veintisiete

Los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español podrán ser declarados de interés cultural. Tendrán tal consideración, en todo caso, los bienes muebles contenidos en un inmueble que haya sido objeto de dicha declaración y que ésta los reconozca como parte esencial de su historia.

#### Artículo veintiocho

1. Los bienes muebles declarados de interés cultural y los incluidos en el *Inventario General* que estén en posesión de instituciones eclesiásticas, en cualquiera de sus establecimientos o dependencias, no podrán transmitirse por título oneroso o gratuito ni cederse a particulares ni a entidades mercantiles. Dichos bienes sólo podrán ser enajenados o cedidos al Estado, a entidades de Derecho Público o a otras instituciones eclesiásticas.

2. Los bienes muebles que forman parte del Patrimonio Histórico Español no podrán ser enajenados por las Administraciones Públicas, salvo las transmisiones que entre sí mismas éstas efectúen y lo dispuesto en los artículos 29 y 34 de esta Ley.

3. Los bienes a que se refiere este artículo serán imprescriptibles. En ningún caso se aplicará a estos bienes lo dispuesto en el artículo 1.955 del Código Civil.

#### Artículo veintinueve

1. Pertenecen al Estado los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español que sean exportados sin la autorización requerida por el artículo 5.<sup>º</sup> de esta Ley. Dichos bienes son inalienables e imprescriptibles.

2. Corresponde a la Administración del Estado realizar los actos conducentes a la total recuperación de los bienes ilegalmente exportados.

3. Cuando el anterior titular acredite la pérdida o sustracción previa del bien ilegalmente exportado, podrá solicitar su cesión del Estado, obligándose a abonar el importe de los gastos derivados de su recuperación, y, en su caso, el rembolso del precio que hubiere satisfecho el Estado al adquirente de buena fe. Se presumirá la pérdida o sustracción del bien ilegalmente exportado cuando el anterior titular fuera una Entidad de derecho público.

4. Los bienes recuperados y no cedidos serán destinados a un centro público, previo informe del Consejo del Patrimonio Histórico.

#### Artículo treinta

La autorización para la exportación de cualquier bien mueble integrante del Patrimonio Histórico Español estará sujeta a una tasa establecida de acuerdo con las siguientes reglas:

A) Hecho imponible: Lo constituirá la concesión de la autorización de exportación de los mencionados bienes.

B) Exenciones: Estarán exentas del pago de las tasas:

1. La exportación de bienes muebles que tenga lugar durante los diez años siguientes a su importación siempre que ésta se hubiere realizado de forma legal, esté reflejada documentalmente y los bienes no hayan sido declarados de interés cultural de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 de esta Ley.

2. La salida temporal legalmente autorizada de bienes muebles que formen parte del Patrimonio Histórico Español.

3. La exportación de objetos muebles de autores vivos.

C) Sujeto pasivo: Estarán obligadas al pago de la tasa las personas o entidades nacionales o extranjeras a cuyo favor se concedan las autorizaciones de exportación.

D) Base imponible: La base imponible vendrá determinada por el valor real del bien cuya autorización de exportación se solicita. Se considerará valor real del bien el declarado por el solicitante, sin perjuicio de la comprobación administrativa realizada por el Organismo correspondiente de la Administración del Estado, que prevalecerá cuando sea superior a aquél.

E) Tipo de gravamen: La tasa se exigirá conforme a la siguiente tarifa:

Hasta 1.000.000 de pesetas, el 5 por 100.

De 1.000.001 a 10.000.000, el 10 por 100.

De 10.000.001 a 100.000.000, el 20 por 100.

De 100.000.001 en adelante, el 30 por 100.

F) Devengo: Se devengará la tasa cuando se conceda la autorización de exportación.

G) Liquidación y pago: El Gobierno regulará los procedimientos de valoración, liquidación y pago de la tasa.

H) Gestión: La gestión de esta tasa quedará atribuida al Ministerio de Cultura.

I) Destino: El producto de esta tasa se ingresará en el Tesoro Público, generándose de modo automático el crédito oportuno en favor del Organismo correspondiente de la Administración del Estado, que se destinará exclusivamente a la adquisición de bienes de interés para el Patrimonio Histórico Español.

### Artículo treinta y uno

1. La Administración del Estado podrá autorizar la salida temporal de España, en la forma y condiciones que reglamentariamente se determine, de bienes muebles sujetos al régimen previsto en el artículo 5.º de esta Ley. En todo caso deberá constar en la autorización el plazo y garantías de la exportación. Los bienes así exportados no podrán ser objeto del ejercicio del derecho de preferente adquisición.

2. El incumplimiento de las condiciones para el retorno a España de los bienes que de ese modo se hayan exportado tendrá consideración de exportación ilícita.

**Artículo treinta y dos**

1. Los bienes muebles cuya importación haya sido realizada legalmente y esté debidamente documentada de modo que el bien importado quede plenamente identificado, no podrán ser declarados de interés cultural en un plazo de diez años a contar desde la fecha de su importación.

2. Tales bienes podrán exportarse previa licencia de la Administración del Estado que se concederá siempre que la solicitud cumpla los requisitos exigidos por la legislación en vigor, sin que pueda ejercitarse derecho alguno de preferente adquisición respecto de ellos. Transcurrido el plazo de diez años, dichos bienes quedarán sometidos al régimen general de la presente Ley.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, los bienes muebles que posean alguno de los valores señalados en el artículo 1.º de esta Ley podrán ser declarados de interés cultural antes del plazo de diez años si su propietario solicitase dicha declaración y la Administración del Estado resolviera que el bien enriquece el Patrimonio Histórico Español.

**Artículo treinta y tres**

Salvo lo previsto en el artículo 32, siempre que se formule solicitud de exportación, la declaración de valor hecha por el solicitante será considerada oferta de venta irrevocable en favor de la Administración del Estado que, de no autorizar dicha exportación, dispondrá de un plazo de seis meses para aceptar la oferta y de un año a partir de ella para efectuar el pago que proceda. La negativa a la solicitud de exportación no supone la aceptación de la oferta, que siempre habrá de ser expresa.

**Artículo treinta y cuatro**

El Gobierno podrá concertar con otros Estados la permuta de bienes muebles de titularidad estatal pertenecientes al Patrimonio Histórico Español por otros de al menos igual valor y significado histórico. La aprobación precisará de informe favorable de las Reales Academias de la Historia y de Bellas Artes de San Fernando y de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español.

**TITULO IV***Sobre la protección de los bienes muebles e inmuebles***Artículo treinta y cinco**

1. Para la protección de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español y al objeto de facilitar el acceso de los ciudadanos a los mismos, fomentar la comunicación entre los diferentes servicios y promover la información necesaria para el desarrollo de la investigación científica y técnica se formularán periódicamente Planes Nacionales de Información sobre el Patrimonio Histórico Español.

2. El Consejo del Patrimonio Histórico Español elaborará y aprobará los Planes Nacionales de Información referidos en el apartado anterior.

3. Los diferentes servicios públicos y los titulares de bienes del Patrimonio Histórico Español deberán prestar su colaboración en la ejecución de los Planes Nacionales de Información.

#### Artículo treinta y seis

1. Los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser conservados, mantenidos y custodiados por sus propietarios o, en su caso, por los titulares de derechos reales o por los poseedores de tales bienes.

2. La utilización de los bienes declarados de interés cultural, así como de los bienes muebles incluidos en el Inventario General, quedará subordinada a que no se pongan en peligro los valores que aconsejan su conservación. Cualquier cambio de uso deberá ser autorizado por los Organismos competentes para la ejecución de esta Ley.

3. Cuando los propietarios o los titulares de derechos reales sobre bienes declarados de interés cultural o bienes incluidos en el Inventario General no ejecuten las actuaciones exigidas en el cumplimiento de la obligación prevista en el apartado 1.º de este artículo, la Administración competente, previo requerimiento a los interesados, podrá ordenar su ejecución subsidiaria. Asimismo, podrá conceder una ayuda con carácter de anticipo reintegrable que, en caso de bienes inmuebles, será inscrita en el Registro de la Propiedad. La Administración competente también podrá realizar de modo directo las obras necesarias, si así lo requiere la más eficaz conservación de los bienes. Excepcionalmente la Administración competente podrá ordenar el depósito de los bienes muebles en centros de carácter público en tanto no desaparezcan las causas que originaron dicha necesidad.

4. El incumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo será causa de interés social para la expropiación forzosa de los bienes declarados de interés cultural por la Administración competente.

#### Artículo treinta y siete

1. La Administración competente podrá impedir un derribo y suspender cualquier clase de obra o intervención en un bien declarado de interés cultural.

2. Igualmente podrá actuar de ese modo, aunque no se haya producido dicha declaración, siempre que aprecie la concurrencia de alguno de los valores a que hace mención el artículo 1.º de esta Ley. En tal supuesto la Administración resolverá en el plazo máximo de treinta días hábiles en favor de la continuación de la obra o intervención iniciada o procederá a incoar la declaración de Bien de Interés Cultural.

3. Será causa justificativa de interés social para la expropiación por la Administración competente de los bienes afectados por una declaración de interés cultural el peligro de destrucción o deterioro, o un uso incompatible con sus valores. Podrán expropiarse por igual causa los inmuebles que impidan o perturben la contemplación de los bienes afectados por la declaración de interés cultural o den lugar a riesgos para los mismos. Los Municipios

podrán acordar también la expropiación de tales bienes notificando previamente este propósito a la Administración competente, que tendrá prioridad en el ejercicio de esta potestad.

#### Artículo treinta y ocho

1. Quien tratare de enajenar un bien declarado de interés cultural o incluido en el Inventario General al que se refiere el artículo 26 deberá notificarlo a los Organismos mencionados en el artículo 6º y declarar el precio y condiciones en que se proponga realizar la enajenación. Los subastadores deberán notificar igualmente y con suficiente antelación las subastas públicas en que se pretenda enajenar cualquier bien integrante del Patrimonio Histórico Español.

2. Dentro de los dos meses siguientes a la notificación referida en el apartado anterior, la Administración del Estado podrá hacer uso del derecho de tanteo para sí, para una entidad benéfica o para cualquier entidad de derecho público, obligándose al pago del precio convenido, o, en su caso, el de remate en un período no superior a dos ejercicios económicos, salvo acuerdo con el interesado en otra forma de pago.

3. Cuando el propósito de enajenación no se hubiera notificado correctamente la Administración del Estado podrá ejercer, en los mismos términos previstos para el derecho de tanteo, el de retracto en el plazo de seis meses a partir de la fecha en que tenga conocimiento fehaciente de la enajenación.

4. Lo dispuesto en los apartados anteriores no excluye que los derechos de tanteo y retracto sobre los mismos bienes puedan ser ejercidos en idénticos términos por los demás Organismos competentes para la ejecución de esta Ley. No obstante, el ejercicio de tales derechos por parte de la Administración del Estado tendrá carácter preferente siempre que se trate de adquirir bienes muebles para un Museo, Archivo o Biblioteca de titularidad estatal.

5. Los Registradores de la Propiedad y Mercantiles no inscribirán documento alguno por el que se transmita la propiedad o cualquier otro derecho real sobre los bienes a que hace referencia este artículo sin que se acrede haber cumplido cuantos requisitos en él se recogen.

#### Artículo treinta y nueve

1. Los poderes públicos procurarán por todos los medios de la técnica la conservación, consolidación y mejora de los bienes declarados de interés cultural así como de los bienes muebles incluidos en el Inventario General a que alude el artículo 26 de esta Ley. Los bienes declarados de interés cultural no podrán ser sometidos a tratamiento alguno sin autorización expresa de los Organismos competentes para la ejecución de la Ley.

2. En el caso de bienes inmuebles, las actuaciones a que se refiere el párrafo anterior irán encaminadas a su conservación, consolidación y rehabilitación y evitarán los intentos de reconstrucción, salvo cuando se utilicen partes originales de los mismos y pueda probarse su autenticidad. Si se añadiesen materiales o partes indispensables para su estabilidad o mantenimiento las adiciones deberán ser reconocibles y evitar las confusiones miméticas.

3. Las restauraciones de los bienes a que se refiere el presente artículo respetarán las aportaciones de todas las épocas existentes. La eliminación de alguna de ellas sólo se autorizará con carácter excepcional y siempre que los elementos que traten de suprimirse supongan una evidente degradación del bien y su eliminación fuere necesaria para permitir una mejor interpretación histórica del mismo. Las partes suprimidas quedarán debidamente documentadas.

## TITULO V

### *Del Patrimonio Arqueológico*

#### Artículo cuarenta

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 1.º de esta Ley, forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico, susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie o en el subsuelo, en el mar territorial o en la plataforma continental. Forman parte, asimismo de este Patrimonio los elementos geológicos y paleontológicos relacionados con la historia del hombre y sus orígenes y antecedentes.

2. Quedan declarados Bienes de Interés Cultural por ministerio de esta Ley las cuevas, abrigos y lugares que contengan manifestaciones de arte rupestre.

#### Artículo cuarenta y uno

1. A los efectos de la presente Ley son excavaciones arqueológicas las remociones en la superficie, en el subsuelo o en los medios subacuáticos que se realicen con el fin de descubrir e investigar toda clase de restos históricos o paleontológicos, así como los componentes geológicos con ellos relacionados.

2. Son prospecciones arqueológicas las exploraciones superficiales o subacuáticas, sin remoción del terreno, dirigidas al estudio, investigación o examen de datos sobre cualquiera de los elementos a que se refiere el apartado anterior.

Se consideran hallazgos casuales los descubrimientos de objetos y restos materiales que, poseyendo los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español, se hayan producido por azar o como consecuencia de cualquier otro tipo de remociones de tierra, demoliciones u obras de cualquier índole.

#### Artículo cuarenta y dos

1. Toda excavación o prospección arqueológica deberá ser expresamente autorizada por la Administración competente, que, mediante los procedimientos de inspección y control idóneos, comprobará que los trabajos estén planteados y desarrollados conforme a un programa detallado y coherente que contenga los requisitos concernientes a la conveniencia, profesionalidad e interés científico.

2. La autorización para realizar excavaciones o prospecciones arqueológicas obliga a los beneficiarios a entregar los objetos obtenidos, debidamente inventariados, catalogados y acompañados de una Memoria, al Museo o centro que la Administración competente determine y en el plazo que se fije, teniendo en cuenta su proximidad al lugar del hallazgo y las circunstancias que hagan posible, además de su adecuada conservación, su mejor función cultural y científica. En ningún caso será de aplicación a estos objetos lo dispuesto en el artículo 4.3 de la presente Ley.

3. Serán ilícitas y sus responsables serán sancionados conforme a lo dispuesto en la presente Ley, las excavaciones o prospecciones arqueológicas realizadas sin la autorización correspondiente, o las que se hubieren llevado a cabo con incumplimiento de los términos en que fueron autorizadas, así como las obras de remoción de tierra, de demolición o cualesquiera otras realizadas con posterioridad en el lugar donde se haya producido un hallazgo casual de objetos arqueológicos que no hubiera sido comunicado inmediatamente a la Administración competente.

#### Artículo cuarenta y tres

La Administración competente podrá ordenar la ejecución de excavaciones o prospecciones arqueológicas en cualquier terreno público o privado del territorio español, en el que se presuma la existencia de yacimientos o restos arqueológicos, paleontológicos o de componentes geológicos con ellos relacionados. A efectos de la correspondiente indemnización regirá lo dispuesto en la legislación vigente sobre expropiación forzosa.

#### Artículo cuarenta y cuatro

1. Son bienes de dominio público todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar. El descubridor deberá comunicar a la Administración competente su descubrimiento en el plazo máximo de treinta días e inmediatamente cuando se trate de hallazgos casuales. En ningún caso será de aplicación a tales objetos lo dispuesto en el artículo 351 del Código Civil.

2. Una vez comunicado el descubrimiento, y hasta que los objetos sean entregados a la Administración, competente, al descubridor le serán de aplicación las normas del depósito legal, salvo que los entregue a un Museo público.

3. El descubridor y el propietario del lugar en que hubiere sido encontrado el objeto tienen derecho, en concepto de premio en metálico, a la mitad del valor que en tasación legal se le atribuya, que se distribuirá entre ellos por partes iguales. Si fuesen dos o más los descubridores o los propietarios se mantendrá igual proporción.

4. El incumplimiento de las obligaciones previstas en los apartados 1 y 2 de este artículo privará al descubridor y, en su caso, al propietario, del derecho al premio indicado y los objetos quedarán de modo inmediato a disposición de la Administración competente, todo ello sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar y las sanciones que procedan.

5. Se exceptúa de lo dispuesto en este artículo el hallazgo de partes integrantes de la estructura arquitectónica de un inmueble incluido en el Registro de Bienes de Interés Cultural. No obstante el hallazgo deberá ser notificado a la Administración competente en un plazo máximo de treinta días.

**Artículo cuarenta y cinco**

Los objetos arqueológicos adquiridos por los Entes Públicos por cualquier título se depositarán en los Museos o Centros que la Administración adquirente determine, teniendo en cuenta las circunstancias referidas en el artículo 42, apartado 2, de esta Ley.

**TITULO VI***Del Patrimonio Etnográfico***Artículo cuarenta y seis**

Forman parte del Patrimonio Histórico Español los bienes muebles e inmuebles y los conocimientos y actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales o espirituales.

**Artículo cuarenta y siete**

1. Son bienes inmuebles de carácter etnográfico, y se regirán por lo dispuesto en los títulos II y IV de la presente Ley, aquellas edificaciones e instalaciones cuyo modelo constitutivo sea expresión de conocimientos adquiridos, arraigados y transmitidos consuetudinariamente y cuya factura se acomode, en su conjunto o parcialmente, a una clase, tipo o forma arquitectónicos utilizados tradicionalmente por las comunidades o grupos humanos.

2. Son bienes muebles de carácter etnográfico, y se regirán por lo dispuesto en los títulos III y IV de la presente Ley, todos aquellos objetos que constituyen la manifestación o el producto de actividades laborales, estéticas y lúdicas propias de cualquier grupo humano, arraigadas y transmitidas consuetudinariamente.

3. Se considera que tienen valor etnográfico y gozarán de protección administrativa aquellos conocimientos o actividades que procedan de modelos o técnicas tradicionales utilizados por una determinada comunidad. Cuando se trate de conocimientos o actividades que se hallen en previsible peligro de desaparecer, la Administración competente adoptará las medidas oportunas conducentes al estudio y documentación científicos de estos bienes.

**TITULO VII***Del Patrimonio Documental y Bibliográfico y de los Archivos,  
Bibliotecas y Museos***CAPITULO I***Del Patrimonio Documental y Bibliográfico***Artículo cuarenta y ocho**

1. A los efectos de la presente Ley forma parte del Patrimonio Histórico Español el Patrimonio Documental y Bibliográfico, constituido por cuantos bienes, reunidos o no en Archivos y Bibliotecas, se declaren integrantes del mismo en este capítulo.

2. El Patrimonio Documental y Bibliográfico se regulará por las normas específicas contenidas en este Título. En lo no previsto en ellas le será de aplicación cuanto se dispone con carácter general en la presente Ley y en su régimen de bienes muebles.

**Artículo cuarenta y nueve**

1. Se entiende por documento, a los efectos de la presente Ley, toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos. Se excluyen los ejemplares no originales de ediciones.

2. Forman parte del Patrimonio Documental los documentos de cualquier época generados, conservados o reunidos en el ejercicio de su función por cualquier organismo o entidad de carácter público, por las personas jurídicas en cuyo capital participe mayoritariamente el Estado u otras entidades públicas y por las personas privadas, físicas o jurídicas, gestoras de servicios públicos en lo relacionado con la gestión de dichos servicios.

3. Forman igualmente parte del Patrimonio Documental los documentos con una antigüedad superior a los cuarenta años generados, conservados o reunidos en el ejercicio de sus actividades por las entidades y asociaciones de carácter político, sindical o religioso y por las entidades, fundaciones y asociaciones culturales y educativas de carácter privado.

4. Integran asimismo el Patrimonio Documental los documentos con una antigüedad superior a los cien años generados, conservados o reunidos por cualesquiera otras entidades particulares o personas físicas.

5. La Administración del Estado podrá declarar constitutivos del Patrimonio Documental aquellos documentos que, sin alcanzar la antigüedad indicada en los apartados anteriores, merezcan dicha consideración.

**Artículo cincuenta**

1. Forman parte del Patrimonio Bibliográfico las bibliotecas y colecciones bibliográficas de titularidad pública y las obras literarias, históricas,

científicas o artísticas de carácter unitario o seriado, en escritura manuscrita o impresa, de las que no conste la existencia de al menos tres ejemplares en las bibliotecas o servicios públicos. Se presumirá que existe este número de ejemplares en el caso de obras editadas a partir de 1958.

2. Asimismo forman parte del Patrimonio Histórico Español y se les aplicará el régimen correspondiente al Patrimonio Bibliográfico los ejemplares producto de ediciones de películas cinematográficas, discos, fotografías, materiales audiovisuales y otros similares, cualquiera que sea su soporte material, de las que no consten al menos tres ejemplares en los servicios públicos, o uno en el caso de películas cinematográficas.

#### Artículo cincuenta y uno

1. La Administración del Estado, en colaboración con las demás Administraciones competentes, confeccionará el Censo de los bienes integrantes del Patrimonio Documental y el Catálogo colectivo de los bienes integrantes del Patrimonio Bibliográfico conforme a lo que se determine reglamentariamente.

2. A los efectos previstos en el apartado anterior, la Administración competente podrá recabar de los titulares de derechos sobre los bienes integrantes del Patrimonio Documental y Bibliográfico el examen de los mismos, así como las informaciones pertinentes para su inclusión, si procede, en dichos Censo y Catálogo.

#### Artículo cincuenta y dos

1. Todos los poseedores de bienes del Patrimonio Documental y Bibliográfico están obligados a conservarlos, protegerlos, destinarlos a un uso que no impida su conservación y mantenerlos en lugares adecuados.

2. Si los obligados incumplen lo dispuesto en el apartado anterior, la Administración competente adoptará las medidas de ejecución oportunas, conforme a lo previsto en el artículo 36.3 de la presente Ley. El incumplimiento de dichas obligaciones, cuando además sea desatendido el requerimiento por la Administración, podrá ser causa de interés social para la expropiación de los bienes afectados.

3. Los obligados a la conservación de los bienes constitutivos del Patrimonio Documental y Bibliográfico deberán facilitar la inspección por parte de los organismos competentes para comprobar la situación o estado de los bienes y habrán de permitir el estudio por los investigadores, previa solicitud razonada de éstos. Los particulares podrán excusar el cumplimiento de esta última obligación, en el caso de que suponga una intromisión en su derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en los términos que establece la legislación reguladora de esta materia.

4. La obligación de permitir el estudio por los investigadores podrá ser sustituida por la Administración competente, mediante el depósito temporal del bien en un Archivo, Biblioteca o Centro análogo de carácter público que reúna las condiciones adecuadas para la seguridad de los bienes y su investigación.

**Artículo cincuenta y tres**

Los bienes integrantes del Patrimonio Documental y Bibliográfico, que tengan singular relevancia, serán incluidos en una sección especial del inventario General de bienes muebles del Patrimonio Histórico Español, conforme al procedimiento establecido en el artículo 26 de esta Ley.

**Artículo cincuenta y cuatro**

1. Quienes por la función que desempeñen tengan a su cargo documentos a los que se refiere el artículo 49.2 de la presente Ley están obligados, al cesar en sus funciones, a entregarlos al que les sustituya en las mismas o remitirlos al Archivo que corresponda.

2. La retención indebida de los documentos a que se refiere el apartado anterior por personas o instituciones privadas dará lugar a que la Administración que los hubiera conservado, generado o reunido ordene el traslado de tales bienes a un Archivo público, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haberse incurrido.

**Artículo cincuenta y cinco**

1. La exclusión o eliminación de bienes del Patrimonio Documental y Bibliográfico contemplados en el artículo 49.2 y de los demás de titularidad pública deberá ser autorizada por la Administración competente.

2. En ningún caso se podrán destruir tales documentos en tanto subsista su valor probatorio de derechos y obligaciones de las personas o los entes públicos.

3. En los demás casos la exclusión o eliminación deberá ser autorizada por la Administración competente a propuesta de sus propietarios o poseedores, mediante el procedimiento que se establecerá por vía reglamentaria.

**Artículo cincuenta y seis**

1. Los actos de disposición, exportación e importación de bienes constitutivos del Patrimonio Documental y Bibliográfico quedarán sujetos a las disposiciones contenidas en el artículo 5.º y títulos III y IV de la presente Ley que les sean de aplicación.

2. En todo caso, cuando tales bienes sean de titularidad pública serán inexportables, salvo lo previsto en los artículos 31 y 34 de esta Ley.

**Artículo cincuenta y siete**

1. La consulta de los documentos constitutivos del Patrimonio Documental Español a que se refiere el artículo 49.2 se atenderá a las siguientes reglas:

a) Con carácter general, tales documentos, concluida su tramitación y depositados y registrados en los Archivos centrales de las correspondientes entidades de Derecho Público, conforme a las normas que se establezcan por vía reglamentaria, serán de libre consulta a no ser que afecten a materias clasificadas de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales o no deban

ser públicamente conocidos por disposición expresa de la Ley, o que la difusión de su contenido pueda entrañar riesgos para la seguridad y la defensa del Estado o la averiguación de los delitos.

b) No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cabrá solicitar autorización administrativa para tener acceso a los documentos excluidos de consulta pública. Dicha autorización podrá ser concedida, en los casos de documentos secretos o reservados, por la Autoridad que hizo la respectiva declaración, y en los demás casos, por el Jefe del Departamento encargado de su custodia.

c) Los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida o, en otro caso, de cincuenta años, a partir de la fecha de los documentos.

2. Reglamentariamente se establecerán las condiciones para la realización de la consulta de los documentos a que se refiere este artículo, así como para la obtención de reproducciones de los mismos.

#### Artículo cincuenta y ocho

El estudio y dictamen de las cuestiones relativas a la calificación y utilización de los documentos de la Administración del Estado y del sector público estatal, así como su integración en los Archivos y el régimen de acceso e inutilidad administrativa de tales documentos corresponderá a una Comisión Superior Calificadora de Documentos Administrativos, cuya composición, funcionamientos y competencias específicas se establecerán por vía reglamentaria. Asimismo podrán constituirse Comisiones Calificadoras en los Organismos públicos que así se determine.

## CAPITULO II

### *De los Archivos, Bibliotecas y Museos*

#### Artículo cincuenta y nueve

1. Son Archivos los conjuntos orgánicos de documentos, o la reunión de varios de ellos, reunidos por las personas jurídicas, públicas o privadas, en el ejercicio de sus actividades, al servicio de su utilización para la investigación, la cultura, la información y la gestión administrativa. Asimismo, se entienden por Archivos las instituciones culturales donde se reúnen, conservan, ordenan y difunden para los fines anteriormente mencionados dichos conjuntos orgánicos.

2. Son Bibliotecas las instituciones culturales donde se conservan, reúnen, seleccionan, inventarián, catalogan, clasifican y difunden conjuntos o colecciones de libros, manuscritos y otros materiales bibliográficos o re-

producidos por cualquier medio para su lectura en sala pública o mediante préstamo temporal, al servicio de la educación, la investigación, la cultura y la información.

3. Son Museos las instituciones de carácter permanente que adquieren, conservan, investigan, comunican y exhiben para fines de estudio, educación y contemplación conjuntos y colecciones de valor histórico, artístico, científico y técnico o de cualquier otra naturaleza cultural.

#### Artículo sesenta

1. Quedarán sometidos al régimen que la presente Ley establece para los Bienes de Interés Cultural los inmuebles destinados a la instalación de Archivos, Bibliotecas y Museos de titularidad estatal, así como los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español en ellos custodiados.

2. A propuesta de las Administraciones competentes el Gobierno podrá extender el régimen previsto en el apartado anterior a otros Archivos, Bibliotecas y Museos.

3. Los Organismos competentes para la ejecución de esta Ley velarán por la elaboración y actualización de los catálogos, censos y ficheros de los fondos de las instituciones a que se refiere este artículo.

#### Artículo sesenta y uno

1. La Administración del Estado podrá crear, previa consulta con la Comunidad Autónoma correspondiente, cuantos Archivos, Bibliotecas y Museos considere oportunos, cuando las necesidades culturales y sociales así lo requieran y sin perjuicio de la iniciativa de otros organismos, instituciones o particulares.

2. Los Archivos, Bibliotecas y Museos de titularidad estatal y carácter nacional serán creados mediante Real Decreto.

3. La Administración del Estado promoverá la comunicación y coordinación de todos los Archivos, Bibliotecas y Museos de titularidad estatal existentes en el territorio español. A tal fin podrá recabar de ellos cuanta información considere adecuada, así como inspeccionar su funcionamiento y tomar las medidas encaminadas al mejor cumplimiento de sus fines, en los términos que, en su caso, dispongan los convenios de gestión con las Comunidades Autónomas.

#### Artículo sesenta y dos

La Administración del Estado garantizará el acceso de todos los ciudadanos españoles a los Archivos, Bibliotecas y Museos de titularidad estatal, sin perjuicio de las restricciones que, por razón de la conservación de los bienes en ellos custodiados o de la función de la propia institución, puedan establecerse.

#### Artículo sesenta y tres

1. Los Archivos, Bibliotecas y Museos de titularidad estatal podrán admitir en depósito bienes de propiedad privada o de otras administraciones públicas de acuerdo con las normas que por vía reglamentaria se establezcan.

2. Los Bienes de Interés Cultural, así como los integrantes del Patrimonio Documental y Bibliográfico custodiados en Archivos y Museos de titularidad estatal no podrán salir de los mismos sin previa autorización, que deberá concederse mediante Orden ministerial. Cuando se trate de objetos en depósito se respetará lo pactado al constituirse.

3. El mismo régimen previsto en el apartado anterior se aplicará a los Bienes de Interés Cultural custodiados en Bibliotecas de titularidad estatal, sin perjuicio de lo que se establezca sobre servicios de préstamos públicos.

#### Artículo sesenta y cuatro

Los edificios en que estén instalados Archivos, Bibliotecas y Museos de titularidad pública, así como los edificios o terrenos en que vayan a instalarse, podrán ser declarados de utilidad pública a los fines de su expropiación. Esta declaración podrá extenderse a los edificios o terrenos contiguos cuando así lo requieran razones de seguridad para la adecuada conservación de los inmuebles o de los bienes que contengan.

#### Artículo sesenta y cinco

1. Cada Departamento ministerial asegurará la coordinación del funcionamiento de todos los Archivos del Ministerio y de los Organismos a él vinculados para el mejor cumplimiento de lo preceptuado en la presente Ley y en los Reglamentos que se dicten para su aplicación.

2. La documentación de los Organismos dependientes de la Administración del Estado será regularmente transferida, según el procedimiento que por vía reglamentaria se establezca, a los Archivos del Estado.

#### Artículo sesenta y seis

Constituyen los Sistemas Españoles de Archivos, de Bibliotecas y de Museos, respectivamente, los Archivos, Bibliotecas y Museos, así como los servicios de carácter técnico o docente directamente relacionados con los mismos, que se incorporen en virtud de lo que se disponga reglamentariamente.

### TITULO VIII

#### *De las medidas de fomento*

#### Artículo sesenta y siete

El Gobierno dispondrá las medidas necesarias para que la financiación de las obras de conservación, mantenimiento y rehabilitación, así como de las prospecciones y excavaciones arqueológicas realizadas en bienes declarados de interés cultural tenga preferente acceso al crédito oficial en la forma y con los requisitos que establezcan sus normas reguladoras. A tal

fin, la Administración del Estado podrá establecer, mediante acuerdos con personas y Entidades públicas y privadas, las condiciones para disfrutar de los beneficios crediticios.

#### Artículo sesenta y ocho

1. En el presupuesto de cada obra pública, financiada total o parcialmente por el Estado, se incluirá una partida equivalente al menos al 1 por 100 de los fondos que sean de aportación estatal con destino a financiar trabajos de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español o de fomento de la creatividad artística, con preferencia en la propia obra o en su inmediato entorno.

2. Si la obra pública hubiera de construirse y explotarse por particulares en virtud de concesión administrativa y sin la participación financiera del Estado, el 1 por 100 se aplicará sobre el presupuesto total para su ejecución.

3. Quedan exceptuadas de lo dispuesto en los anteriores apartados las siguientes obras públicas:

a) Aquellas cuyo presupuesto total no exceda de cien millones de pesetas.

b) Las que afecten a la seguridad y defensa del Estado, así como a la seguridad de los servicios públicos.

4. Por vía reglamentaria se determinará el sistema de aplicación concreto de los fondos resultantes de la consignación del 1 por 100 a que se refiere este artículo.

#### Artículo sesenta y nueve

1. Como fomento al cumplimiento de los deberes y en compensación a las cargas que en esta Ley se imponen a los titulares o poseedores de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, además de las exenciones fiscales previstas en las disposiciones reguladoras de la Contribución Territorial Urbana y del Impuesto Extraordinario sobre el Patrimonio de las Personas Físicas, se establecen los beneficios fiscales fijados en los artículos siguientes.

2. Para disfrutar de tales beneficios, salvo el establecido en el artículo 72.1, los bienes afectados deberán ser inscritos previamente en el Registro General que establece el artículo 12, en el caso de Bienes de Interés Cultural, y en el Inventario General a que se refieren los artículos 26 y 53, en el caso de bienes muebles. En el caso de Conjuntos Históricos, Sitios Históricos o Zonas Arqueológicas, sólo se considerarán inscritos los inmuebles comprendidos en ellos que reúnan las condiciones que reglamentariamente se establezcan.

3. En los términos que establezcan las Ordenanzas Municipales, los bienes inmuebles declarados de interés cultural, quedarán exentos del pago de los restantes impuestos locales que graven la propiedad o se exijan por su disfrute o transmisión, cuando sus propietarios o titulares de derechos reales hayan emprendido o realizado a su cargo obras de conservación, mejora o rehabilitación en dichos inmuebles.

4. En ningún caso procederá la compensación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado en favor de los Ayuntamientos interesados.

### Artículo setenta

1. Los contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas tendrán derecho a una deducción sobre la cuota equivalente al 20 por 100 de las inversiones que realicen en la adquisición, conservación, reparación, restauración, difusión y exposición de bienes declarados de interés cultural, en las condiciones que por vía reglamentaria se señalen. El importe de la deducción en ningún caso podrá exceder del 30 por 100 de la base imponible.

2. Asimismo, los contribuyentes de dicho impuesto tendrán derecho a deducir de la cuota el 20 por 100 de las donaciones puras y simples que hicieren en bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español siempre que se realizaran en favor del Estado y demás Entes públicos, así como de las que se lleven a cabo en favor de establecimientos, instituciones, fundaciones o asociaciones, incluso las de hecho de carácter temporal, para arbitrar fondos, clasificadas o declaradas benéficas o de utilidad pública por los Órganos competentes del Estado, cuyos cargos de patronos, representantes legales o gestores de hecho sean gratuitos, y se rindan cuentas al órgano de protectorado correspondiente. La base de esta deducción no podrá exceder del 30 por 100 de la base imponible.

### Artículo setenta y uno

1. Los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades tendrán derecho a deducir de la cuota líquida resultante de minorar la cuota íntegra en el importe de las deducciones por doble imposición, y en su caso, de las bonificaciones a que se refiere el artículo 25 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades un porcentaje del importe de las cantidades que destinen a la adquisición, conservación, reparación, restauración, difusión y exposición de bienes declarados de interés cultural, en las condiciones que se señalen reglamentariamente.

2. En el Impuesto sobre Sociedades, se considerarán partidas deducibles de los rendimientos íntegros obtenidos, a efectos de determinar las bases imponibles, las donaciones puras y simples de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, realizadas en las condiciones a que se refiere el artículo 70.2. La cuantía de la deducción no podrá exceder del 30 por 100 de la base imponible.

### Artículo setenta y dos

1. Quedan exentas del pago del Impuesto sobre el Lujo y del Impuesto sobre el Tráfico de Empresas las adquisiciones de obras de arte siempre que sus autores vivan en el momento de la transmisión.

2. Quedan exentas de todo tributo las importaciones de bienes muebles que sean incluidos en el Inventario o declarados de interés cultural conforme a los artículos 26.3 y 32.3, respectivamente. La solicitud presentada a tal efecto por sus propietarios, en el momento de la importación, tendrá efectos suspensivos de la deuda tributaria.

**Artículo setenta y tres**

El pago de la deuda tributaria del Impuesto sobre Sucesiones, del Impuesto sobre el Patrimonio y del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas podrá realizarse mediante la entrega de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, en la forma que reglamentariamente se determine.

**Artículo setenta y cuatro**

Las valoraciones necesarias para la aplicación de las medidas de fomento que se establecen en el presente título se efectuarán en todo caso por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español, en los términos y conforme al procedimiento que se determine por vía reglamentaria. En el supuesto del artículo anterior, las valoraciones citadas no vincularán al interesado, que podrá optar por el pago en metálico.

**TITULO IX***De las infracciones administrativas y sus sanciones***Artículo setenta y cinco**

1. La exportación de un bien mueble integrante del Patrimonio Histórico Español que se realice sin la autorización prevista en el artículo 5.º de esta Ley, constituirá delito, o en su caso, infracción de contrabando, de conformidad con la legislación en esta materia. Serán responsables solidarios de la infracción o delito cometido cuantas personas hayan intervenido en la exportación del bien y aquellas otras que por su actuación u omisión, dolosa o negligente, la hubieren facilitado o hecho posible.

2. La fijación del valor de los bienes exportados ilegalmente se realizará por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español, dependiente de la Administración del Estado, cuya composición y funciones se establecerán por vía reglamentaria.

**Artículo setenta y seis**

1. Salvo que sean constitutivos de delito, los hechos que a continuación se mencionan constituyen infracciones administrativas que serán sancionadas conforme a lo dispuesto en este artículo:

a) El incumplimiento por parte de los propietarios o de los titulares de derechos reales o los poseedores de los bienes de las disposiciones contenidas en los artículos 13, 26.2, 4 y 6, 28, 35.3, 36.1 y 2, 38.1, 39, 44, 51.2 y 52.1 y 3.

b) La retención ilícita o depósito indebido de documentos, según lo dispuesto en el artículo 54.1.

c) El otorgamiento de licencias para la realización de obras que no cumpla lo dispuesto en el artículo 23.

d) La realización de obras en Sitios Históricos o Zonas Arqueológicas sin la autorización exigida por el artículo 22.

- e) La realización de cualquier clase de obra o intervención que contravenga lo dispuesto en los artículos 16, 19, 20, 21, 25, 37 y 39.
  - f) La realización de excavaciones arqueológicas u otras obras ilícitas a que se refiere el artículo 42.3.
  - g) El derribo, desplazamiento o remoción ilegales de cualquier inmueble afectado por un expediente de declaración de bien de Interés Cultural.
  - h) La exportación ilegal de los bienes a que hacen referencia los artículos 5.º y 56.1 de la presente Ley.
  - i) El incumplimiento de las condiciones de retorno fijadas para la exportación temporal legalmente autorizada.
  - j) La exclusión o eliminación de bienes del Patrimonio Documental y Bibliográfico que contravenga lo dispuesto en el artículo 55.
2. Cuando la lesión al Patrimonio Histórico Español ocasionada por las infracciones a que se refiere el apartado anterior sea valorable económicamente, la infracción será sancionada con multa del tanto al cuádruplo del valor del daño causado.
3. En los demás casos se impondrán las siguientes sanciones:
- A) Multa de hasta 10.000.000 de pesetas en los supuestos a) y b) del apartado 1.
  - B) Multa de hasta 25.000.000 de pesetas en los supuestos c), d), e) y f) del apartado 1.
  - C) Multa de hasta 100.000.000 de pesetas en los supuestos g), h), i) y j) del apartado 1.

#### Artículo setenta y siete

1. Las sanciones administrativas requerirán la tramitación de un expediente con audiencia del interesado para fijar los hechos que las determinen y serán proporcionales a la gravedad de los mismos, a las circunstancias personales del sancionado y al perjuicio causado o que pudiera haberse causado al Patrimonio Histórico Español.

2. Las multas que se impongan a distintos sujetos como consecuencia de una misma infracción tendrán carácter independiente entre sí.

#### Artículo setenta y ocho

Las multas de hasta 25.000.000 de pesetas serán impuestas por los Organismos competentes para la ejecución de esta Ley. Las de cuantía superior a 25.000.000 de pesetas serán impuestas por el Consejo de Ministros o los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

#### Artículo setenta y nueve

- 1. Las infracciones administrativas contra lo dispuesto en esta Ley prescribirán a los cinco años de haberse cometido, salvo las contenidas en los apartados g), h), i) y j) del artículo 76.1, que prescribirán a los diez años.
- 2. En todo lo no previsto en el presente título será de aplicación el Capítulo II del Título VI de la Ley de Procedimiento Administrativo.

## DISPOSICIONES ADICIONALES

**Primera.**—Los bienes que con anterioridad hayan sido declarados históricos-artisticos o incluidos en el *Inventario del Patrimonio Artístico y Arqueológico de España* pasan a tener la consideración y a denominarse *Bienes de Interés Cultural*; los muebles que hayan sido declarados integrantes del *Tesoro* o incluidos en el *Inventario del Patrimonio Histórico-Artístico* tienen la condición de bienes inventariados conforme al artículo 26 de esta Ley, sin perjuicio de su posible declaración expresa como *Bienes de Interés Cultural*. Todos ellos quedan sometidos al régimen jurídico que para esos bienes la presente Ley establece.

**Segunda.**—Se consideran asimismo de *Interés Cultural* y quedan sometidos al régimen previsto en la presente Ley los bienes a que se contraen los Decretos de 22 de abril de 1949, 571/1963 y 499/1973.

**Tercera.**—1. Los documentos del *Inventario del Patrimonio Artístico y Arqueológico de España* se incorporarán al *Registro General* al que se refiere el artículo 12 de esta Ley.

2. Los documentos del *Inventario del Tesoro Artístico Nacional* se incorporarán al *Inventario General de bienes muebles* previsto en el artículo 26.

3. Asimismo, los documentos propios del *Censo-Guía de Archivos* se incorporarán al *Censo del Patrimonio Documental* y los del *Catálogo General del Tesoro Bibliográfico* pasarán al *Catálogo Colectivo*.

4. Por la Dirección General de Bellas Artes y Archivos se procederá a la integración de los documentos a que se refieren los apartados precedentes en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la presente Ley.

**Cuarta.**—La exigencia a que se refiere el artículo 69.2 de la presente Ley obligará igualmente a los titulares de los bienes señalados en el artículo 6, j), de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre *Medidas Urgentes de Reforma Fiscal*, para beneficiarse de la exención que en el mismo se prevé. La misma exigencia se incorpora a las establecidas en el Real Decreto 1382/1978, de 2 de junio, en el que la referencia al *Inventario* contenida en su artículo 2º queda suprimida.

**Quinta.**—Quedan sujetos a cuanto se dispone en esta Ley cuantos bienes muebles e inmuebles formen parte del *Patrimonio Nacional* y puedan incluirse en el ámbito del artículo 1º, sin perjuicio de su afectación y régimen jurídico propio.

**Sexta.**—El Gobierno negociará en los correspondientes *Acuerdos, Convenios y Tratados Internacionales* cláusulas tendentes a reintegrar al territorio español los bienes culturales que hayan sido exportados ilegalmente.

**Séptima.**—Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Ley, las Administraciones a quienes corresponda su aplicación quedarán también sujetas a los *Acuerdos Internacionales* válidamente celebrados por España. La actividad de tales Administraciones estará asimismo encaminada al cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones que, para la protección del *Patrimonio Histórico*, adopten los Organismos Internacionales de los que España sea miembro.

Octava.—La aceptación de donaciones, herencias o legados a favor del Estado, aunque se señale como beneficiario a algún otro órgano de la Administración, relativos a toda clase de bienes que constituyan expresión o testimonio de la creación humana y tengan un valor cultural, bien sea de carácter histórico, artístico, científico o técnico, corresponderá al Ministerio de Cultura, entendiéndose aceptada la herencia a beneficio de inventario.

Corresponderá asimismo a dicho Ministerio aceptar análogas donaciones en metálico que se efectúen con el fin específico y concreto de adquirir, restaurar o mejorar alguno de dichos bienes. El importe de esta donación se ingresará en el Tesoro Público y generará crédito en el concepto correspondiente del presupuesto del Ministerio de Cultura.

Por el Ministerio de Cultura se informará al Ministerio de Economía y Hacienda de las donaciones, herencias o legados que se acepten conforme a lo dispuesto en los párrafos anteriores.

#### DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—En tanto se elaboran las normas precisas para el desarrollo y aplicación de la presente Ley, se entenderán vigentes las de rango reglamentario que regulan el Patrimonio Histórico-Artístico Español, el Tesoro Documental y Bibliográfico, los Archivos, Bibliotecas y Museos, en todo aquello que no contravenga lo dispuesto en la misma.

Segunda.—En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Cultura, dictará el Reglamento de organización, funcionamiento y personal de los Archivos, Bibliotecas y Museos de titularidad estatal, así como de los servicios técnicos o docentes relacionados con ellos o con las actividades que competen a la Administración del Estado en la protección del Patrimonio Histórico Español.

Tercera.—Quienes a la entrada en vigor de la presente Ley fuesen propietarios, poseedores o tenedores de algunos de los bienes a que se refieren los artículos 26 y 53 de la presente Ley dispondrán del plazo de un año para comunicar la existencia de dichos bienes a la Administración competente. En tal caso, la citada comunicación determinará la exención, en relación a tales bienes, de cualesquiera impuestos o gravámenes no satisfechos con anterioridad, así como de toda responsabilidad frente a la Hacienda Pública o los restantes Organos de la Administración por incumplimientos, sanciones, recargos o intereses de demora.

Cuarta.—El Gobierno, a propuesta de los Ministerios de Economía y Hacienda y Cultura, desarrollará, por vía reglamentaria, las condiciones para la exención a que se refiere la anterior disposición transitoria, y regulará también el alcance y supuestos en que proceda la revalorización de las obras a efectos fiscales.

Quinta.—En los diez años siguientes a la entrada en vigor de esta Ley lo dispuesto en el artículo 28.1 de la misma se entenderá referido a los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español en posesión de las instituciones eclesiásticas.

Sexta.—1. La tramitación y efectos de los expedientes sobre declaración de bienes inmuebles de valor histórico-artístico incoados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa en virtud de la cual han sido iniciados, pero su resolución se efectuará en todo caso mediante Real Decreto, y con arreglo a las categorías previstas en el artículo 14.2 de la presente Ley.

2. En los Conjuntos Históricos ya declarados que dispongan de un Plan Especial de Protección u otro instrumento de planeamiento del área afectada por la declaración, aprobado con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, la autorización de obras se regirá por lo dispuesto en el artículo 20.3 hasta que no se haya obtenido de la Administración competente el informe favorable sobre el instrumento de planeamiento a aplicar. A estos efectos se entenderá emitido informe favorable transcurrido un año desde la presentación del Plan, sin que haya recaído resolución expresa.

Séptima.—En el plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor de la Ley, los responsables de la instalación deberán retirar la publicidad comercial, así como los cables y conducciones a que se refiere el artículo 19.3.

Octava.—Los Parajes Pintorescos a que se refiere la disposición transitoria de la Ley 15/1975, de 2 de mayo, de Espacios Naturales Protegidos, mientras no sean reclasificados conforme a su disposición final, conservarán la condición de Bienes de Interés Cultural.

#### DISPOSICION FINAL

1. Se autoriza al Gobierno para dictar, además de las disposiciones reglamentarias expresamente previstas en la presente Ley, las que sean precisas para su cumplimiento.

2. El Gobierno queda, asimismo, autorizado para proceder por vía reglamentaria a la actualización de la cuantía de las multas que se fijan en el artículo 76 de la presente Ley, sin que los porcentajes de los incrementos que por tal vía se establezcan puedan ser superiores, en ningún caso, al Índice Oficial del Coste de Vida.

3. La Ley de Presupuestos Generales del Estado podrá determinar anualmente las fórmulas de actualización de la base imponible y de los tipos de gravamen de la tasa por exportación a que se refiere el artículo 30.

4. Se autoriza también al Gobierno para que, a iniciativa del Ministerio de Cultura y a propuesta del Ministerio del Interior, disponga la creación en los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado de un Grupo de Investigación formado por personal especializado en las materias que son objeto de la presente Ley y destinado a perseguir sus infracciones.

#### DISPOSICION DEROGATORIA

1. Quedan derogados la Ley de 7 de julio de 1911 sobre Excavaciones Arqueológicas; el Real Decreto-Ley de 9 de agosto de 1926 sobre Protección, Conservación y Acrecentamiento de la Riqueza Artística; la Ley de 10 de diciembre de 1931 sobre enajenación de bienes artísticos, arqueológicos e

históricos de más de cien años de antigüedad; la Ley de 13 de mayo de 1933 sobre defensa, conservación y acrecentamiento del Patrimonio Histórico Artístico; la Ley de 22 de diciembre de 1955 sobre Conservación del Patrimonio Histórico Artístico; el Decreto 1.641/1959, de 23 de septiembre, sobre exportación de objetos de valor e interés arqueológico o artístico y de imitaciones o copias y la Ley 26/1972, de 21 de junio, sobre Defensa del Tesoro Documental y Bibliográfico de la Nación, salvo las disposiciones relativas al Centro Nacional del Tesoro Documental y Bibliográfico, las cuales, no obstante, tendrán en adelante rango reglamentario, y el Real Decreto 2.832/1978, de 28 de octubre, sobre el 1 por 100 cultural.

2. Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades que guarden y hagan guardar esta Ley.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 25 de junio de 1985.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,  
FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

*LEY 6/1985, de 27 de marzo, sobre modificación del artículo 849, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. («B. O. E.», núm. 77, de 30 de marzo de 1985.)*

JUAN CARLOS I  
REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren,

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley:

#### EXPOSICION DE MOTIVOS

Desaparecido el documento «auténtico» a efectos de casación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la nueva redacción del artículo 1.692, 4.º, de aquélla, parece congruente reformar, asimismo, y con exclusivo e idéntico alcance la casación penal.

En su virtud,

Artículo 1.º Se modifica el artículo 8.499, 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los términos siguientes:

«Artículo 849. Se entenderá que ha sido infringida la Ley para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación:

1.º .....

2.º Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios».

Art. 2.º Esta Ley entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

#### DISPOSICION TRANSITORIA

Los recursos que se hubieran formalizado hasta la fecha de entrada en vigor de la presente Ley se regirán por la legislación hoy derogada. Los recursos que se formalicen a partir de la entrada en vigor de la presente Ley se regirán por la presente regulación.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 27 de marzo de 1985.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno,

FELIPE GONZALEZ MARQUEZ

*INSTRUMENTO de Ratificación del Convenio sobre traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983. («B. O. E.», núm. 138, de 10 de junio de 1985.)*

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

*Por cuanto* el día 10 de junio de 1983, el Plenipotenciario de España, nombrado en buena y debida forma al efecto, firmó en Estrasburgo el Convenio Europeo sobre traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983.

*Vistos y examinados* los veinticinco artículos de dicho Convenio, Concedida por las Cortes Generales la *autorización* prevista en el artículo 94.1 de la Constitución,

*Vengo en aprobar y ratificar* cuanto en él se dispone, como en virtud del presente lo apruebo y ratifico, prometiendo cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes, a cuyo fin, para su mayor validación y firmeza, *Mando expedir* este Instrumento de Ratificación firmado por Mí, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito Ministro de Asuntos Exteriores, con las siguientes Declaraciones:

Al artículo 3.3:

España indica que excluye la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 9.1 b en sus relaciones con las otras Partes.

Al artículo 3.4:

En lo que concierne al presente Convenio, España considerará como nacionales las personas que gocen de esta calidad en virtud de las normas del título I del libro I del Código Civil español.

Al artículo 16.7:

A los efectos del artículo 16.7, España exige que se le notifique cualquier tránsito de un condenado en vuelo sobre su territorio.

Al artículo 17.3:

España requiere que las demandadas de traslado y los documentos que las fundamentan sean acompañados de una traducción en lengua española.

Dado en Madrid a 18 de febrero de 1985.

JUAN CARLOS R.

El Ministro de Asuntos Exteriores

FERNANDO MORAN LOPEZ

### CONVENIO SOBRE TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS

Los Estados miembros del Consejo de Europa y los demás Estados signatarios del presente Convenio,

Considerando que el fin del Consejo de Europa es realizar una unión más íntima entre sus miembros;

Queriendo desarrollar más la cooperación internacional en materia penal;

Considerando que dicha cooperación debe servir a los intereses de una buena administración de justicia y favorecer la reinserción social de las personas condenadas;

Considerando que esos objetivos exigen que los extranjeros privados de su libertad como consecuencia de una infracción penal tengan la posibilidad de cumplir su condena en su medio social de origen;

Considerando que el mejor medio para ello es trasladarlos a sus propios países,

Convienen en lo siguiente:

#### Artículo uno

##### *Definiciones*

A los efectos del presente Convenio, la expresión:

a) «Condena» designará cualquier pena o medida privativa de libertad dictada por un Juez, con una duración limitada o indeterminada, por razón de una infracción penal;

b) «Sentencia» designará una resolución judicial en la que se pronuncie una sentencia;

c) «Estado de condena» designará el Estado donde se ha condenado a la persona que puede ser trasladada o que lo haya sido ya;

d) «Estado de cumplimiento» designará el Estado al cual el condenado pueda ser trasladado o lo haya sido ya, con el fin de cumplir su condena.

**Artículo dos***Principios generales*

1. Las Partes se obligan, en las condiciones previstas por el presente Convenio, a prestarse mutuamente la más amplia colaboración posible en materia de traslado de personas condenadas.

2. Una persona condenada de una Parte podrá, con arreglo a lo dispuesto en el presente Convenio, ser trasladada a otra parte para cumplir la condena que se le haya impuesto. A tal fin podrá expresar, bien al Estado de condena bien al Estado de cumplimiento, su deseo de que se le traslade en virtud del presente Convenio.

3. El traslado podrá solicitarse bien por el Estado de condena bien por el Estado de cumplimiento.

**Artículo tres***Condiciones de la transferencia*

1. Un traslado podrá llevarse a cabo con arreglo al presente Convenio solamente en las condiciones siguientes:

- a) El condenado deberá ser nacional del Estado de cumplimiento;
- b) La sentencia deberá ser firme;
- c) La duración de la condena que el condenado tendrá que cumplir aún deberá ser al menos de seis meses el día de la recepción de la petición o indeterminada;
- d) El condenado, o su representante, cuando por razón de su edad o de su estado físico mental uno de los dos Estados así lo estimare necesario, deberá consentir el traslado;
- e) Los actos u omisiones que hayan dado lugar a la condena deberán constituir una infracción penal con arreglo a la ley del Estado de cumplimiento o la constituirían si se cometieran en su territorio; y
- f) El Estado de condena y el Estado de cumplimiento deberán estar de acuerdo en ese traslado.

2. En casos excepcionales, las Partes podrán convenir en un traslado, aunque la duración de la condena que el delincuente tenga aún que cumplir sea inferior a la prevista en el párrafo 1, c).

3. Cualquier Estado, en el momento de la firma o depósito de su Instrumento de Ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, podrá indicar, mediante una declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa, que tiene la intención de excluir la aplicación de uno de los procedimientos previstos en el artículo 9, 1, a) y b), en sus relaciones con las otras Partes.

4. Cualquier Estado, mediante una declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa, podrá en cualquier momento definir, en lo que a él respecta, el término «nacional» a los efectos del presente Convenio.

**Artículo cuatro***Obligación de facilitar informaciones*

1. Cualquier condenado a quien pueda aplicarse el presente Convenio deberá estar informado por el Estado de condena del tenor del presente Convenio.

2. Si el condenado hubiere expresado al Estado de condena su deseo de ser trasladado en virtud del presente Convenio, dicho Estado deberá informar de ello al Estado de cumplimiento con la mayor diligencia posible después de que la sentencia sea firme.

3. Las informaciones comprenderán:

- a) El nombre, la fecha y el lugar de nacimiento del condenado;
- b) En su caso, la dirección en el Estado de cumplimiento;
- c) Una exposición de los hechos que hayan originado la condena;
- d) La naturaleza, la duración y la fecha de comienzo de la condena.

4. Si el condenado hubiere expresado al Estado de cumplimiento su deseo de ser trasladado en virtud del presente Convenio, el Estado de condena comunicará a dicho Estado, a petición suya, las informaciones a que se refiere el párrafo 3 que antecede.

5. Deberá informarse por escrito al condenado de cualquier gestión emprendida por el Estado de condena o el Estado de cumplimiento en aplicación de los párrafos precedentes, así como de cualquier decisión tomada por uno de los dos Estados con respecto a una petición de traslado.

## Artículo cinco

### *Peticiones y respuestas*

1. Las peticiones de traslado y las respuestas se formularán por escrito.

2. Dichas demandas se dirigirán por el Ministerio de Justicia del Estado requirente al Ministerio de Justicia del Estado requerido. Las respuestas se comunicarán por las mismas vías.

3. Cualquier Parte, mediante una declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa, podrá indicar que utilizará otras vías de comunicación.

4. El Estado requerido informará al Estado requirente, con la mayor diligencia posible, de su decisión de aceptar o denegar el traslado solicitado.

## Artículo seis

### *Documentación justificativa*

1. El Estado de cumplimiento, a petición del Estado de condena, facilitará a este último:

a) Un documento o una declaración que indique que el condenado es nacional de dicho Estado;

b) Una copia de las disposiciones legales del Estado de cumplimiento de las cuales resulte que los actos u omisiones que hayan dado lugar a la condena en el Estado de condena constituyen una infracción penal con arreglo al derecho del Estado de cumplimiento o la constituirían si se cometiera en su territorio;

c) Una declaración en la que figure la información prevista en el artículo 9, 2.

2. Si se solicitare un traslado, el Estado de condena deberá facilitar al Estado de cumplimiento los documentos que a continuación se expresan, a menos que uno u otro de los dos Estados haya indicado ya que no está de acuerdo con el traslado:

- a) Una copia certificada conforme de la sentencia y de las disposiciones legales aplicadas;
  - b) La indicación de la duración de la condena ya cumplida, incluida la información referente a cualquier detención preventiva, remisión de pena u otra circunstancia relativa al cumplimiento de la condena;
  - c) Una declaración en la que conste el consentimiento para el traslado a que se refiere el artículo 3, 1, d); y
  - d) Cuando proceda, cualquier informe médico o social acerca del condenado, cualquier información sobre su tratamiento en el Estado de condena y cualquier recomendación para la continuación de su tratamiento en el Estado de su cumplimiento.
3. El Estado de condena y el Estado de cumplimiento podrán, uno y otro, solicitar que se le facilite cualquiera de los documentos o declaraciones a que se refieren los párrafos 1 y 2 que anteceden antes de solicitar un traslado o tomar la decisión de aceptar o denegar el traslado.

## Artículo siete

### *Consentimiento y verificación*

1. El Estado de condena hará de forma que la persona que deba prestar su consentimiento para el traslado en virtud del artículo 3, 1 d), lo haga voluntariamente y siendo plenamente consciente de las consecuencias jurídicas que de ello se deriven. El procedimiento que se siga a ese respecto se regirá por la ley del Estado de condena.
2. El Estado de condena deberá dar al Estado de cumplimiento la posibilidad de verificar, por intermedio de un Cónsul o de otro funcionario designado de acuerdo con el Estado de cumplimiento, que el consentimiento se ha dado en las condiciones previstas en el párrafo anterior.

## Artículo ocho

### *Consecuencias del traslado para el Estado de condena*

1. El hecho de que las autoridades del Estado de cumplimiento tomen a su cargo al condenado tendrá como efecto suspender el cumplimiento de la condena en el Estado de condena.
2. El Estado de condena no podrá hacer que se cumpla la condena cuando el Estado de cumplimiento considere el cumplimiento de la condena como terminado.

## Artículo nueve

### *Consecuencia del traslado para el Estado de cumplimiento*

1. Las autoridades competentes del Estado de cumplimiento deberán:
  - a) Bien hacer que prosiga el cumplimiento de la pena inmediatamente o sobre la base de una resolución judicial o administrativa, en las condiciones enunciadas en el artículo 10;
  - b) O bien convertir la condena, mediante un procedimiento judicial o administrativo, en una decisión de dicho Estado, que sustituya así la sanción impuesta en el Estado de condena por una sanción prevista por la legislación del Estado de cumplimiento para la misma infracción, en las condiciones enunciadas en el artículo 11.

2. El Estado de cumplimiento, si así se le solicita, deberá indicar al Estado de condena, antes del traslado de la persona condenada, cuál de dichos procedimientos aplicará.

3. El cumplimiento de la condena se regirá por la ley del Estado de cumplimiento y este Estado será el único competente para tomar todas las decisiones convenientes.

4. Cualquier Estado cuyo derecho interno impida hacer uso de uno de los procedimientos a que se refiere el párrafo 1 para aplicar las medidas de que han sido objeto en otra Parte personas a quienes, habida cuenta de su Estado mental, se han declarado penalmente irresponsables de una infracción, y que está dispuesto a tomar a su cargo a dichas personas con el fin de proseguir el tratamiento de las mismas, podrá indicar, mediante una declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa los procedimientos que aplicará en esos casos.

#### Artículo diez

##### *Prosecución del cumplimiento*

1. En el caso de prosecución del cumplimiento, el Estado de cumplimiento quedará vinculado por la naturaleza jurídica y la duración de la sanción tal como resulten de la condena.

2 Sin embargo, si la naturaleza o la duración de dicha sanción fueren incompatibles con la legislación del Estado de cumplimiento o si la legislación de dicho Estado lo exige, el Estado de cumplimiento podrá adaptar, mediante resolución judicial o administrativa, dicha sanción a la pena o medida prevista por su propia ley para las infracciones de igual naturaleza. Dicha pena o medida corresponderá en la medida de lo posible, en cuanto a su naturaleza, a la impuesta por la condena que haya de cumplir. No podrá agravar por su naturaleza o por su duración la sanción impuesta en el Estado de condena ni exceder del máximo previsto por la ley del Estado de cumplimiento.

#### Artículo once

##### *Conversión de la condena*

1. En el caso de conversión de la condena se aplicará el procedimiento previsto por la legislación del Estado de cumplimiento. Al realizar la conversión la autoridad competente:

a) Quedará vinculada por la constatación de los hechos en la medida en que los mismos figuren explícita o implícitamente en la sentencia dictada en el Estado de condena;

b) No podrá convertir una sanción privativa de libertad en una sanción pecuniaria;

c) Deducirá íntegramente el período de privación de libertad cumplido por el condenado; y

d) No agravará la situación penal del condenado y no quedará vinculada por la sanción mínima eventualmente prevista por la legislación del Estado de cumplimiento para la o las fracciones cometidas.

2. Cuando el procedimiento de conversión tenga lugar después del traslado de la persona condenada, el Estado de cumplimiento mantendrá detenida a dicha persona o tomará otras medidas con el fin de garantizar su presencia en el Estado de cumplimiento hasta la terminación de dicho procedimiento.

#### Artículo doce

##### *Indulto, amnistía, conmutación*

Cada parte podrá conceder el indulto, la amnistía o la conmutación de la pena de conformidad con su Constitución o sus demás normas jurídicas.

#### Artículo trece

##### *Revisión de la sentencia*

Solamente el Estado de condena tendrá el derecho a decidir acerca de cualquier recurso de revisión presentado contra la sentencia

#### Artículo catorce

##### *Cesación del cumplimiento*

El Estado de cumplimiento deberá poner fin al cumplimiento de la condena en cuanto la haya informado el Estado de condena de cualquier decisión o medida que tenga como efecto quitar a la condena su carácter ejecutorio.

#### Artículo quince

##### *Información acerca de la condena*

El Estado de cumplimiento facilitará información al Estado de condena acerca del cumplimiento de la condena:

- a) Cuando considere terminado el cumplimiento de la condena;
- b) Si el condenado se evadiere antes de que termine el cumplimiento de la sentencia; o
- c) Si el Estado de condena le solicitare un informe especial.

#### Artículo dieciséis

##### *Tránsito*

1. Una parte deberá, de conformidad con su legislación, acceder a una petición de tránsito de un condenado por su territorio, si dicha petición se formulase por otra Parte que hubiese convenido con otra Parte o con un tercer Estado el traslado del condenado a, o desde, su territorio.

2. Una parte podrá negarse a conceder el tránsito:

- a) Si el condenado fuese uno de sus nacionales, o
- b) Si la infracción que hubiera dado lugar a la condena no constituyere una infracción con arreglo a su legislación.

3. Las peticiones de tránsito y las respuestas se comunicarán por las vías mencionadas en las disposiciones del artículo 5, 2 y 3.

4. Una Parte podrá acceder a una petición de tránsito de un condenado por su territorio, formulada por un tercer Estado, si éste hubiere convenido con otra Parte el traslado a, o desde, su territorio.

5. La Parte a la cual se solicite el tránsito podrá mantener detenido al

condenado durante el período estrictamente necesario para el tránsito por su territorio.

6. La Parte a la cual se solicite conceda el tránsito podrá ser invitada a que garantice que el condenado no será perseguido ni detenido, sin perjuicio de la aplicación del párrafo precedente, ni sometido a ninguna otra restricción de su libertad individual en el territorio del Estado de tránsito, por hechos o condenas anteriores a su salida del territorio del Estado de condena.

7. No será necesaria ninguna petición de tránsito si se utilizare el transporte aéreo volando sobre el territorio de una Parte y no se previere aterrizaje alguno. Sin embargo, cada Estado podrá exigir mediante una declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión que se le notifique cualquier tránsito sobre su territorio.

#### Artículo diecisiete

##### *Lenguas y gastos*

1. Las informaciones previstas en el artículo 4, párrafos 2 a 4, se facilitarán en la lengua de la Parte a la cual se dirijan o en una de las lenguas oficiales del Consejo de Europa.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3 que figura a continuación, no será necesaria ninguna traducción de las peticiones de traslado o de los documentos justificativos.

3. Cualquier Estado podrá exigir —en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, mediante una declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa— que las peticiones de traslado y los documentos justificativos vayan acompañadas de una traducción a su propia lengua o a una de las lenguas oficiales del Consejo de Europa o a una de dichas lenguas que él indique. Podrá declarar en esa ocasión que está dispuesto a aceptar traducciones en cualquier otra lengua además de la lengua oficial o de las lenguas oficiales del Consejo de Europa.

4. Salvo la excepción prevista en el artículo 6, 2, a), los documentos remitidos en aplicación del presente Convenio no necesitarán certificación alguna.

5. Los gastos ocasionados al aplicarse el presente Convenio correrán a cargo del Estado de cumplimiento, con excepción de los gastos originados exclusivamente en el territorio del Estado de condena.

#### Artículo dieciocho

##### *Firma y entrada en vigor*

1. El presente Convenio quedará abierto a la firma de los estados miembros del Consejo de Europa y de los Estados no miembros que hayan participado en su elaboración. Se someterá a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación o aprobación se depositarán en poder del Secretario General del Consejo de Europa.

2. El presente Convenio entrará en vigor el día 1 del mes siguiente a la

expiración de un período de tres meses después de la fecha en que tres Estados miembros del Consejo de Europa hayan manifestado que consienten en quedar vinculados por el Convenio, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1.

3. Para cualquier Estado signatario que manifestare ulteriormente que consiente en quedar vinculado por el Convenio, éste entrará en vigor el día 1 del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha del depósito del instrumento de ratificación, aceptación o aprobación.

#### Artículo diecinueve

##### *Adhesión de los Estados no miembros*

1. Despues de la entrada en vigor del presente Convenio, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, después de haber consultado con los Estados Contratantes, podrá invitar a cualquier Estado no miembro del Consejo y no mencionado en el artículo 18, 1, a que se adhiera al presente Convenio, mediante una decisión tomada por la mayoría prevista en el artículo 20, d), del Estatuto del Consejo de Europa y con la unanimidad de los representantes de los Estados Contratantes con derecho a formar parte del Comité.

2. Para cualquier Estado adherido, el Convenio entrará en vigor el día 1 del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha del depósito del instrumento de adhesión en poder del Secretario general del Consejo de Europa.

#### Artículo veinte

##### *Aplicación territorial*

1. Cualquier Estado podrá, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o adhesión, designar el o los territorios a los cuales se aplicará el presente Convenio.

2. Cualquier Estado, en cualquier otro momento posterior y mediante una declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa, podrá ampliar la aplicación del presente Convenio a cualquier otro territorio designado en la declaración. El Convenio entrará en vigor, con respecto a dicho territorio, el día 1 del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha de recepción de la declaración por el Secretario general.

3. Cualquier declaración efectuada en virtud de los dos párrafos precedentes podrá retirarse, en lo que respecta a cualquier territorio designado en dicha declaración, mediante una notificación dirigida al Secretario general. La retirada tendrá efecto el día 1 del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha de recepción de la notificación por el Secretario general.

**Artículo veintiuno***Aplicación en el tiempo*

El presente Convenio podrá aplicarse al cumplimiento de condenas dictadas, ya sean antes o después de su entrada en vigor.

**Artículo veintidós***Relaciones con otros Convenios y Acuerdos*

1. El presente Convenio no afectará a los derechos y obligaciones derivados de los tratados de extradición y otros tratados de cooperación internacional en materia penal que prevean el traslado de detenidos a los efectos de careo o de testimonio.

2. Cuando dos o más Partes hayan concluido ya o concluyeron un acuerdo o un tratado sobre el traslado de condenados o cuando hayan establecido o establecieren de otra forma sus relaciones en ese dominio, tendrán la facultad de aplicar dicho acuerdo, tratado o arreglo en lugar del presente Convenio.

3. El presente Convenio no afectará al derecho de los Estados que sean Parte del Convenio Europeo relativo al valor internacional de sentencias penales a concluir entre ellas acuerdos bilaterales o multilaterales, relativos a las cuestiones reguladas por el presente Convenio, para completar sus disposiciones o para facilitar la aplicación de los principios en que él se inspira.

4. Si una petición de traslado entrare dentro del campo de aplicación del presente Convenio y del Convenio Europeo relativo al Valor Internacional de las Sentencias Penales, o de otro acuerdo o tratado sobre el traslado de condenados, el Estado requirente, cuando formule la petición correspondiente, deberá precisar en virtud de qué instrumento se formula la petición.

**Artículo veintitrés***Solución amistosa*

El Comité Europeo para los Problemas Penales estará informado de la aplicación del presente Convenio y facilitará, en caso de necesidad, la solución amistosa de cualquier dificultad en la aplicación.

**Artículo veinticuatro***Denuncia*

1. Cualquier Parte podrá, en cualquier momento, denunciar el presente Convenio dirigiendo una notificación al Secretario general del Consejo de Europa.

2. La denuncia tendrá efecto el día 1 del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses después de la fecha de recepción de la notificación por el Secretario general.

3. Sin embargo, el presente Convenio continuará aplicándose al cumplimiento de las condenas de personas trasladadas, con arreglo a dicho Convenio, antes de que tenga efecto la denuncia.

## Artículo veinticinco

*Notificaciones*

El Secretario general del Consejo de Europa notificará a los Estados miembros del Consejo de Europa, a los Estados no miembros que hayan participado en la elaboración del presente Convenio, así como a cualquier Estado que se haya adherido al mismo:

- a) Cualquier firma.
- b) El depósito de cualquier instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión.
- c) Cualquier fecha de entrada en vigor del presente Convenio, conforme a sus artículos 18, 2 y 3; 19, 2 y 20, 2 y 3.
- d) Cualquier otro documento, declaración, notificación o comunicación referente al presente Convenio.

En fe de lo cual los infrascritos, debidamente autorizados al respecto, firman el presente Convenio.

Hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, en francés y en inglés, los dos textos igualmente fehacientes, en un ejemplar único que se depositará en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario general del Consejo de Europa remitirá una copia certificada conforme del mismo a cada uno de los Estados no miembros del Consejo de Europa, a los Estados no miembros que hayan participado en la elaboración del presente Convenio y a cualquier Estado invitado a adherirse al mismo.

## ESTADOS PARTE

## Entrada en vigor

Estados Unidos ... ...	11 marzo 1985 (R) ... ...	1 julio 1985
España ... ... ... ...	11 marzo 1985 (R) ... ...	1 julio 1985
Francia (1) ... ... ... ...	11 febrero 1985 (Ap.) ...	1 julio 1985
Suecia (2) ... ... ... ...	9 enero 1985 (R) ... ...	1 julio 1985

(R) = Ratificación; (Ap.) = Aprobación.

## DECLARACIONES Y RESERVAS

## 1. FRANCIA.

## Declaraciones:

Francia interpreta el párrafo 3 del artículo 9 y el párrafo 1 del artículo 10 en el sentido de que el Estado de cumplimiento es el único competente para tomar las decisiones de suspensión y de reducción de la pena respecto al condenado detenido y para determinar todas las otras modalidades de ejecución de la pena sin que sea discutida, en su principio, la naturaleza jurídica y la duración de la sanción pronunciada por la jurisdicción del Estado de condena.

Conforme al artículo 3, párrafo 3, del Convenio, Francia desea excluir la aplicación del procedimiento previsto en el artículo 9, párrafo 1, apartado b), en las relaciones con las otras partes.

Reserva:

Francia formula una reserva al artículo 23 sobre competencia de un Comité de Expertos, el Comité Director para los Problemas Criminales, para conocer del arreglo amistoso de las dificultades de aplicación del Convenio.

## 2. SUECIA.

### Artículo tres, párrafo cuatro

El Gobierno sueco ha declarado que en lo que atañe a los fines del Convenio, el término «súbdito» comprenderá igualmente a los extranjeros domiciliados en el Estado de cumplimiento.

### Artículo cinco, párrafo tres

El Gobierno sueco ha indicado que las demandas y otras comunicaciones deberán ser enviadas por el Ministerio de Asuntos Extranjeros y recibidas por este.

### Artículo nueve, párrafo cuatro

El Gobierno sueco ha declarado que en lo que atañe, la conversión de la condena sólo podrá ser aplicada en los casos a los cuales se hace referencia en dicho párrafo.

### Artículo diecisiete, párrafo tres

El Gobierno sueco ha declarado que las demandas e informaciones que le serán transmitidas deberán —si no están redactadas en danés, inglés, noruego o en sueco— ser traducidas al sueco o al inglés.

El presente Convenio entrará en vigor de forma general y para España el 1 de julio de 1985, de conformidad con lo establecido en el artículo 18, 2, del mismo.

Lo que se hace público para conocimiento general.

Madrid, 28 de mayo de 1985.—El Secretario general técnico, Fernando Perpiñá-Robert Peyrá.

*INSTRUMENTO de ratificación del Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición (número 86), hecho en Estrasburgo el 15 de octubre de 1975. («B. O. E.», núm. 139, de 11 de junio de 1985.)*

*Protocolo adicional al Convenio Europeo de Extradición,  
Estrasburgo, 15 de octubre de 1975*

Los Estados miembros del Consejo de Europa, signatarios del presente Protocolo,

Visto las disposiciones del Convenio Europeo de Extradición abierto a la firma en París del 13 de diciembre de 1957 (a continuación denominado el «Convenio») concretamente los artículos 3 y 9 del mismo;

Considerando que es conveniente completar dichos artículos con el fin de que resulte más eficaz la protección de la comunidad humana y de los individuos,

Convienen en lo siguiente:

## TITULO I

### Artículo uno

Para la aplicación del artículo 3 del Convenio, no se considerará que son delitos políticos:

a) Los crímenes de lesa humanidad previstos en el Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio aprobado el 9 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas;

b) Las infracciones previstas en los artículos 50 del Convenio de Ginebra de 1949 para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, 51 del Convenio de Ginebra de 1949 para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar, 130 del Convenio de Ginebra de 1949 relativo al trato de los prisioneros de guerra y 147 del Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra;

c) Cualesquiera violaciones análogas de las leyes de la guerra en vigor cuando empiece a aplicarse el presente Protocolo y de las costumbres de la guerra existentes en ese momento, que no estén ya previstas por las susodichas disposiciones de los Convenios de Ginebra.

## TITULO II

### Artículo dos

El artículo 9 del Convenio se completará con el texto que figura a continuación y el artículo 9 del Convenio original constituirá el párrafo 1 y las disposiciones que siguen los párrafos 2, 3 y 4:

2. No se concederá la extradición de una persona sobre la que haya recaído sentencia firme en un tercer Estado, Parte Contratante del Convenio, por el delito o los delitos por razón de los cuales se haya presentado la solicitud:

- a) Cuando dicha sentencia sea absolutoria.
- b) Cuando la pena privativa de libertad o la otra medida impuesta:
  - i. Se haya cumplido íntegramente.
  - ii. Haya sido objeto de gracia o amnistía sobre la totalidad o sobre la parte no cumplida;
- c) Cuando el Juez hubiere declarado la cupabilidad del autor sin imposición de sanción alguna .

3. Sin embargo, en los casos previstos en el párrafo 2, podrá concederse la extradición:

- a) Si el delito que hubiere dado lugar a la sentencia se hubiere cometido contra una persona, una institución o un bien que tenga carácter público en el Estado requirente;
- b) Si la persona sobre el cual recayere la sentencia tuviera ella misma un carácter público en el Estado requirente;
- c) Si el delito que hubiere dado lugar a la sentencia se hubiere cometido en su totalidad o en parte, en el territorio del Estado requirente o en un lugar asimilado a su territorio.

4. Las disposiciones de los párrafos 2 y 3 no serán obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales más amplias relativas al efecto «non bis in idem» inherente a las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero.

### TITULO III

#### Artículo tres

1. El presente Protocolo quedará abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa que hayan firmado el Convenio. Será objeto de ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación, de aceptación o de aprobación se depositarán en poder del Secretario general del Consejo de Europa.

2. El Protocolo entrará en vigor noventa días después de la fecha del depósito del tercer instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación.

3. Entrará en vigor —para cualquier Estado signatario que lo ratifique, acepte o apruebe ulteriormente— noventa días después de la fecha del depósito de su instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación.

4. Ningún Estado miembro del Consejo de Europa podrá ratificar, aceptar o aprobar el presente Protocolo sin haber ratificado el Convenio anterior o simultáneamente.

#### Artículo cuatro

1. Cualquier Estado que se haya adherido al Convenio podrá adherirse al presente Protocolo después de la entrada en vigor de éste.

2. La adhesión se llevará a cabo mediante el depósito, en poder del

Secretario general del Consejo de Europa, de un instrumento de adhesión que tendrá efecto noventa días después de la fecha de su depósito.

#### Artículo cinco

1. Cualquier Estado —en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, o aprobación o adhesión—, podrá designar el territorio o los territorios a los cuales se aplique el presente Protocolo.

2. Cualquier Estado —en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión o en cualquier otro momento posterior— podrá ampliar la aplicación del presente Protocolo mediante declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa, a cualquier otro territorio designado en la declaración cuyas relaciones internacionales asuma o en cuya representación esté facultado para estipular.

3. Cualquier declaración hecha en virtud del párrafo anterior podrá retirarse, en lo que respecta a cualquier territorio designado en dicha declaración, en las condiciones previstas en el artículo 8 del presente Protocolo.

#### Artículo seis

1. Cualquier Estado —en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación aprobación o adhesión— podrá declarar que no acepta uno u otro de los títulos I o II.

2. Cualquier parte Contratante podrá retirar una declaración que haya formulado en virtud del párrafo anterior, mediante una declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa y que tendrá efecto el día de la fecha de su recepción.

3. No se admitirá reserva alguna a las disposiciones del presente Protocolo.

#### Artículo siete

El Comité Europeo para los problemas criminales del Consejo de Europa seguirá la ejecución del presente Protocolo y facilitará cuando sea necesario la solución amistosa de cualquier dificultad que se origine al ejecutar el Protocolo.

bación.

#### Artículo ocho

1. Cualquier Parte Contratante, podrá en lo que a ella respecta, denunciar el presente Protocolo dirigiendo una notificación al Secretario general del Consejo de Europa.

2. La denuncia tendrá efecto seis meses después de la fecha de la recepción de la notificación por el Secretario general.

3. La denuncia del Convenio implicará automáticamente la denuncia del presente Protocolo.

## Artículo nueve

El Secretario general del Consejo de Europa notificará a los Estados miembros del Consejo y a cualquier Estado que se haya adherido al Convenio.

- a) Cualquier firma;
- b) El depósito de cualquier instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión;
- c) Cualquier fecha de entrada en vigor del presente Protocolo con arreglo a su artículo 3;
- d) Cualquier declaración recibida en aplicación de las disposiciones del artículo 5 y cualquier retirada de tal declaración;
- e) Cualquier declaración formulada en aplicación de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 6;
- f) La retirada de cualquier declaración efectuada en aplicación de las disposiciones del párrafo 2 del artículo 6;
- g) Cualquier notificación recibida en aplicación de lo dispuesto en el artículo 8 y la fecha en que tenga efecto la denuncia.

En fe de lo cual los infrascritos, debidamente autorizados al efecto, firman el presente Protocolo.

Hecho en Estrasburgo el 15 de octubre de 1975, en francés y en inglés, los dos textos igualmente fehacientes; en un ejemplar único que quedará depositado en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario general del Consejo de Europa remitirá una copia certificada conforme del mismo a cada uno de los Estados signatarios y adheridos.

## ESTADOS PARTE

## Entrada en vigor

Chipre	22 de marzo de 1979 (R)	20 de agosto de 1979
Dinamarca (1)	13 de septiembre de 1978 (R)	20 de agosto de 1979
España	11 de marzo de 1985 (R)	9 de junio de 1985
Islandia (2)	20 de junio de 1984 (R)	18 de septiembre de 1984
Países Bajos	12 de enero de 1982 (AC)	12 de abril de 1982
Suecia	2 de febrero de 1976 (R)	20 de agosto de 1979
Suiza (4)	11 de marzo de 1985 (R)	9 de junio de 1985

R = Ratificación; AC = Aceptación

## DECLARACIONES Y RESERVAS

1. En el momento de la ratificación el Reino de Dinamarca declaró que no acepta el título I del Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extadicción.

2. Declaración contenida en una carta del Representante Permanente de Islandia entregada en el momento de depositar el Instrumento de Ratificación:

Artículo seis. Islandia no acepta el título I del Protocolo.

3. Países Bajos.—Declara que el Gobierno del Reino de los Países Bajos acepta dicho Protocolo para el Reino en Europa y que las cláusulas así aceptadas sujetas a las reservas que a continuación se señalan.

El Gobierno del Reino de los Países Bajos declara, de conformidad con el artículo seis del Protocolo antes mencionado, que no acepta el título I del Protocolo.

Aunque la legislación holandesa está completamente de acuerdo con el artículo I a) y b) y no contiene ninguna cláusula contraria al artículo 1 c) en el caso de actos cometidos durante un conflicto armado internacional el Gobierno del Reino de los Países Bajos desea reservarse el derecho a realizar la extradición bajo el artículo 3 del Convenio Europeo de Extradición en caso de violación de leyes y costumbres de guerra que han sido cometidas durante un conflicto armado no internacional.

4. Declaración contenida en el Instrumento de Ratificación, depositado el 11 de marzo de 1985; Suiza se considerará obligada solamente por las disposiciones del capítulo I del Protocolo.

El presente Protocolo entró en vigor de forma general el 20 de agosto de 1979 y para España entrará el 9 de junio de 1985, de conformidad con lo establecido en el artículo 3.3 del mismo.

Lo que se hace público para conocimiento general.

Madrid, 27 de mayo de 1985.—El Secretario general técnico, Fernando Perpiñá-Robert Peyra.

*INSTRUMENTO de ratificación del Segundo Protocolo Adicional  
al Convenio Europeo de Extradición (número 98), hecho en  
Estrasburgo el 17 de marzo de 1978 («B. O. E.», núm. 139, de 11  
de junio de 1985.)*

Los Estados miembros del Consejo de Europa, signatarios del presente Protocolo,

Queriendo facilitar la aplicación en materia de infracciones fiscales del Convenio Europeo de Extradición abierto a la firma en París el 13 de diciembre de 1957 (a continuación denominado el Convenio);

Considerando asimismo que es conveniente completar el Convenio en algunos puntos,

Convienen en lo siguiente:

## TITULO I

### Artículo uno

El párrafo 2 del artículo 2 de Convenio se completará con la disposición siguiente:

«Esta facultad se aplicará asimismo a los hechos castigados con sanciones de naturaleza pecuniaria.»

**TITULO II****Artículo dos**

El artículo 5 del Convenio se sustituirá por las disposiciones siguientes:

**Delitos fiscales**

1. En materia de tasas e impuestos, de aduana y de cambio, la extradición se concederá entre las Partes Contratantes, con arreglo a las disposiciones del Convenio, por los hechos que se correspondan, según la Ley de la Parte requerida, con un delito de la misma naturaleza.

2. La extradición no podrá denegarse por el motivo de que la legislación de la Parte requerida no imponga el mismo tipo de impuestos o de tasas o no contenga el mismo tipo de reglamentación en materia de impuestos y tasas, de aduana y de cambio, que la legislación de la Parte requirente.

**TITULO III****Artículo tres**

El Convenio se completará con las disposiciones siguientes: «Sentencias en rebeldía»

1. Cuando una Parte Contratante pida a otra Parte Contratante la extradición de una persona con el fin de ejecutar una pena o una medida de seguridad impuesta en virtud de una resolución dictada contra ella en rebeldía, la Parte requerida podrá denegar dicha extradición si, en su opinión, el proceso que dio lugar a la sentencia no respetó los derechos mínimos de defensa reconocidos a cualquier persona acusada de un delito. No obstante, se concederá la extradición si la Parte requirente diese la seguridad que se estimare suficiente para garantizar a la persona cuya extradición se solicita el derecho a un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa. Esta decisión autorizará a la Parte requirente bien a ejecutar la sentencia de que se trate, si el condenado no se opusiere a ello, bien en caso contrario a proceder contra la persona objeto de extradición.

2. Cuando la Parte requerida comunicare a la persona cuya extradición se solicite la resolución dictada contra ella en rebeldía, la Parte requirente no considerará esta comunicación como una notificación que produzca efectos con respecto al procedimiento penal en dicho Estado.

**TITULO IV****Artículo cuatro**

El Convenio se completará con las disposiciones siguientes: «Amnistía»

No se concederá la extradición por un delito objeto de una amnistía en el Estado requerido si éste tuviera competencia para perseguir dicho delito con arreglo a su propia Ley penal.

**TITULO V****Artículo cinco**

El párrafo 1 del artículo 12 del Convenio se sustituirá por las disposiciones siguientes:

«La solicitud se formulará por escrito y se dirigirá por el Ministerio de Justicia de la Parte requirente al Ministerio de Justicia de la Parte requerida; sin embargo, la vía diplomática no quedará excluida. Podrá convenirse otra vía mediante acuerdo directo entre dos o más Partes.

**TITULO VI****Artículo seis**

1. El presente Protocolo quedará abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa que hayan firmado el Convenio. Se someterá a ratificación, aceptación o aprobación. Los instrumentos de ratificación de aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario general del Consejo de Europa.

2. El Protocolo entrará en vigor noventa días después de la fecha del depósito del tercer instrumento de ratificación de aceptación o de aprobación.

3. Entrará en vigor —para cualquier Estado signatario que lo ratifique, acepte o apruebe ulteriormente— noventa días después de la fecha del depósito de su instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación.

4. Un Estado miembro del Consejo de Europa no podrá ratificar, aceptar o aprobar el presente Protocolo sin haber ratificado el Convenio simultánea o anteriormente.

**Artículo siete**

1. Cualquier Estado que se haya adherido al Convenio podrá adherirse al presente Protocolo después de la entrada en vigor de éste;

2. La adhesión se llevará a cabo mediante el depósito en poder del Secretario general del Consejo de Europa de un instrumento de adhesión que tendrá efecto noventa días después de la fecha de su depósito.

**Artículo ocho**

1. Cualquier Estado podrá, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, de aceptación, de aprobación o de adhesión, designar el territorio o los territorios a los cuales se aplicará el presente Protocolo.

2. Cualquier Estado podrá —en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, de aceptación, de aprobación o de adhesión, o en cualquier otro momento ulterior— ampliar la aplicación del presente Pro-

tocolo, mediante declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa, a cualquier otro territorio designado en la declaración cuyas relaciones internacionales asuma o en cuya representación esté facultado para estipular.

3. Cualquier declaración hecha en virtud del párrafo anterior podrá retirarse, en lo que respecta, a cualquier territorio designado en dicha declaración, mediante notificación dirigida al Secretario general del Consejo de Europa. La retirada tendrá efecto seis meses después de la fecha de recepción de la notificación por el Secretario general del Consejo de Europa.

#### Artículo nueve

1. Las reservas formuladas por un Estado relativas a una disposición del Convenio se aplicarán asimismo al presente Protocolo, a menos que dicho Estado exprese su intención contraria en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, de aceptación, de aprobación o de adhesión.

2. Cualquier Estado podrá, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, de aceptación, de aprobación o de adhesión, declarar que se reserva el derecho a:

- a) No aceptar el título I;
- b) No aceptar el título II, o aceptar el título II, o aceptarlo únicamente en lo que respecta a determinados delitos o categorías de delitos a que se refiere el artículo 2;
- c) No aceptar el título III, o aceptar únicamente el párrafo I del artículo 3;
- d) No aceptar el título IV;
- e) No aceptar el título V.

3. Cualquier Parte Contratante que haya formulado una reserva en virtud del párrafo anterior podrá retirarle mediante una declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa, la cual tendrá efecto el día de la fecha de su recepción.

4. Una Parte Contratante que haya aplicado al presente Protocolo una reserva formulada con respecto a una disposición del Convenio o que haya formulado una reserva con respecto a una disposición del presente Protocolo no podrá pretender que aplique dicha disposición otra Parte Contratante; podrá pretender sin embargo, si la reserva es parcial o condicional, que se aplique dicha disposición en la medida en que la haya aceptado.

5. No se admitirá ninguna otra reserva a las disposiciones del presente Protocolo.

#### Artículo diez

El Comité Europeo para los Problemas Penales del Consejo de Europa seguirá la ejecución del presente Protocolo y facilitará cuando sea necesario la solución amistosa de cualquier dificultad que se origine al ejecutar el Protocolo.

**Artículo once**

1. Cualquier Parte Contratante podrá, en lo que a ella respecta, denunciar el presente Protocolo dirigiendo una notificación al Secretario general del Consejo de Europa.
2. La denuncia tendrá efecto seis meses después de la fecha de recepción de la notificación por el Secretario general.
3. La denuncia del Convenio implicará automáticamente la denuncia del presente Protocolo.

**Artículo doce**

El Secretario general del Consejo de Europa notificará a los Estados miembros del Consejo y a cualquier Estado que se haya adherido al Convenio:

- a) Cualquier firma del presente Protocolo;
- b) El depósito de cualquier instrumento de ratificación, de aceptación, de aprobación o de adhesión;
- c) Cualquier fecha de entrada en vigor del presente Protocolo con arreglo a sus artículos 6 y 7;
- d) Cualquier declaración recibida en aplicación de las disposiciones de los párrafos 2 y 3 del artículo 8;
- e) Cualquier declaración recibida en aplicación de las disposiciones del párrafo 1 del artículo 9;
- f) Cualquier reserva formulada en aplicación de las disposiciones del párrafo 2 del artículo 9;
- g) La retirada de cualquier reserva llevada a cabo en aplicación de las disposiciones del párrafo 3 del artículo 9;
- h) Cualquier notificación recibida en aplicación de las disposiciones del artículo 11 y la fecha en que la denuncia tendrá efecto.

En fe de lo cual los infrascritos, debidamente autorizados al efecto, firman el presente Protocolo.

Hecho en Estrasburgo el 17 de marzo de 1978, en francés y en inglés los dos textos igualmente fehacientes, en un ejemplar único que quedará depositado en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario general del Consejo de Europa remitirá copia certificada conforme del mismo a cada uno de los Estados signatarios y adheridos.

Por el Gobierno de la República de Austria  
Otto Maschke

Por el Gobierno del Reino de Bélgica  
(en blanco)

Por el Gobierno de la República de Chipre  
(en blanco)

Por el Gobierno del Reino de Dinamarca  
(en blanco)

Por el Gobierno de la República Francesa  
(en blanco)

Por el Gobierno de la República Federal de Alemania  
(en blanco)

Por el Gobierno de la República Helénica  
(en blanco)

Por el Gobierno de la República de Islandia  
(en blanco)

Por el Gobierno de Irlanda  
(en blanco)

Por el Gobierno de la República Italiana  
(en blanco)

Por el Gobierno del Gran Ducado de Luxemburgo  
(en blanco)

Por el Gobierno de Malta  
(en blanco)

Por el Gobierno del Reino de los Países Bajos  
(en blanco)

Por el Gobierno del Reino de Noruega  
(en blanco)

Por el Gobierno de la República Portuguesa  
(en blanco)

Por el Gobierno del Reino de España  
(en blanco)

Por el Gobierno del Reino de Suecia  
(en blanco)

Por el Gobierno de la Confederación Suiza  
(en blanco)

Por el Gobierno de la República de Turquía  
(en blanco)

Por el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte  
(en blanco)

El Director-Jefe de la Oficina de Interpretación de Lenguas certifica: Que la precedente traducción (extendida en los folios 2639-2641) está fiel y literalmente hecha de un Protocolo a un Convenio, en francés, que a este efecto se me ha exhibido.

Madrid, 21 de octubre de 1984.—El Director-Jefe de la OIL, Alberto Masegosa Pérez.

## ESTADOS PARTE

	Entrada en vigor
Austria (1) ... ... ...	2 de mayo de 1983 (R)
Chipre ... ... ...	13 de abril de 1984 (R)
Dinamarca ... ... ...	7 de marzo de 1983 (R)
España ... ... ...	11 de marzo de 1985 (R)
Finlandia (2) ... ...	30 de enero de 1985 (AD)
Islandia <sup>3</sup> ... ... ...	20 de junio de 1984 (R)
Italia (3) ... ... ...	23 de enero de 1985 (R)
Países Bajos (4) ...	12 de enero de 1982 (AC)
Suecia (5) ... ... ...	13 de junio de 1970 (R)
Suiza (6) ... ... ...	11 de marzo de 1985 (R)
	31 de julio de 1983
	12 de julio de 1984
	5 de junio de 1983
	9 de junio de 1985
	30 de abril de 1985
	18 de septiembre de 1984
	23 de abril de 1985
	5 de junio de 1983
	5 de junio de 1983
	9 de junio de 1985

R: Ratificación; AD: Adhesión; AC: Aceptación.

## DECLARACIONES Y RESERVAS

(1) Austria (Reserva hecha al ratificar):

Conforme al artículo 9, párrafo 2, del Protocolo, la República de Austria declara que no acepta el capítulo II más que para las infracciones en materia de tasas, impuestos y derechos de aduanas.

(2) Finlandia (Reserva hecha al depositar el Instrumento de Adhesión):

Artículo 1.<sup>o</sup> Al conceder la extradición, Finlandia se reserva el derecho de estipular que el extraditado no puede ser convocado por la infracción en cuestión delante de un tribunal que no está capacitado para conocer infracciones de la naturaleza contemplada más que a título provisional o en cuestiones excepcionales. La extradición pedida en vista de la ejecución de una pena pronunciada por un tribunal especial de este tipo puede ser rechazada. Finlandia se reserva igualmente el derecho de rechazar la extradición en el caso en que fuese irrazonable en el plano humanitario en razón de la edad, del estado de salud o de cualquier otra condición ligada a la persona afectada, o en razón de circunstancias particulares.

Art. 2.<sup>o</sup>, párrafo 1. La obligación de extraditar mencionada en el primer párrafo del presente artículo quedará limitada a las infracciones castigadas por la Ley finlandesa de una pena que exceda de un año de prisión. Una persona condenada en un Estado extranjero por una infracción de la naturaleza contemplada no podrá ser extraditada más que si la sanción aún no ejecutada es la privación de la libertad por una duración de cuatro meses mí nimos.

Art. 3.<sup>o</sup>, párrafo 3. Finlandia se reserva el derecho de considerar la infracción mencionada en el párrafo 3 del presente artículo como una infracción política, si ha sido cometida en el curso de una batalla campal.

Art. 4.<sup>o</sup> Si la infracción militar supone igualmente una infracción en razón de la cual la extradición es normalmente autorizada, Finlandia se reserva el derecho de estipular que el extraditado no podrá ser condenado en aplicación de una disposición relativa a las infracciones militares.

Art. 18. Si el individuo detenido cuya extradición ha sido concedida no ha sido recibido por el Estado solicitante en la fecha fijada, Finlandia se reserva el derecho de liberarlo inmediatamente.

(3) Italia (Reserva hecha en el acta de la firma):

En relación con el artículo 9 del segundo Protocolo Adicional al Convenio de Extradición, Italia se reserva el derecho de no aceptar su título III.

(4) Países Bajos: Extensión para el Reino en Europa.

(5) Suecia (Carta del Representante Permanente al Consejo de Europa de fecha 11 de junio de 1979 y depositada el 13 de junio):

En la aplicación del artículo 12.1 del Convenio (título V, artículo 5 del Protocolo), las funciones atribuidas al Ministerio de Justicia serán asumidas por el Ministerio de Asuntos Exteriores.

(6) Suiza (Reserva hecha en el momento de la firma y renovada al depositar el Instrumento de Ratificación):

Suiza declara que no acepta el título II del Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición.

El presente Protocolo entró en vigor con carácter general el 5 de junio de 1983 y para España el 9 de junio de 1985, de conformidad con lo estipulado en el artículo 6 del mismo.

Lo que se hace público para conocimiento general.

Madrid, 27 de mayo de 1985.—El Secretario general técnico, Fernando Perpiñá-Robert Peyra.

*INSTRUMENTO de Ratificación de 20 de diciembre de 1984 del Protocolo número 6 al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983. («B. O. E.», núm. 92, de 17 de abril de 1985.)*

Los Estados miembros del Consejo de Europa, signatarios del presente Protocolo al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (a continuación denominado «el Convenio»),

Considerando que los desarrollos ocurridos en varios Estados, miembros del Consejo de Europa expresan una tendencia general en favor de la abolición de la pena de muerte;

Convienen en lo siguiente:

#### Artículo uno

Queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado.

#### Artículo dos

Un Estado podrá prever en su legislación la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra; dicha pena

solamente se aplicará en los casos previstos por dicha legislación y con arreglo a lo dispuesto en la misma. Dicho Estado comunicará al Secretario general del Consejo de Europa las correspondientes disposiciones de la legislación de que se trate.

#### Artículo tres

No se autorizará excepción alguna a las disposiciones del presente Protocolo invocando el artículo 15 del Convenio.

#### Artículo cuatro

No se aceptará reserva alguna a las disposiciones del presente Protocolo invocando el artículo 64 del Convenio.

#### Artículo cinco

1 Cualquier Estado, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, podrá designar el o los territorios a los cuales se aplicará el presente Protocolo.

2. Cualquier Estado podrá —en cualquier otro momento posterior y mediante una declaración dirigida al Secretario general del Consejo de Europa— ampliar la aplicación del presente Protocolo a cualquier otro territorio designado en la declaración. El Protocolo entrará en vigor, con respecto a dicho territorio, el día primero del mes siguiente a la fecha de recepción de la declaración por el Secretario general.

3. Cualquier declaración hecha en virtud de los dos párrafos anteriores podrá retirarse, en lo que respecta a cualquier territorio designado en dicha declaración, mediante notificación dirigida al Secretario general. La retirada tendrá efecto el día primero del mes siguiente a la fecha de recepción de la notificación por el Secretario general.

#### Artículo seis

Los Estados Partes consideran los artículos 1 a 5 del presente Protocolo como artículos adicionales al Convenio y se aplicarán consiguientemente todas las disposiciones del Convenio.

#### Artículo siete

El presente Protocolo queda abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa signatarios del Convenio. Será objeto de ratificación, aceptación o aprobación. Un Estado miembro del Consejo de Europa no podrá ratificar, aceptar o aprobar el presente Protocolo sin haber ratificado el Convenio simultáneo o anteriormente. Los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán en poder del Secretario general del Consejo de Europa.

#### Artículo ocho

1. El presente Protocolo entrará en vigor el día primero del mes siguiente a la fecha en que cinco Estados miembros del Consejo de Europa hayan manifestado su consentimiento de quedar vinculados por el Protocolo de conformidad con las disposiciones del artículo 7.

2. Para cualquier Estado miembro que manifieste ulteriormente su consentimiento de quedar vinculado por el Protocolo, éste entrará en vigor el día primero del mes siguiente a la fecha del depósito del instrumento de ratificación, aceptación o aprobación.

**Artículo nueve**

El Secretario general del Consejo de Europa notificará a los Estados miembros del Consejo:

- a) Cualquier firma.
- b) El depósito de cualquier instrumento de ratificación, aceptación o aprobación.
- c) Cualquier fecha de entrada en vigor del presente Protocolo de conformidad con sus artículos 5 y 8.
- d) Cualquier otro acto, notificación o comunicación referente al presente Protocolo.

En fe de lo cual los infrascritos, debidamente autorizados al efecto, firman el presente Protocolo.

Hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983, en francés y en inglés, los dos textos igualmente fehacientes, en un solo ejemplar que quedará depositado en los archivos del Consejo de Europa. El Secretario general del Consejo de Europa remitirá una copia del mismo certificada conforme a cada uno de los Estados miembros del Consejo de Europa.

**ESTADOS PARTE Y FECHA DE RATIFICACION**

Austria: 5 de enero de 1984.

Dinamarca: 1 de diciembre de 1983.

España: 14 de enero de 1985.

Luxemburgo: 19 de febrero de 1985.

Suecia: 9 de febrero de 1984.

El presente Protocolo entró en vigor de forma general y para España el día 1 de marzo de 1985, de conformidad con lo establecido en su artículo 8.

Lo que se hace público para conocimiento general.

Madrid, 8 de abril de 1985.—El Secretario general técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores, Fernando Perpiñá-Robert Peyra.

*INSTRUMENTO de adhesión de 17 de enero de 1985, de España  
al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos  
Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York por la Asamblea  
General de las Naciones Unidas, el 19 de diciembre de 1966.  
(«B. O. E.», núm. 79, de 2 de abril de 1985.)*

**JUAN CARLOS I  
REY DE ESPAÑA**

Concedida por las Cortes Generales la autorización prevista en el artículo 94.1 de la Constitución y por consiguiente cumplidos los requisitos exigidos por la legislación española, extiendo el presente Instrumento de Adhesión de España al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, para que mediante su depósito y de conformidad con lo dispuesto en su artículo 8, España pase a ser Parte en dicho Protocolo.

En fe de lo cual firmo el presente, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito Ministro de Asuntos Exteriores, con la siguiente reserva:

«El Gobierno español se adhiere al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, interpretando el artículo 5, párrafo 2, de este Protocolo, en el sentido de que el Comité de Derechos Humanos no considerará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de que el mismo asunto no ha sido sometido o no lo esté siendo a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales.»

Dado en Madrid a 17 de enero de 1985.

**JUAN CARLOS R.**

El Ministro de Asuntos Exteriores,

**FERNANDO MORÁN LÓPEZ**

***Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos***

Los Estados Partes en el presente Protocolo,

Considerando que para asegurar mejor el logro de los propósitos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante denominado el Pacto) y la aplicación de sus disposiciones sería conveniente facultar al Comité de Derechos Humanos establecido en la carta IV del Pacto (en adelante denominado el Comité) para recibir y considerar, tal como se prevé en el presente Protocolo, comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto.

Han convenido en lo siguiente:

**Artículo uno**

Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y

que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierne a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo.

#### Artículo dos

Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1, todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el Pacto y que haya agotado todos los recursos internos disponibles, podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita.

#### Artículo tres

El Comité considerará inadmisible toda comunicación presentada de acuerdo con el presente Protocolo que sea anónima o que, a su juicio, constituya un abuso del derecho a presentar tales comunicaciones o sea incompatible con las disposiciones del Pacto.

#### Artículo cuatro

1. A reserva de lo dispuesto en el artículo 3, el Comité pondrá toda comunicación que le sea sometida en virtud del presente Protocolo en conocimiento del Estado del que se afirme que ha violado cualquiera de las disposiciones del Pacto.

2. En un plazo de seis meses, ese Estado deberá presentar al Comité por escrito explicaciones o declaraciones en las que se aclare el asunto y se señalen las medidas que eventualmente haya adoptado al respecto.

#### Artículo cinco

1. El Comité examinará las comunicaciones recibidas de acuerdo con el presente Protocolo, tomando en cuenta toda la información escrita que le hayan facilitado el individuo y el Estado parte interesado.

2. El Comité no examinará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de que:

a) El mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales.

b) El individuo ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente.

3. El Comité celebrará sus sesiones a puerta cerrada cuando examine las comunicaciones previstas en el presente Protocolo.

4. El Comité presentará sus observaciones al Estado Parte interesado y al individuo.

#### Artículo seis

El Comité incluirá en el informe anual que ha de presentar con arreglo al artículo 45 del Pacto un resumen de sus actividades en virtud del presente Protocolo.

**Artículo siete**

En tanto no se logren los objetivos de la resolución 1.614 (NY) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1960, relativa a la declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, las disposiciones del presente Protocolo no limitarán de manera alguna el derecho de petición concedido a esos pueblos por la Carta de las Naciones Unidas y por otros instrumentos y convenciones internacionales que se hayan concertado bajo los auspicios de las Naciones Unidas o de sus Organismos especializados.

**Artículo ocho**

1. El presente Protocolo estará abierto a la firma de cualquier Estado que haya firmado el Pacto.

2. El presente Protocolo está sujeto a ratificación por cualquier Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido al mismo. Los instrumentos de ratificación se depositarán en poder del Secretario general de las Naciones Unidas.

3. El presente Protocolo quedará abierto a la adhesión de cualquier Estado que haya ratificado el Pacto o se haya adherido al mismo.

4. La adhesión se efectuará mediante el depósito de un instrumento de adhesión en poder del Secretario general de las Naciones Unidas.

5. El Secretario general de las Naciones Unidas informará a todos los Estados que hayan firmado el presente Protocolo, o se hayan adherido a él, del depósito de cada uno de los instrumentos de ratificación o de adhesión.

**Artículo nueve**

1. A reserva de la entrada en vigor del Pacto, el presente Protocolo entrará en vigor transcurridos tres meses, a partir de la fecha en que haya sido depositado el décimo instrumento de ratificación o de adhesión, en poder del Secretario general de las Naciones Unidas.

2. Para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después de haber sido depositado el décimo instrumento de ratificación o de adhesión, el presente Protocolo entrará en vigor transcurridos tres meses, a partir de la fecha en que el Estado haya depositado su propio instrumento de ratificación o de adhesión.

**Artículo diez**

Las disposiciones del presente Protocolo serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna.

**Artículo once**

1. Todo Estado Parte en el presente Protocolo podrá proponer enmiendas y depositarlas en poder del Secretario general de las Naciones Unidas. El Secretario general comunicará las enmiendas propuestas a los Estados Partes en el presente Protocolo pidiéndoles que le notifiquen si desean que

se convoque una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar las propuestas y someterlas a votación. Si un tercio al menos de los Estados se declara a favor de tal convocatoria el Secretario general convocará una conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de los Estados presentes y votantes en la conferencia se someterá a la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

2. Tales enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por la Asamblea General y aceptadas por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes en el presente Protocolo, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales.

3. Cuando tales enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones del presente Protocolo y por toda enmienda anterior que hubiesen aceptado.

#### Artículo doce

1. Todo Estado Parte podrá denunciar el presente Protocolo en cualquier momento mediante notificación escrita dirigida al Secretario general de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto tres meses después de la fecha en que el Secretario general haya recibido la notificación.

2. La denuncia se hará sin perjuicio de que las disposiciones del presente Protocolo sigan aplicándose a cualquier comunicación presentada, en virtud del artículo 2, antes de la fecha de efectividad de la denuncia.

#### Artículo trece

Independientemente de las notificaciones formuladas conforme al párrafo 5 del artículo 8 del presente Protocolo, el Secretario general de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados mencionados en el párrafo 1 del artículo 51 del Pacto.

a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones conformes con lo dispuesto en el artículo 8;

b) La fecha en que entre en vigor el presente Protocolo conforme a lo dispuesto en el artículo 9, y la fecha en que entren en vigor las enmiendas a que se hace referencia el artículo 11.

c) Las denuncias recibidas en virtud del artículo 12.

#### Artículo catorce

1. El presente Protocolo, cuyos textos en chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.

2. El Secretario general de las Naciones Unidas enviará copias certificadas del presente Protocolo a todos los Estados mencionados en el artículo 48 del Pacto.

En fe de lo cual, los infrascritos, debidamente autorizados para ello por sus respectivos Gobiernos, han firmado el presente Protocolo, el cual ha sido abierto a la firma en Nueva York, el día 19 de diciembre de 1966.

**ESTADOS PARTE**

Barbados. 5 de enero de 1973. Adhesión.  
 Bolivia. 12 de agosto de 1982. Adhesión.  
 Canadá. 19 de mayo de 1976. Adhesión.  
 Colombia. 29 de octubre de 1969. Ratificación.  
 Congo: 5 de octubre de 1983. Adhesión.  
 Costa Rica. 29 de noviembre de 1968. Ratificación.  
 Dinamarca. 6 de enero de 1972. Ratificación (1).  
 Ecuador. 6 de marzo de 1969. Ratificación.  
 España. 25 de enero de 1985. Adhesión.  
 Finlandia. 19 de agosto de 1975. Ratificación.  
 Francia. 17 de febrero de 1984. Adhesión (2).  
 Islandia. 22 de agosto de 1979. Adhesión (3).  
 Italia. 15 de septiembre de 1978. Ratificación (4).  
 Jamaica. 3 de octubre de 1975. Ratificación.  
 Luxemburgo. 18 de agosto de 1983. Adhesión (5).  
 Madagascar. 21 de junio de 1971. Ratificación.  
 Mauricio. 12 de diciembre de 1975. Adhesión.  
 Nicaragua. 12 de marzo de 1980. Adhesión.  
 Noruega. 13 de septiembre de 1972. Ratificación (6).  
 Países Bajos. 11 de diciembre de 1978. Ratificación (7).  
 Panamá. 8 de marzo de 1977. Ratificación.  
 Perú. 3 de octubre de 1980. Ratificación.  
 Portugal. 3 de mayo de 1983. Ratificación.  
 República Centroafricana. 8 de mayo de 1981. Adhesión.  
 República Dominicana. 4 de enero de 1978. Adhesión.  
 República Unida de Camerún. 27 de junio de 1984. Adhesión.  
 San Vicente y las Granadinas. 9 de noviembre de 1981. Adhesión.  
 Senegal. 13 de febrero de 1978. Ratificación.  
 Suriname. 28 de diciembre de 1976. Adhesión.  
 Suecia. 6 de diciembre de 1971. Ratificación (7).  
 Trinidad y Tobago. 14 de noviembre de 1980. Adhesión.  
 Uruguay. 1 de abril de 1970. Ratificación.  
 Venezuela. 10 de mayo de 1978. Ratificación.  
 Zaire. 1 de noviembre de 1976. Adhesión.  
 Zambia. 10 de abril de 1984. Adhesión.  
 (\*) Con extensión a las Antillas Neerlandesas.

**DECLARACIONES Y RESERVAS****(1) Dinamarca**

«Con referencia al artículo 5, párrafo 2 (a), el Gobierno de Dinamarca hace una reserva con relación a la competencia del Comité para tener en cuenta una comunicación de un individuo si la materia ha sido ya tenida en cuenta bajo otros procedimientos de investigación internacional.»

**(2) Francia**

Francia interpreta el artículo 1 del Protocolo en el sentido de que concede al Comité la competencia para recibir y tomar en consideración comunicaciones de individuos sometidos a la jurisdicción de la República Francesa que consideran víctimas de una violación por parte de la República de cualquiera de los derechos recogidos en el Convenio, resultantes bien de actos, omisiones, avatares o acontecimientos ocurridos después de la fecha en la cual el Protocolo entró en vigor para la República o de una decisión relativa a actos, omisiones, avatares o acontecimientos después de esa fecha.

Con respecto al artículo 7, la adhesión de Francia al Protocolo Opcional no será interpretada en el sentido de que implique cualquier cambio en su posición en lo que atañe a la resolución a la que se refiere tal artículo.

Francia hace una reserva al artículo 5, párrafo 2 (a), especificando que el Comité de Derechos Humanos no tendrá competencia para tomar en consideración una comunicación de un individuo si el mismo asunto está siendo examinado o ha sido examinado bajo otro procedimiento de arreglo o investigación internacional.

**(3) Islandia**

Islandia ... se adhiere al mencionado Protocolo con la reserva referente al artículo 5, párrafo 2, respecto a la competencia del Comité de Derechos Humanos para considerar una comunicación de un individuo si la materia está siendo examinada o ha sido examinada bajo otros procedimientos de arreglo o investigación internacional. Las otras disposiciones del Convenio serán inviolablemente observadas.

**(4) Italia**

La República de Italia ratifica el Protocolo Opcional del Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, bajo el entendimiento de que las disposiciones del artículo 5, párrafo 2 del Protocolo significan que el Comité que se crea por el artículo 28 del Convenio no tendrá en consideración ninguna comunicación de individuos a menos que haya comprobado que el mismo asunto no es, ni ha sido examinado bajo otro procedimiento de arreglo o investigación internacional.

**(5) Luxemburgo**

Con la siguiente declaración:

«El Gran Ducado de Luxemburgo accede al Protocolo Opcional del Acuerdo Internacional sobre Derechos Políticos y Civiles en el entendimiento de que las disposiciones del artículo 5, párrafo 2 del Protocolo significan que el Comité establecido en el artículo 28 del Convenio no tendrá en consideración ninguna comunicación de un individuo a menos que haya comprobado que el mismo asunto no está siendo examinado o ha sido examinado ya bajo otros procedimientos de arreglo o investigación internacional.»

**(6) Noruega**

Bajo la siguiente reserva al artículo 5, párrafo 2.

«... el Comité no tendrá competencia para considerar una comunicación de un individuo si el mismo asunto ha sido ya examinado por otro procedimiento de arreglo o investigación internacional.»

**(7) Suecia**

Sobreentendiendo que las disposiciones del artículo 5, párrafo 2 del Protocolo significan que el Comité de Derechos Humanos creado por el artículo 28 del mencionado Convenio, no tendrá en consideración ninguna comunicación de un individuo, a menos que haya comprobado que el mismo asunto no está siendo examinado o ha sido examinado bajo otro procedimiento de arreglo o investigación internacional.

El presente Protocolo entró en vigor de forma general el 23 de marzo de 1976, y para España el 25 de abril de 1985, de conformidad con lo establecido en su artículo 9 (2).

Lo que se hace público para conocimiento general.

Madrid, 22 de marzo de 1985.—El Secretario general Técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores, Fernando Perpiñá-Robert Peyra.

## CIRCULARES Y CONSULTAS

### Circulares, consultas e instrucciones de la Fiscalía General del Estado

#### **UN SUPUESTO DEL ARTICULO 344, PARRAFO SEGUNDO, DEL CODIGO PENAL: LA DIFUSION DE DROGAS EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS**

— Consulta número 5/1985, de 12 de junio —

— I —

Consulta V.I. el siguiente hecho extraído de sentencia dictada por una Audiencia Provincial: Una persona logró introducir determinada cantidad de hachís en un centro penitenciario, con destino directo a un hermano que allí cumplía condena, indicándose además en el relato fáctico no constar probado que dicha droga tuviera previsto otro destino que el consumo personal del propio interno al que iba dirigida. La sentencia en cuestión no aceptó la tesis del Ministerio Fiscal, quien había sostenido que concurría la agravante específica prevista en el párrafo segundo del artículo 344 del Código penal (difusión de drogas en establecimientos penitenciarios); la razón de esta discrepancia estaba en la falta de prueba suficiente de que el hachís tuviera como destino su distribución entre la población reclusa, y esta distribución, agrega la sentencia, es siempre necesaria, porque si difundir equivale a repartir entre varios no puede equipararse ni gramatical ni finalísticamente con la mera introducción de la droga en un centro penitenciario para el consumo personal de un solo interno.

La solución acogida en la resolución judicial no la considera quien consulta acertada por varias razones. En primer lugar, porque la introducción de una cierta cantidad de droga en un centro penitenciario crea inevitablemente el riesgo de su reparto o distribución entre varios, es decir, de su difusión en sentido gramatical, riesgo que, naturalmente, no se oculta al introductor. En segundo término, porque el verbo *difundan* del párrafo segundo del artículo 344, no puede ser objeto de una interpretación separada del párrafo primero en el que se definen los tipos delictivos que luego se agravan en el inciso segundo; de ahí que la expresión *difundan* sólo signifique una nueva forma de aludir a los comportamientos comprendidos en los verbos *promovieren*, *favorecieren* y *facilitaren* el consumo de drogas, a través, naturalmente, de las formas comisivas que se concretan, una de las cuales —el tráfico— se extiende también a las transmisiones gratuitas. La consecuencia que extrae, es que como el vocablo *difundir* —utilizado para configurar la tipicidad agravatoria— en relación con el favorecimiento, facilitación o promoción del consumo de drogas en centros penitenciarios, no entraña ninguna nueva exigencia que haya de añadirse a las que se expresan con el uso de aquellos otros verbos, debe entenderse perfeccionada la tipicidad agravatoria con el mero hecho de que se introduzca ilegalmente cualquier género de drogas prohibidas en un centro penitenciario.

## — II —

La cuestión planteada puede concretarse todavía más del siguiente modo: si la acción de introducir ilegalmente sustancias estupefacientes o psicotrópicas en un centro penitenciario con fines de tráfico es suficiente para integrar el término legal de *difusión*; así, esta expresión se erige en elemento constitutivo de la agravante específica del párrafo segundo del artículo 344, que, en lo que aquí interesa, dispone que «se impondrán las penas superiores en grado cuando las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas se *difundan* en ... establecimientos penitenciarios».

Como ya recogíamos en los antecedentes, para el Tribunal sentenciador no basta con la introducción de la droga en el establecimiento penitenciario y su entrega a una persona, sino que es imprescindible su distribución entre la población reclusa, porque gramaticalmente difundir significa repartir entre varios. Al contrario, el Fiscal que formula la Consulta entiende que basta con la introducción. De un lado, afirma, porque con ese acto se crea ya el riesgo de su posterior distribución, y de otro, porque el verbo difundir del párrafo segundo del artículo 344 al estar relacionado con los empleados en el párrafo primero (promover, favorecer, facilitar) no comporta una nueva exigencia o requisito.

Una reciente sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, la de 11 de marzo de 1985, se ha ocupado del tema, aunque sólo lo haya sido *obiter dicta*, pues es lo cierto que no fue objeto directo del recurso de casación. En lo que aquí interesa el hecho era este: una persona lanzó desde el exterior, por encima del muro de un centro penitenciario, una bolsa conteniendo una cantidad no determinada de hachís, que fue a caer en el patio del referido establecimiento, de donde fue recogida por internos del mismo, a los que en registro efectuado poco después les fue ocupada una barrita de tal sustancia con peso de dos gramos. Tanto la realización del hecho como el pronunciamiento de instancia y la interposición del originario recurso, tuvieron lugar con anterioridad a la promulgación de la Ley orgánica de 25 de junio de 1983; la pena impuesta fue de seis meses y un día de prisión y multa de 20.000 pesetas. El Tribunal Supremo da lugar parcialmente al recurso de casación y condena a seis meses y un día de prisión, sin multa, al ponderar la actual normativa, y en particular, el párrafo segundo del artículo 344, y declara que en el hecho «es susceptible de apreciarse el condicionamiento agravatorio» de difundir la droga en establecimiento penitenciario.

Es claro que en el supuesto de esta sentencia el ánimo inmediato del inculpado era únicamente introducir la droga en el recinto penitenciario, y que la posible recogida por los internos y su eventual difusión sólo estaban previstas como posibles por el introductor.

Situados en un plano teórico la difusión a que se refiere el artículo 344, párrafo segundo, puede ser considerada en dos sentidos distintos: como presupuesto esencial del tipo agravado o como requisito accidental. La necesidad de difusión aparecerá como *condictio iuris* de la agravante si se entiende tal término en su sentido más común, por lo que, en tal caso, si verdaderamente falta la distribución no procederá la imposición de una mayor penalidad. Entendida la efectiva difusión como elemento accesorio de la modalidad agravada, la introducción no complementada con la distribución por evento ajeno a la voluntad del imputado, debe ajustarse a la estructura delictiva cualificada. En la tesitura de optar por una

u otra interpretación, creemos que la difusión actual no tiene porqué ser determinativa en todo caso de la mayor intensidad de la penalidad, porque lo condicionante no es el acto receptivo y plural de la difusión, sino que, en ocasiones, bastará la introducción con vocación de distribución, aunque la difusión, gramaticalmente entendida no haya tenido lugar. Esto es así porque lo que sucede normalmente es que la introducción vaya dirigida a una persona determinada o simplemente determinable y actúe como medio necesario para la difusión.

No desconocemos, sin embargo, que en su literalidad estricta el párrafo segundo del artículo 344 exige que las drogas se difundan en un determinado lugar. Mas tampoco debe olvidarse que por tratarse de lugares o establecimientos cerrados y de acceso reglamentado la introducción o entrada de estupefacientes en ellos es un acto necesariamente previo a la entrega a terceros, y como una introducción abstracta no es fácilmente imaginable, debe partirse de que la introducción ilegal o clandestina cumple el requisito de la difusión hayan o no llegado a estar las sustancias introducidas a disposición de intermediarios o de consumidores.

En apoyo de la tesis de que el artículo 344, párrafo segundo, no requiere que las sustancias estupefacientes o psicotrópicas introducidas hayan sido difundidas pueden agregarse otras razones:

— En primer lugar, que si se considera elemento esencial no la introducción, sino sólo la difusión material directamente realizada por el introductor, el supuesto agravado carecería de verdadera aplicación para la conducta que la ley tiene en cuenta, la del introductor, porque no es verosímil que éste, siendo persona ajena al establecimiento sea también distribuidor; y de aceptarse que la introducción simple no legitima la agravante para el introductor, aquella circunstancia sólo podría extenderse a los receptores de la droga que después la difunden en el establecimiento, solución que sin duda no constituye el fundamento de la agravación.

— En segundo término, que la naturaleza de delito de peligro abstracto para el tráfico de estupefacientes del artículo 344 justifica en todos los casos de su párrafo segundo un *plus* de penalidad, pues del propio modo que en él se define un tipo de consumación anticipada que debe entenderse plenamente realizado con la ejecución de actos que tiendan a vulnerar el bien jurídico que protege, es también evidente que la introducción de drogas acompañada de *animus diffundendi*, en cuanto conducta instrumental necesaria para la efectiva difusión, representará también una anticipación de la perfección del tipo cualificado.

— Por último, como lo protegido en la norma es el lugar en que la acción se realiza dada la pluralidad de personas posibles destinatarias de la droga que allí existen, el hecho de la introducción al crear, ya un riesgo, desencadenará la aplicación de la agravante con independencia de que se haya producido o no la acción de difusión.

En conclusión, ante el término difundir o difusión utilizado en el párrafo segundo del artículo 344 son posibles estas diversas actitudes: entender que es imprescindible la entrega de la droga para su uso o consumo a diversos destinatarios; pensar que es suficiente con que se pongan a disposición de una persona las sustancias estupefacientes, o estimar que basta con su introducción, siendo accesorio el posterior reparto o difusión efectiva. Pero si toda entrada de droga en estos establecimientos crea el riesgo de un posible tráfico dentro de los mis-

mos, la introducción satisface el presupuesto agravatorio de la difusión que establece el párrafo segundo del artículo 344. Por esta razón, en tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo no resuelva expresa y satisfactoriamente el tema en otro sentido, el Ministerio Fiscal en el momento de formular los escritos de calificación o cuando se le notifiquen las sentencias dictadas sobre esta materia, deberá entender, a los efectos oportunos, que la introducción de la droga en los centros, establecimientos o unidades que en el precepto se especifican, es suficiente para integrar el tipo agravado del artículo 344, párrafo segundo del Código penal.

## **ALGUNAS CUESTIONES QUE SUSCITAN LOS DELITOS DE INJURIAS A JEFES DE ESTADO ESPAÑOL Y EXTRANJERO**

— Consulta número 6/1985, de 15 de julio —

— I —

Formula V.E. Consulta sobre la posibilidad de proceder penalmente por razón de un artículo aparecido en la revista mensual «La Seda» editada en esa capital y correspondiente al mes de abril de 1985. Bajo la rúbrica de «Mi columnita» y el título específico de «Moros y cristianos» y firmado por «Malvaloca», aparecen expresiones que considera por lo menos claramente irrespetuosas para el Rey Hussein de Jordania y también para Su Majestad el Rey de España. En trances de calificar tal conducta, juzga que se trata de dos delitos perfectamente diferenciados en razón de las personas destinatarias de la ofensa.

1. De un lado la posible tipicidad de las expresiones referidas al Rey de España la encaja, con carácter principal, en los artículos 147, párrafo primero y 148 bis, párrafo segundo, del Código penal, definidor el primero de las injurias inferidas por escrito o con publicidad fuera de su presencia y el segundo destinado a rebajar la pena tipo en un grado atendidas las circunstancias del hecho.

Mas con carácter alternativo entiende que el hecho puede ser incardinado en la falta del artículo 570, 5.<sup>o</sup> que sanciona a «los que faltaren al respeto y consideración debidos a la Autoridad».

La conclusión que acepta es que al menos provisionalmente debe calificarse como delito para que el hecho pueda enjuiciarse por la Audiencia Provincial, sin perjuicio de que en el curso del juicio se tome la postura que parezca más adecuada a la necesaria individualización del hecho y del presunto o presuntos acusados.

2. Las expresiones irrespetuosas para el Rey Hussein de Jordania las tipifica en el párrafo tercero del artículo 136, expresivo de que «cualquier otro delito cometido contra las personas mencionadas en los párrafos precedentes (Jefe de un Estado extranjero o persona internacionalmente protegida por un Tratado)... será castigado con las penas establecidas en este Código para los respectivos delitos en su grado máximo». Y al respecto afirma que deberá aplicarse también el propio artículo 147 aunque imponiendo la pena en el grado máximo, y que en un orden procesal habrá de tenerse en cuenta para este delito el párrafo último del artículo 467 declarativo de que para proceder ha de preceder excitación especial del Gobierno.

## — II —

Aceptando que algunas de las expresiones contenidas en el texto periodístico que se examina desbordan el área del derecho a la libertad de expresión y se adentran en el plano de la ilicitud, la única tipicidad de las posibles injurias al Jefe del Estado sería la prevista en el párrafo primero del artículo 147. Por ello no es ajustada la tesis que se ofrece como eventual alternativa y que consiste en encuadrar los hechos en la falta de respeto y consideración debidos a la Autoridad del artículo 570, 5.º. Es necesario partir de que las expresiones injuriosas contra el Jefe del Estado son siempre constitutivas de delito, aunque en algunos casos (injurias por escrito o con publicidad del artículo 147, párrafo primero) la penalidad es mayor que en otros (injurias leves sin escrito o publicidad del artículo 147, párrafo 2.º). Ante hechos de esta naturaleza (injurias al Jefe del Estado) la única opción será: conducta constitutiva de delito —inexistencia de delito, con su consecuencia de no ser posible imaginar una falta por injurias leves al Jefe del Estado.

Dentro de las injurias entre particulares se distingue entre las graves (artículo 458) y las leves (artículos 460 y 586, 1.º). Las graves constituyen siempre delito y la penalidad está en función de la forma de ejecución: son de más entidad las cometidas por escrito y con publicidad que las realizadas en cualquier otra forma (artículo 459). Las injurias leves, si se cometen mediante escrito y publicidad, constituyen delito (artículo 460), pero integran una simple falta las injurias leves carentes de publicidad, a las que el artículo 586, 1.º, denomina livianas. En resumen, las injurias leves dirigidas contra un particular pueden constituir una falta, pero las injurias leves cuyo destinatario sea el Jefe del Estado constituyen siempre delito.

Del propio modo que para las injurias comunes, el artículo 147 del Código penal separa las injurias graves de las leves; a estos efectos el núcleo central de la norma permanece invariable, con lo que para integrar los conceptos de injuria grave o leve habrá de acudirse al artículo 458. Sólo la dignidad del ofendido y la forma de ejecución ponen una nota de especialidad en la eficacia sancionadora para las injurias al Jefe del Estado; en efecto, el artículo 147, en su primer inciso, contrapone en un primer plano las injurias causadas por escrito a las proferidas con publicidad, antítesis que es inequívoca si se observa que la conjunción o representa una disyunción entre los términos escrito y publicidad. Al contrario, en las injurias con destinatarios particulares se exige para la agravación no la alternativa (o el escrito o la publicidad) sino conjuntamente el escrito y la publicidad. Pero existe otro matiz que las separa, pues a diferencia de las injurias genéricas (artículos 459 y 460) las injurias al Jefe del Estado cometidas por escrito o con publicidad están dotadas siempre de una mayor gravedad conforme al artículo 147, párrafo primero, en tanto que las cometidas en cualquier otra forma pueden ser graves o leves (artículo 147, párrafo segundo).

Proyectando cuanto antecede sobre el objeto de la Consulta, resulta:

1. Que partiendo de la antijuricidad de las expresiones injuriosas dirigidas contra el Jefe del Estado, no es posible en ningún caso degradarlas a la categoría de faltas.

2. Que como las frases ofensivas para el honor del Jefe del Estado están contenidas en una publicación que se difunde mensualmente, no cabe duda que concurren las circunstancias valoradas en el artículo 147, párrafo primero, para considerar las injurias como graves, sin perjuicio de que pueda instarse la aplicación del artículo 148 bis, párrafo segundo.

— III —

En la calificación de las injurias dirigidas contra un Jefe de Estado extranjero debemos distinguir dos cuestiones: Una de ellas está relacionada con la estricta tipicidad, y la otra con la condición de procedibilidad.

1. Sobre la tipicidad son precisas algunas observaciones. El párrafo tercero del artículo 136 expresa que *cualquier otro delito* —excluidos los atentados a la vida y a la integridad personal— cometidos contra un Jefe de Estado extranjero que se hallare en España será castigado con las penas establecidas en este Código para los respectivos delitos en su grado máximo. Es manifiesto que la frase «*cualquier otro delito*» introducida por la Ley orgánica 8/1983, de 25 de junio, comprende las injurias, aunque ciertamente esta afirmación hubiera sido al menos discutible ante los términos de «*cualquier otro atentado de hecho*», que utilizaba el texto anterior, por cuanto tal acción parecía excluir los atentados verbales o escritos. En consecuencia, si las injurias contra Jefes de Estado extranjero tenían cabida sólo en el artículo 467, a partir de la vigencia de la Ley de 25 de junio de 1983 encuentran su encaje además en el artículo 136, párrafo último; si el Jefe de Estado extranjero se hallare en España, esta última sería la norma a aplicar, y el artículo 467 cuando no se hallare en España. Mas en ambos casos los preceptos citados estarán en relación con las figuras reguladoras de las injurias comunes (artículos 458-460), tanto en lo que respecta a la calificación de gravedad como en lo referente a la penalidad; la única variante es que en el supuesto del artículo 136, párrafo tercero, la pena se impondrá en el grado máximo siempre que concurra la garantía de reciprocidad exigida por el artículo 137, ya que si ésta faltare el tipo penal a ponderar sería con todas sus consecuencias el de las injurias (artículos 459 y 460). Entendemos así que de entre los delitos contra Jefe de Estado extranjero, sólo los referidos en los párrafos primero y segundo del artículo 136 representan una especial y agravada penalidad y que el párrafo tercero, en donde tienen cabida las injurias, no se remite a la penalidad asignada a las injurias contra el Jefe del Estado español.

2. Otro tema es el de si el ejercicio de la acción por delitos de injurias contra Jefes de Estado extranjeros está o no condicionada, o lo que es igual, si el requisito de procedibilidad expresamente previsto en el artículo 467 —la excitación especial del Gobierno— es exigible siempre para perseguir aquellas injurias. La conclusión no puede ser única, por lo que es necesario distinguir. Sólo cuando el supuesto de hecho se enmarque en el artículo 467 la falta de excitación especial impide el ejercicio de la acción penal, pero en las hipótesis contrarias, o de injurias a Jefes de Estado extranjeros que se hallen en España, el requisito de procedibilidad mencionado no es exigible.

En definitiva, de entre las características de los delitos de injurias a Jefes de Estado extranjeros, son de destacar:

— La penalidad para estos delitos en ningún caso será la fijada a los delitos de injurias al Jefe del Estado español.

— Cuando se hallaren en territorio nacional la sanción será la expresada en el artículo 136, párrafo último, que resultará variable según exista o no reciprocidad. Para proceder en estos casos no es necesaria excitación especial del Gobierno.

— Las injurias a Jefes de Estado extranjeros hallándose fuera de España, están sancionadas siempre con las mismas penas señaladas para las injurias a particulares, separándose de ellas en que el procedimiento se inicia *ex officio* pero sólo cuando haya mediado el requisito de procedibilidad comprendido en el artículo 467.

**INCOMPETENCIA DE LOS JUZGADOS DE FAMILIA PARA  
CONOCER DE LAS DEUDAS ALIMENTARIAS EXIGIDAS AL  
AMPARO DEL CONVENIO DE NUEVA YORK  
DE 20 DE JUNIO DE 1956**

— Consulta número 7/1985, de 10 de octubre —

— I —

Al amparo del Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956, sobre obtención de alimentos en el extranjero, el Fiscal que formula Consulta promovió ante el Juzgado de Primera Instancia de la capital que por turno correspondiera, juicio declarativo de menor cuantía contra el súbdito sueco B. K. C., reclamando la deuda alimenticia a que había sido condenado por un Tribunal de su país. Correspondió conocer de la demanda al Juzgado de Primera Instancia núm. 2, mas en lugar de asumir la competencia y ordenar los trámites correspondientes, el Juez dictó una providencia concebida en estos términos: «La anterior demanda y documentos que se acompañan remítanse al Juzgado de Familia de esta ciudad, dado que la competencia corresponde al mismo en razón de la materia de que se trata». El Ministerio Fiscal, autorizado por el artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recurrió en reposición contra la providencia. El Juez, en el auto resolutorio de la reposición, no da lugar al recurso argumentando del siguiente modo: que la Sala de Gobierno de la Audiencia Territorial había aprobado un acuerdo de la Junta de Jueces en el que se especificaba que a tenor de las disposiciones finales de las Leyes 11/1981, de 13 de mayo y 30/1981, de 7 de julio, el Juez de Familia pasaría a conocer, entre otras cuestiones, de los juicios de alimentos tanto provisionales como definitivos; y concluye que como se trata del cumplimiento de unas normas sobre reparto de asuntos, deberá ser el Juzgado de Familia de la capital en su específico ámbito competencial legalmente estipulado el que conozca y en definitiva resuelva la pretensión deducida.

El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación, que se halla pendiente de la decisión y formula Consulta porque en los Juzgados de la capital ha apreciado dudas sobre la competencia para conocer demandas fundadas en el Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 que fue publicado en el «Boletín Oficial del Estado» el 24 de noviembre de 1966.

El contenido de la Consulta discrepa de los razonamientos expuestos por el órgano jurisdiccional que resolvió la reposición, fijándose principalmente en estos dos aspectos:

— El auto recurrido se apoya para no entrar a tramitar la demanda del Ministerio Fiscal en las disposiciones finales de las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981; en la primera de ellas se disponía la creación de los Juzgados de Primera Instancia necesarios en las capitales en que se hallen separadas la jurisdicción civil de la penal, los cuales conocerán en forma exclusiva, por vía de reparto, de las actuaciones previstas en el Título VII del Libro I del Código Civil; se tratan en ese lugar de relaciones paternofiliales, que, obviamente, no forman parte de la demanda promovida por el Ministerio Fiscal. Y la disposición final de la Ley de 7 de julio de 1981 estableció que una vez creados los Juzgados de Familia, asumirán las funciones atribuidas en la presente Ley a los de Primera Instancia. Y estas funciones son las contenidas en el Título IV del Libro I del Código Civil, relativo al matrimonio. Mas tampoco la demanda del Ministerio Fiscal se refiere a estas cuestiones.

— Ciertamente el acuerdo de la Junta de Jueces que se cita en el auto resolutorio del recurso del Ministerio Fiscal ensancha la competencia de los Juzgados de Familia, en cuanto les concede competencias en materia de incapacidad (comprendida en el Título IX del Libro I del Código civil), tutela (Título X del Libro I) y alimentos definitivos o provisionales (Título VI del Libro I y artículo 1.609 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, en su caso, remite al declarativo ordinario correspondiente). Pero es evidente que un mero acuerdo gubernativo no puede modificar las leyes.

— II —

En general se consideran válidas las razones esgrimidas por el Fiscal al disentir de la tesis mantenida por el Juez de Primera Instancia. Y a ellas pueden agregarse estas otras consideraciones:

1.º) En el caso concreto objeto de análisis con la demanda del Ministerio Fiscal no se pretendió la iniciación de un juicio especial y sumario para la obtención de alimentos provisionales, ni tampoco un juicio plenario de alimentos definitivos que tenga su causa en los provisionales, al modo previsto en los artículos 1.614 y 1.617 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que la acción promovida por el Ministerio Fiscal en el cauce del juicio declarativo ordinario de menor cuantía, persigue el cumplimiento en España de una prestación alimenticia nacida de una sentencia extranjera. Tal reclamación se formula en una de las formas previstas en el Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956; su ámbito se extiende a los procesos cuyo *petitum* esencial se concrete en reclamaciones alimentarias derivadas del título hábil, perfilándose en el Convenio dos modos de actuar judicialmente la efectividad de la prestación: mediante el ejercicio en el país en que se halle el demandado de acciones de alimentos o a través de la ejecución de decisiones relativas a la obligación de prestar alimentos. A la primera modalidad se refieren el artículo 6, pfo. primero del Convenio, en cuanto autoriza para iniciar *ex novo* y proseguir una acción de alimentos haciendo ejecutar la sentencia; a la segunda alude el artículo 5, pfo. tercero, y conforme a él puede instarse el *exequatur* o cumplimiento de la sentencia extranjera que con-

denó a prestar alimentos siempre que concurran los presupuestos de su ejecutabilidad.

En suma, las reclamaciones de alimentos instadas por el Ministerio Fiscal en alguna de las formas que autoriza el Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 no se identifican con el juicio de alimentos regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil ni, en consecuencia, han de tramitarse con arreglo a sus normas.

2.º) Aunque se admitiera a efectos puramente dialécticos que las reclamaciones de alimentos que pueda formular el Ministerio Fiscal por la vía del Convenio de 20 de junio de 1956 deben sujetarse al tratamiento procesal de los juicios de alimentos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, su conocimiento en modo alguno debe atribuirse a los Juzgados de Familia. Ello es así porque ninguno de los tipos de juicios de alimentos están insertos en el círculo de las competencias asignadas a los Juzgados de Familia; las materias a enjuiciar por estos órganos jurisdiccionales son únicamente las expresadas en la norma creadora, disponiendo el Real Decreto 1.322/1981, de 3 de julio, que los Juzgados de Familia conocerán de forma exclusiva por vía de reparto, las actuaciones judiciales previstas en los Títulos IV y VII del Libro I del Código Civil, de esta manera se unificaban las respectivas disposiciones finales de las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, pues si la primera de ellas les atribuía el conocimiento de los procesos derivados de las materias tratadas en el Título VII (relaciones paternofiliales: artículos 154-169), la segunda extendió su competencia (también con carácter de exclusividad cuando coexistan con Juzgados de Primera Instancia) a los procesos de nulidad matrimonial, separación y divorcio. De cuanto antecede es preciso concluir que con la entrada en vigor del Real Decreto de 3 de julio de 1981 los Juzgados de Familia tienen una competencia de contenido rígido, extensiva a materias perfectamente determinadas, entre las que no se hallan las referentes a los juicios de alimentos según los términos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3.º) Los acuerdos sobre reparto adoptados en las Juntas de Jueces y aprobados por la Audiencia respectiva no pueden modificar las normas legales sobre competencia. El Decreto 2.888/1977, de 28 de octubre, regulador de los Cuerpos de Jueces señala que en las Juntas de Jueces, presididas por el Decano (artículo 2.3º) deberán tratarse entre otros temas el del repartimiento de negocios civiles y penales (artículo 3, 1.º), poniéndose los acuerdos en conocimiento del Presidente de la Audiencia (artículo 3, 3.º). Por su parte el Decreto 2.988/1977, de 11 de noviembre, sobre organización y funcionamiento de los Decanatos de Juzgados, atribuye al Decano (artículo 5, 4.º) determinar, a través de reparto, la competencia relativa que corresponda a cada Juzgado de Primera Instancia y de Instrucción de la localidad, especificándose después (artículo 6, 2.º) que el reparto civil se acomodará a las normas que legalmente se prescriban y a los acuerdos que se adopten en la Junta de Jueces sometidos a la aprobación de la Sala de Gobierno de la Audiencia Territorial respectiva. La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, contiene preceptos análogos sobre el reparto de asuntos (artículos 167, 170). Más tarde los actos relacionados con el reparto son inhábiles para incidir sobre la competencia *ratione materiae*; el acto de gobierno procesal en que consiste el reparto sólo tiene como finalidad la equitativa distribución de trabajo y son objeto del mismo aquellos negocios cuyo conocimiento esté atribuido por ley a los distintos Jueces que, siendo del mismo grado, ejercen su función dentro de una misma circunscripción territorial; sólo en este

sentido podría decirse que el repartimiento de negocios determina la competencia relativa entre esos Juzgados (artículos 59 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 54.º del Decreto de 11 de noviembre de 1977), pero tal formalidad no constituye un criterio de verdadera competencia sino un acto de gobierno interior o, como dice el artículo 167.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, un acto de carácter gubernativo interno. De donde se desprende que el acto de repartimiento no puede en absoluto modificar las normas generales sobre competencia. Esta se atribuye por Ley, no por reparto; de ahí que los acuerdos sobre reparto hayan de desenvolverse necesariamente dentro de la competencia objetiva y si alteran estas normas deben reputarse nulos *ipso iure* en cuanto contrarios a normas imperativas (artículo 6.3 del Código Civil).

En conclusión, el Ministerio Fiscal deberá hacer uso de los medios impugnatorios que la Ley de Enjuiciamiento Civil concede, siempre que en supuestos análogos al que es objeto de la Consulta, se decida por los Jueces de Primera Instancia que son los Juzgados de Familia los competentes para resolver las reclamaciones de alimentos amparadas en el Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 y para las cuales el único legitimado es el Ministerio Fiscal por expresa delegación de la Institución Intermediaria (el Ministerio de Justicia). Básicamente militan en favor de esta tesis las razones ya apuntadas. Una, que las deudas de alimentos ya deriven de la ley, del pacto o de otro título hábil, reguladas en el Título VI del Libro I del Código Civil, no están en el área del conocimiento de los Juzgados de Familia, que se reduce, como expresa el Real Decreto de 3 de julio de 1981 a las cuestiones nacidas de los Títulos IV y VII del Libro I del Código Civil. Y otra, que los acuerdos sobre reparto adoptados por las Juntas de Jueces no pueden, sin infringir parte del ordenamiento jurídico, modificar las normas imperativas ordenadoras de la competencia.

**EN TORNO A LA INCOMPATIBILIDAD DEL ENCUBRIMIENTO  
EN SU FORMA DE FAVORECIMIENTO REAL CON EL  
SUBTIPO DE TENENCIA DE ESTUPEFACIENTES  
DEL ARTICULO 344 DEL CODIGO PENAL**

— Consulta número 8/1985, de 14 de octubre —

— I —

En el resultando de hechos probados de sentencia dictada por una Audiencia Provincial se recogía la conducta siguiente: Tras un registro realizado por la Policía en el domicilio conyugal de los procesados A y B, se les ocuparon 8 gramos de heroína, y en el piso habitado por C, madre de A, correspondiente al mismo edificio en que habitan aquellos, fueron intervenidos 27,5 gramos de la sustancia referida, propiedad del matrimonio A-B, preparados para su venta. Con estos hechos la Audiencia entendió que A y B eran autores de un delito previsto en el artículo 344 del Código penal, pero no así C, porque no participaba en las operaciones de tráfico a que se dedicaban A y B, y porque la posesión de

las drogas por C tampoco estaba orientada a favorecer la persistencia de sus hijos en las actividades de tráfico, sino tan sólo a ocultar los efectos del delito a fin de impedir su descubrimiento. De esta manera C es considerada encubridora, pero queda exenta de responsabilidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 del Código penal, dada su condición de madre de la condenada como autora directa A.

Si la actividad de C es calificada en la sentencia de encubrimiento, se está concluyendo, dice el Fiscal que consulta, que su participación tuvo lugar con posterioridad a la ejecución del delito; y no está conforme con que el delito hubiere sido ya ejecutado por A-B, cuando, al mismo tiempo, se afirma que tanto la droga poseída por C como la hallada en poder de los condenados se encontraba preparada para su venta; precisamente esta última constatación no puede tener otro significado que el de situarnos ante una actividad de tráfico interrumpida antes de su planeada conclusión, aunque jurídicamente deba ser tenida por consumada a causa de la imposibilidad de apreciar en estos delitos formas imperfectas de ejecución; afirma, por último, que la mera observación de la realidad criminológica no permite deducir de los hechos que C tuviera la posesión de los 27,5 gramos de heroína después de que sus hijos dieran término a sus operaciones con el único propósito de hacer desaparecer la droga y evitar el descubrimiento del delito por ellos cometido.

De la sentencia, siempre según los antecedentes aportados, se extraen los siguientes datos a valorar:

— Que C, conociendo la actividad ilegal que desplegaban A-B, poseía la heroína propiedad de los condenados con el fin de ocultarla e impedir su descubrimiento.

— Que C ni había intervenido personalmente en operaciones de tráfico ni favorecía la persistencia de sus hijos en el tráfico; su única participación fue posterior a la ejecución delictiva.

## — II —

No se ha proporcionado el texto íntegro de la sentencia, pero pese a descenderse su literalidad, es preciso partir de que la modalidad de encubrimiento que se atribuyó a C es la del favorecimiento real definido en el artículo 17, 2.<sup>º</sup> del Código penal. Y ello por dos razones; una, porque en ella se emplea el giro legal de ocultar —la droga— para impedir su descubrimiento, y otra, porque se aplica la exención de pena que describe el artículo 18 del propio Código, supuesto que carece de vigencia cuando se trata del otro tipo de favorecimiento real o actividad complementaria del artículo 17, 1.<sup>º</sup>

Estamos situados, pues, en el área del artículo 17.2.<sup>º</sup>, forma de encubrimiento que consiste en intervenir con posterioridad a la ejecución del delito ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos para impedir su descubrimiento. Y más en concreto, en el favorecimiento real constituido por la ocultación del *corpus delicti*. En los hechos que proporciona la Consulta, es indiscutido el conocimiento de la perpetración de la conducta punible por la procesada, absuelta con causa en el artículo 18. Pero tiene especial interés el examen de otros requisitos, especialmente el positivo de intervenir después de la ejecución.

En efecto, ¿interviene o no después de la ejecución quien posee con el fin inmediato de ocultar la droga perteneciente a otros y que se hallaba en disposición

de venta? En la letra del artículo 17, párrafo primero, es esencial a todo encubrimiento la intervención *post delictum*. Si, según el supuesto de la Consulta, la droga oculta por un tercero se encontraba ya con anterioridad en disposición de tráfico ilegal por aquellos a quienes pertenecía, es preciso concluir que cuando la poseedora actual interviene no sólo se han rebasado los actos preparatorios sino que se ha llegado al círculo de la fase ejecutiva e incluso al de la consumación formal; por ello a quien a partir de ese momento inicia su actividad, le cuadra, en principio, la condición jurídica de encubridor, y en mayor medida si observamos que en los delitos de mera actividad —naturaleza a la que responde el comprendido en el artículo 344— no se requiere que la acción vaya seguida de un resultado separable, puesto que la ejecución se produce con la realización formal de los elementos del tipo positivo de injusto; pero hay otra razón, y es que a diferencia del artículo 17, 1.<sup>º</sup> —en el que los actos de favorecimiento se realizan de modo necesario después de consumado el delito principal— como con los actos típicos del artículo 17, 2.<sup>º</sup> lo que se pretende es la impunidad, éste tiene aplicación incluso en los favorecimientos de delitos imperfectos cualesquiera sea su naturaleza.

En suma, la conducta valorada en la sentencia no se separa abstractamente del encubrimiento tanto si consideramos a esta figura como participación accesoria que tiene lugar tras la ejecución, como si se exigiera que la intervención sea posterior a la consumación porque en el artículo 344 existen actos meramente ejecutivos que constituyen consumación anticipada. En el delito a que nos estamos refiriendo, la posesión con el fin de realizar actos dispositivos posteriores integran el delito de tráfico de estupefacientes para quien ejerce la posesión mediata, y la conducta del poseedor inmediato, por supuesto con ánimo no de tráfico propio sino de ocultación para que el autor se aproveche de ello, constituye un acto posterior que encaja en el artículo 17, 2.<sup>º</sup> del Código penal.

A cuanto antecede podría objetarse que dada la naturaleza del delito contenido en el artículo 344, es incompatible con el favorecimiento real tanto en su aplicación práctica como en un orden técnico. Es cierto que, prácticamente, la modalidad de encubrimiento del artículo 17, 2.<sup>º</sup> que consiste en la ocultación no tiene virtualidad, como después veremos. Desde el punto de vista de su construcción teórica y partiendo de que el delito del artículo 344 es de carácter permanente, puede concluirse que si toda intervención tiene lugar durante la comisión y nunca *ex post*, cualquier participación se traducirá en cooperación y nunca en encubrimiento. Sin embargo, hay que precisar. Si todas las infracciones en cuyo tipo se halla la tenencia, por su propio sentido gramatical, representan una conducta de cierta duración o permanencia, la posesión ilegal para traficar encaja mejor que en un delito permanente de modo absoluto en la estructura de un delito permanente de modo eventual (también llamados instantáneos de efectos permanentes) en los cuales una actividad instantánea crea una situación antijurídica prolongada; ello es así porque el subtipo de tenencia en el artículo 344 no exige que la actividad lesiva se prolongue durante cierto tiempo para estimar cometido el delito, y en él la consumación, en cuanto anticipada, está terminada antes del cese del comportamiento antijurídico. La consumación anticipada producida por el acto posesorio con vocación de tráfico extingue la consumación y, al impedir su continuación, cualquier intervención de un tercero en ese momento puede calificarse de postdelictiva.

Si hay, pues, actos consumativos en la actividad de A-B el comportamiento de C tendría su ajuste en el encubrimiento del artículo 17, 2.<sup>o</sup>, pues C es un mediador posesorio, suposeedor o poseedor *alieno nomine* sin otra finalidad que la de ocultar y conservar para impedir el descubrimiento del delito ya en su fase ejecutiva. Pero si formalmente en nuestro caso puede haber encubrimiento tras el examen de su estricta regulación positiva, son necesarias especificaciones que, en un orden práctico, impedirán la aplicación de la penalidad prevista para esta forma de participación; en efecto, en la tenencia de estupefacientes de pertenencia ajena con fines de ocultación —no de inutilización— caben otras proyecciones típicas cuya consecuencia punitiva excede en gravedad a la de la participación accesoria y no permite aplicar tampoco el artículo 18. Dado que la tenencia de drogas para ocultarlas con los requisitos y fines del artículo 17, 2.<sup>o</sup> sea técnicamente encubrimiento si se conoce y acepta el hecho típico doloso, en ocasiones ese mismo acto posesorio puede conformarse con la estructura de un específico tipo penal y en particular puede ser hábil para encuadrar la conducta directamente en el artículo 344, bien por haber concluido el eventual encubridor el tipo principal o, mejor, por haber realizado una actividad dependiente en alguna de las formas legales de cooperación; en todos estos casos resultan inaplicables las sanciones para el encubrimiento, porque, de una parte, según el tenor del artículo 17, párrafo inicial, se excluye del encubrimiento cualquier participación que se integre en la autoría o en la complicidad, y por otra, porque el artículo 55 condiciona la penalidad prevista en el artículo 54 a que la conducta constitutiva de encubrimiento no se halle especialmente penada por la ley. En definitiva, como la posesión para ocultar que forma parte del favorecimiento constituye también un subtipo del artículo 344, el favorecedor será castigado con las penas correspondientes al autor o cooperador de ese delito, pues a tenor del principio de subsidiariedad que se recoge en el artículo 55 no es posible el concurso ideal cuando el mismo hecho del encubrimiento real integre otro delito, sino que en estos casos la responsabilidad por el encubrimiento queda absorbida por la de los autores o cómplices.

Todo ello quiere decir que la solución práctica a que llega el autor de la Consulta debe aceptarse, por cuanto la conducta de C, que reunía las características precisas para ser sancionada como cooperación al delito cometido por A-B, fue incluida en otra penalmente menos relevante cual es la del encubrimiento.

Una reciente sentencia del Tribunal Supremo, la del 17 de febrero de 1984, considera una conducta análoga a la que antes hemos ponderado como constitutiva de cooperación necesaria del artículo 14, 3.<sup>o</sup>, aunque, ciertamente, su argumentación no se ajusta del todo a la expuesta. Sus hechos básicos eran estos: A, conductor de su automóvil y B que le acompañaba ocupando el asiento de lantero, al despertar sospechas fueron objeto de un registro, hallándose bajo el asiento de B 220 gramos de hachís; efectuado después registro domiciliario, fueron intervenidos en el domicilio de A 4 kilogramos de hachís pertenecientes a B quien los había entregado a aquél para su custodia y representaban el resto de 5 kilogramos que había adquirido para su reventa. B fue condenado como autor de un delito del artículo 344, en tanto que la conducta de A poseedor material de los 4 kilogramos de hachís fue calificada, sin más especificaciones, de encubrimiento por la sentencia de instancia. El Ministerio Fiscal formalizó recurso de casación «por indebida aplicación del artículo 17 e inaplicación del artículo

14, 1.º, en relación con el artículo 344 todos del vigente Código penal». El Tribunal Supremo expresa que nunca debió calificarse de encubrimiento la conducta del procesado A «*toda vez que el delito se estaba cometiendo*, ya que en el resultando correspondiente se declara que fueron sorprendidos ambos procesados portando 220 gramos de hachís y que practicado un registro domiciliario en el de A fueron encontrados 4 kilogramos de hachís que *había recibido para su custodia* del otro procesado resto de un total de 5 kilogramos que B había adquirido y del que había dispuesto de un kilogramo teniendo destinado el que custodiaba A para la reventa, *poniéndose así de relieve el carácter indispensable del acto* por parte de A como es la custodia de gran cantidad de hachís que se proyectaba para su venta».

En resumen, respecto al mero acto material de custodiar y ocultar las drogas entregadas por un tercero conociendo que estaban destinadas al tráfico ilícito, caben estas posibilidades al tiempo de su integración típica: en un orden puramente técnico puede conformarse con la participación accesoria del encubrimiento por tratarse jurídicamente de una actividad *post delictum*; mas como ese mismo comportamiento está reflejado en alguno de los subtipos del artículo 344 como cooperación necesaria, éstas serán las normas a aplicar en virtud del principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 55; pero tampoco debe excluirse que la ocultación constitutiva del favorecimiento real del artículo 17, 2.º provoque una forma de favorecimiento del consumo ilegal de drogas capaz de satisfacer el tipo del artículo 344, que será entonces aplicable como delito propio y no como participación en el delito de un tercero.

## PREPARACION DE LOS RECURSOS DE CASACION EN MATERIA PENAL

— Instrucción número 1/1985, de 28 de octubre —

La experiencia diaria acredita que si, por regla general, los Sres. Fiscales al preparar sus recursos de casación extreman su celo en el cumplimiento de aquellas prescripciones prácticas recomendadas por esta Fiscalía, no faltan casos en que se omite acompañar a la documentación extremos importantes para la debida formalización del recurso. Ello, unido a la reforma introducida en el número 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley 6/1985, de 27 de marzo, que ha ampliado los límites de ese recurso, aconsejan que, con la finalidad de lograr una mejor actuación del Ministerio Fiscal ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se estime conveniente impartir las siguientes normas, referidas a la «Preparación de los recursos de casación en materia penal»:

A) Cumplimiento celoso de aquellas formalidades y requisitos que se dicen en las numerosas Circulares que por esta Fiscalía se han emitido, especialmente las de 28 de mayo y 21 de septiembre de 1954; 25 de enero y 14 de octubre de 1966 y 14 de marzo de 1980.

B) En el supuesto de preparación de recurso de casación por infracción de Ley, al amparo del número 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deberán indicarse correcta y claramente —sin razonamiento alguno—, los

particulares del documento que muestren el error de hecho de la resolución que se impugna (artículo 855, párrafo 2.º de la Ley mencionada). Además, y a efectos del más completo conocimiento y estudio por la Fiscalía del Tribunal Supremo de la cuestión planteada, a fin de decidir la interposición o no del recurso, deberán remitir los Sres. Fiscales, juntamente con su informe y los demás antecedentes usuales, copia del documento en el que se contenga los particulares a que el recurso preparado se refiere, sin cuyo conocimiento ni se puede valorar adecuadamente la trascendencia del mismo, ni es posible, muchas veces, argumentar el escrito de formalización del recurso, por carecer de datos para ello.

C) Cuando se prepare el recurso de casación por infracción de Ley, amparado en el número 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dado que las consecuencias del error deben repercutir en la calificación jurídica, que de los hechos ha efectuado el Juzgador, no deberán omitir los Sres. Fiscales el prepararlo también, por infracción de Ley, basado en el número 1 del mencionado artículo 849 de la Ley antes citada. La no formalización del recurso por este motivo del número 1 del artículo 849 acarrea dificultades en cuanto no es posible para el Fiscal señalar a la Sala las infracciones concretas que se derivarían de la modificación que de los hechos pudiera hacer el Tribunal a la vista del documento que acreditara el error del Juzgador de instancia, pues no podría formalizarse motivo alguno al amparo del número 1 del artículo 849, que fijara los términos del debate en el recurso, en orden a como los nuevos hechos se debieran repercutir en la calificación jurídica y el fallo de la sentencia. Ese defecto en la preparación del recurso contribuye, a veces, a que se acuerde desistir de recursos que con una adecuada preparación tendrían probabilidades de éxito.



## SECCION DE JURISPRUDENCIA

# Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo

Sección dirigida por

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Barcelona

## EN EL LIMITE ENTRE DOLO E IMPRUDENCIA

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo  
de 28 de octubre de 1983)

(Ponente: Sr. Latour Brotons)

MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

Universidad de Barcelona

## DOLO EVENTUAL - CULPA CONSCIENTE

### I. *Hechos*

Los cónyuges A y B, traficantes de heroína, proponen la venta de esta droga a un tercero X. Este, a su vez, lo comunica a tres individuos. De dos de ellos se desconoce el nombre. El otro, Y, es un heroinómano con profunda dependencia. Todos ellos realizan los tratos en el domicilio de X. Habiéndose retirado A y B a dormir, los cuatro individuos traman la posibilidad de apoderarse ilícitamente de la droga. Con este fin deciden narcotizarlos con cloroformo. Así, X tapa fuertemente la boca de B con algodones empapados en cloroformo, mientras los dos sujetos cuyo nombre se desconoce realizan la misma operación con el marido, A. Hecho esto, se apoderan de la droga y, antes de marcharse, atan al matrimonio de pies y manos en la cama. Para esta última operación recaban la ayuda de Y que se encuentra inyectado, en estado poco consciente. Una vez finalizado, abandonan a las víctimas, huyendo con la droga. Como consecuencia de las acciones relatadas, A y B mueren por asfixia mecánica derivada de la obstrucción de las vías respiratorias. Resulta probado que X tiene antecedentes psiquiátrico desde su juventud y es asiduo a la droga dura, con dependencia profunda de la heroína.

## II. Fundamento jurisprudencial de la calificación como homicidio doloso

Haciendo exclusión de la problemática relativa a autoría y participación, y, en particular a la complicidad omisiva, que plantean estos hechos, el objeto del comentario es el análisis de la concurrencia o no de dolo en las distintas conductas enjuiciadas. A este respecto, la existencia de dolo directo de primer grado en relación con el robo de la heroína es una calificación sobre la que se da unanimidad doctrinal y jurisprudencial. En cambio, el problema se plantea a propósito de las muertes de A y B. Las conductas determinantes de estos resultados lesivos pueden entenderse, en principio, realizadas con dolo eventual. En el caso estudiado, el Tribunal Supremo afirma tajantemente la presencia de dolo eventual en ambos homicidios. A diferencia de lo sucedido en otras resoluciones, ello no deriva de la consideración del robo con homicidio como delito cualificado por el resultado. Esta apreciación se confirma por la mención que la sentencia hace de la Reforma Urgente LO 8/1983 de 25 de junio: «... al encuadrar el robo con homicidio doloso, tanto directo como eventual, en el núm. 1 del art. 501 CP y el culposo al ser desplazado al núm. 4 del mismo artículo, erradicando de una vez, y para siempre, el homicidio episódico y meramente fortuito...». Sin embargo, lo anterior parece tener el carácter de una mera declaración teórica. En efecto, a continuación, el Tribunal Supremo contradice su previa argumentación al señalar que: «... cuando se planea el robo violento, quienes han decidido robar, aceptan preordenadamente la consecuencia de matar, admitiendo así tanto el dolo directo como el eventual o la culpa...» (1). Con ello se excluye la posibilidad de homicidio fortuito. Es decir, se vuelve a consideraciones de contenido versarista. No es eso todo. Una segunda contradicción se produce cuando se afirma que la aceptación del resultado puede dar lugar a culpa. Con ello se niega expresamente la teoría del consentimiento (infra III, 1), que el TS sostiene, según la cual hay dolo eventual, y no culpa, desde el momento en que el autor acepta un resultado que le aparece como posible. Por último, al examinar los hechos para probar la existencia de dolo, el TS tiene en cuenta más los actos precedentes y la actitud interna de los sujetos, que la propia peligrosidad objetiva de la conducta y el conocimiento que los autores tenían sobre su virtualidad para predecir la muerte de las víctimas. Con ello, el TS se hace acreedor de las repetidas críticas de la doctrina a los juicios sobre la actitud interna: con ellos, se hace responsable al autor no por los hechos realizados, sino en base a su personalidad (2). Lo que en todo caso resulta evidente es que el TS no entra en el análisis del conocimiento del autor sobre la peligrosidad real de su conducta; en particular, no tiene en cuenta si ese conocimiento podría verse afectado por la situación de semiimputabilidad del autor.

(1) El TS alude a una larga y reiterada jurisprudencia que mantiene esta tesis: STS 15 enero 1981; STS 14 abril 1982; STS 22 junio 1982; STS 15 julio 1982; STS 22 octubre 1982; STS 28 octubre 1982; STS 17 noviembre 1982; STS 15 enero 1983; STS 25 febrero 1983; STS 20 mayo 1983; STS 27 junio 1983.

(2) ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Berlin 1930, pág. 193: se examina la culpabilidad por el carácter no por el hecho.

En el mismo sentido, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Trad. Mir Puig-Muñoz Conde). Barcelona 1981, pág. 408: no se valora el hecho sino el autor.

GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo eventual*, en «Estudios de Derecho Penal», 2.<sup>a</sup> ed., Madrid 1981, pág. 187.

### III. Posición jurisprudencial

1.—El TS mantiene unánimemente una doctrina, para distinguir entre los hechos susceptibles de ser considerados como dolosos o imprudentes: la llamada teoría del consentimiento. En consecuencia, exige la aceptación, por parte del autor, del resultado lesivo producido, como requisito esencial de la apreciación de dolo eventual (3). En particular, la acogida es la teoría hipotética del consentimiento, de acuerdo con la primera fórmula de Frank (4). Según ella, la aceptación, por parte del autor, del resultado podrá darse de forma inicial y positiva o formularse por el juez en juicio de prognosis posterior. En este juicio «ex post» se obtiene la convicción de que el autor hubiera obrado de igual forma en caso de representarse el resultado como seguro (5). Parcialmente discrepante respecto a lo anterior se muestra la STS 3 mayo 1982 (A 2625), ponente Castro Pérez, en la que se considera que: «... la gran probabilidad del resultado sin que el agente desista nos prueba su consentimiento...» (6). Con ello se pone más el acento en el elemento intelectivo.

2.—Lo anterior se sitúa, sin embargo, en el ámbito de las meras «declaraciones doctrinales» o de «principios», que luego el TS no emplea a la hora de resolver sobre el caso concreto. Para esto último se sirve de criterios de oportunidad o conveniencia, que tienen dos manifestaciones particulares. La primera de ellas se produce a propósito de la distinción entre conductas, en principio, socialmente aceptadas, y las que no lo son. A este respecto es posible constatar la existencia de una presunción de imprudencia en el primer subgrupo y de dolo en el segundo. Representativa en esta línea es la STS 12 noviembre 1976 (A 4702), ponente Castro Pérez, en la que un conductor, viendo que unos peatones cruzan la calzada, continúa la marcha sin parar ni frenar y sin embargo su conducta se califica como imprudente.

La segunda manifestación tiene lugar en el ámbito de los tipos que, según el propio TS, no admiten la comisión imprudente. En ellos se aprecian como dolos

(3) En este sentido: STS 20 abril 1977 (A 1689); STS 19 diciembre 1978 (A 4229); STS 18 marzo 1980 (A 1160); STS 5 abril 1978 (A 1291).

(4) BOCKELMANN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München 1973, pág. 84; Kommentar Schröeder 190, BGH 14, 256: la propone como fórmula de prueba de la existencia de dolo.

En el mismo sentido: HIPPEL, *Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1903, pág. 111: es la llamada teoría hipotética del consentimiento.

(5) En sentido crítico: CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, 2.<sup>a</sup> ed., tomo I, Madrid 1981, pág. 439; GIMBERNAT ORDEIG *Acerca del dolo*, pág. 187; ENGELSCH, *Untersuchungen über Vorsatz*, pág. 193; JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlín 1983, pág. 224; JESCHECK, *Derecho Penal*, pág. 408.

A favor: ANTÓN ONECA, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid 1949, pág. 200; BOCKELMANN, *Strafrecht*, pág. 87; CUELLO CALÓN, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, 18.<sup>a</sup> ed., Barcelona 1980, pág. 444; DÍAZ PALOS, *Dolo penal*, «Nueva Encyclopedie Jurídica» (NEJ) Seix, pág. 96; HIPPEL, *Vorsatz* pág. 111; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo V, 2.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires 1963, pág. 585; MAURACH/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1, 5.<sup>a</sup> ed., Heidelberg 1977, pág. 328; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, 6.<sup>a</sup> ed., Madrid 1983, pág. 280.

(6) COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*: III, 3.<sup>a</sup> ed., Valencia 1982, pág. 167: ello se corresponde con la segunda fórmula de Frank de 1929, que pasará a ser el medio de prueba de la llamada Teoría positiva del consentimiento.

sas conductas que, con características análogas pero respecto a tipos en que cabe la comisión imprudente, se calificarán de culposas. Un ejemplo de ello lo proporciona la comparación entre el tratamiento de la violación y de los abusos deshonestos. En efecto, dado un error vencible sobre el elemento típico edad de la víctima, común a ambos, la calificación penal es diferente. En la violación, tipo respecto del cual el TS admite la comisión imprudente, tal error se estima constitutivo de violación por imprudencia (7). En cambio en los abusos deshonestos, tipo en el que para el TS no cabe la comisión imprudente por contener un elemento subjetivo del injusto, se niega relevancia al error apreciándose la presencia de dolo (8). Otro tanto sucede con respecto al delito de omisión del deber de socorro, tipo respecto del cual el TS tampoco admite la comisión imprudente (9).

3.—En resumen, cabe distinguir dos planos. En el teórico, el TS, que sitúa el dolo en la culpabilidad, pone especial énfasis en el elemento volitivo para distinguir entre dolo eventual y culpa consciente. Esta tendencia se acentúa al no haber sido totalmente abandonada la concepción psicológica de la culpabilidad (10). La exigencia de querer el resultado es, pues, congruente con la ubicación y concepto de dolo jurisprudencial que mantiene connotaciones propias del llamado «dolus malus» (11). En la práctica, sin embargo, sigue la teoría de la probabilidad (infra IV, 2.3), en base a los conocimientos del autor sobre la posibilidad de producción del resultado, junto a los que hemos denominado criterios de oportunidad que restringen o amplían el campo del dolo. Estos son, como se ha visto, de dos clases:

a) Criterio de oportunidad «extensivo»: Se da en aquellos supuestos en que para el TS no cabe la comisión imprudente, y, en aquellos otros de conductas con significado antisocial, respecto a las cuales pasa a enjuiciarse la personalidad del autor (12). Así, en la sentencia objeto de este comentario no se prueba en ningún momento la voluntad de realización del resultado, sin que por ello se cuestione la existencia de dolo.

b) Criterio de oportunidad «restrictivo»: Se acoge en los supuestos de actividades peligrosas aceptadas, por su utilidad, como el tráfico rodado, la medicina, la

(7) STS 11 abril 1977 (A 1549).

(8) STS 30 mayo 1967 (A 2554).

(9) GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo*, pág. 171: Comenta una sentencia con referencia al dolo eventual en un delito de omisión del deber de socorro. El TS sigue en ella la teoría de la probabilidad, examinando el conocimiento del autor sobre las circunstancias del hecho. Con ello el TS adopta el que denominamos «criterio de oportunidad», para evitar la impunidad de la conducta que resultaría al no admitir el propio TS la posibilidad de comisión imprudente de este tipo penal.

(10) DEL ROSAL, *Tratado de Derecho Penal español (Parte General)*, tomo II, 2.ª ed., Madrid 1972, pág. 147: El dolo como forma de culpabilidad ha de identificarse con el «dolus malus».

(11) Ross, *Über den Vorsatz*, Baden Baden 1979, pág. 19: Considera la exigencia de querer el resultado como un residuo del concepto tradicional del dolo como «dolus malus».

(12) HAFT, *Die Lehre von bedingten Vorsatz unter besonderer Berücksichtigung des wirtschaftlichen Betrugs*, «Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft» (ZStW), 88 (1976), págs. 365-392, pág. 382: Distingue dos supuestos, aquéllos en que el autor realiza una actividad normal y generalmente aceptada, en los que se niega la conformidad con el resultado; y otros, en los que el autor realiza una actividad no aceptada socialmente, en los que se supone la conformidad con el resultado.

construcción, la industria, etc. (13). En estos casos se excluye previamente la calificación de los hechos como dolosos sin que, en sentido contrario, se entre a cuestionar la posible aceptación del resultado lesivo por parte del autor.

#### IV. Posiciones doctrinales

1.—Antes de pasar a describir las diferentes posturas doctrinales, importa poner de relieve la decisiva influencia que en los criterios de distinción de dolo e imprudencia tienen las concepciones mantenidas acerca del contenido de ambos conceptos (14). En este sentido, cabe advertir la existencia de aspectos sobre los que la doctrina se muestra pacífica y otros, en cambio, en torno a los cuales ésta mantiene posiciones encontradas.

1.1.—Dentro de los aspectos sobre los que existe unanimidad doctrinal, se halla la relación de las distintas clases de dolo posibles. Estas, como se saben son:

— Dolo directo de primer grado.—Requiere que el autor persiga la realización del resultado, así pues, en esta clase de dolo predomina el elemento volitivo (15). El sujeto quiere el resultado producido o que ha intentado realizar.

— Dolo directo de segundo grado.—Exige que el autor se represente el resultado como consecuencia necesaria o inevitable de su actividad (16). En esta clase de dolo, pues, no se exige la voluntad dirigida al resultado y, sin embargo, nadie discute el carácter doloso de los hechos cometidos (17).

— Dolo eventual.—Como tercera clase de dolo no se discute, pero las divergencias surgen a la hora de determinar su concepto o mejor el contenido de éste e incluso respecto de su punición (infra IV, 3.2). Ello es debido a que el dolo eventual constituye el concepto básico de dolo, mientras que en los otros dos se trataría de «dolos cualificados». En consecuencia, el problema no consiste en encontrar una frontera entre dolo e imprudencia sino, más bien, en lograr un concepto de ambos que sea satisfactorio.

1.2.—La distinción entre dolo e imprudencia se centra siempre en la delimitación de los conceptos de dolo eventual y culpa consciente. Ambos tienen en común, en efecto, el conocimiento por parte del autor del peligro que entraña la

---

(13) Demostrativo de lo anterior resulta la STS 12 noviembre 1976 (A 4702).

(14) JAKOB, *Strafrecht*, pág. 221: Propone la regulación de un concepto legal de dolo para facilitar la distinción entre dolo e imprudencia.

(15) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, pág. 200: «... este dolo es el que en Alemania se denomina «*Absicht*» (intención), palabra que expresa perfectamente la característica de esta clase de dolo...»; JESCHECK, *Derecho Penal*, pág. 402: «... el autor persigue la acción típica o, en su caso, el resultado requerido por el tipo...»; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona 1984, pág. 202: «... el autor persigue la realización del delito...».

(16) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, pág. 201: «... el resultado está necesariamente unido a la actividad...»; JESCHECK, *Derecho Penal*, pág. 403: En Alemania se le denomina dolo directo y es aquél en el que el autor prevé como segura la realización del resultado típico; MIR PUIG, *Derecho Penal*, pág. 202: Al autor se le presenta como consecuencia necesaria (o prácticamente necesaria) la comisión del delito.

(17) GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo*, pág. 191: El no requerir voluntad, en sentido estricto, respecto al resultado en el dolo directo de segundo grado, elimina la principal objeción a la teoría de la probabilidad.

conducta y de la posibilidad de producción del resultado lesivo. Sin embargo, este último aspecto, al que también se extiende el acuerdo doctrinal, es el origen de las posteriores divergencias. Tales discrepancias se centran, esencialmente, en el contenido del dolo eventual, es decir, en qué elementos han de concurrir necesariamente para poder calificar unos hechos como dolosos. Ello resulta, indudablemente, de difícil determinación, como se demuestra, fehacientemente, por la falta de acuerdo doctrinal.

1.3. En la clasificación de las distintas posturas doctrinales es usual una bipartición. Las opciones particulares se encuadran bien en la teoría del consentimiento, o bien en la teoría de la probabilidad (18). En la primera lo relevante es el aspecto volitivo del dolo y en la segunda el intelectivo (19). Por algunos autores se ha añadido, no obstante, un tercer grupo que se conoce como teoría del sentimiento o de la indiferencia. Descrito de esta manera el panorama doctrinal, no cabe considerar a ninguna de estas doctrinas, en sentido estricto, como dominante. Ello se debe en parte a la proliferación de una serie de posturas que habría que calificar como eclécticas. En ellas se parte de la probabilidad, pero sin eliminar la exigencia de un elemento volitivo en relación con el resultado (20).

2.—Sentadas las anteriores afirmaciones generales conviene proceder a analizar con cierto detalle el estado actual de la doctrina. En dicho análisis se seguirá el esquema ya anunciado.

2.1. *Teoría del consentimiento.*—En ella se incluyen todas las posiciones que otorgan un papel preponderante al elemento volitivo. Para estos autores, pues, el querer es lo esencial para la existencia de dolo (21). Dicho querer aparece representado en el dolo eventual por la aprobación, aceptación o ratificación del resultado (22). Pero en todo caso concurre el requerido aspecto volitivo «en relación con el resultado». A propósito de esto, conviene realizar alguna observación. En efecto, la exigencia de un momento volitivo respecto al resultado lesivo en el dolo eventual, convierte a éste en una subespecie de dolo directo de primer

(18) En este sentido: BAUMANN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 8.<sup>a</sup> ed., Berlín 1977, pág. 377; COBO/VIVES, *Derecho Penal*, pág. 167; GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo*, pág. 177; MIR PUIG, *Derecho Penal*, pág. 203; MAURACH, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4.<sup>a</sup> ed., München 1971, pág. 261.

(19) En sentido crítico: ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, pág. 694-730. «Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 80 (1968), pág. 703; por considerar que estas clasificaciones no reflejan el verdadero sentido del problema. Propone una división de las teorías acerca de la frontera entre dolo eventual y la culpa consciente en dos grupos: 1.—Plantea la pregunta: ¿Cómo valora el autor la posibilidad del resultado?, las respuestas serán de dos tipos: lo tiene por probable, por posible, por improbable... 2.—Plantea la pregunta: ¿Cómo siente el autor la producción del resultado?, y las respuestas: él la aprueba, está de acuerdo, le es indiferente, no la desea.

(20) JESCHKE, *Derecho Penal*, pág. 407. Establece una división tripartita de las distintas teorías, en sentido crítico respecto de las tres; defiende una cuarta posición que él considera dominante y que se encuentra muy cerca de la teoría positiva del consentimiento (utiliza como método de prueba del dolo la segunda fórmula de Frank).

(21) CÓRDOBA RODA, traducción del *Tratado de Derecho Penal de Maurach*, Barcelona 1962, pág. 319, nota 34: Considera el elemento volitivo como momento emocional «el dolo como dirección de la voluntad».

(22) Exigiendo la aceptación del resultado: CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, pág. 444; DÍAZ PALOS, *El dolo penal*, pág. 97; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, pág. 280.

grado. Paradójicamente nada de esto sucede con el dolo directo de segundo grado. Para éste, lejos de exigir un querer, se estima suficiente que el autor haya conocido la producción del resultado como inevitable (23). Esto supone una contradicción, pues una variación *cuantitativa* —la mayor probabilidad de producción del resultado característica del dolo directo de segundo grado— no puede significar una transformación *cualitativa* de los elementos del concepto de dolo.

La teoría expuesta se conoce también como «teoría hipotética del consentimiento». En ella se utiliza, como medio de prueba del consentimiento, la primera fórmula de Frank. Este es, además, el sistema tradicionalmente seguido por el TS (supra III, 1). Sin embargo, otros autores se sirven de la segunda fórmula de Frank (24), para probar la existencia de dolo eventual. Con todo, existen discrepancias sobre la real naturaleza de esta última. Ello, hasta el punto de que hay autores (25) que, negando expresamente ser partidarios de la teoría del consentimiento, la utilizan (infra IV, 2.4). Todavía alguna matización más. En ocasiones, autores que estimamos seguidores de la teoría del consentimiento, por exigir el elemento volitivo para la existencia de dolo eventual, parten del conocimiento del sujeto sobre la probabilidad de producción del resultado para apreciar su existencia. De este modo, si, pese a advertir el peligro de producción del resultado, el sujeto no hace nada por evitarlo, se presumirá que lo quería (26), (27). En consecuencia, lo que se exige es un querer meramente presunto que debería estimarse ineficaz en el ámbito penal. Algo, en cierta manera similar sucede con la sentencia que examinamos. En efecto, el TS no duda en apreciar que unas personas que se dedican al tráfico de drogas y que planean su robo, aceptan cualquier otro tipo de resultado lesivo que pueda producirse. Se presume, así, la existencia de una voluntad criminal general.

2.2 *Teoría del sentimiento*.—En ella se atiende a la actitud interna del sujeto frente a la probable producción del resultado lesivo. A tal fin, juzga la situación emocional del sujeto, y se afirma que la indiferencia ante la probable producción de un resultado penalmente relevante implica dolo (28). La mencionada

(23) JESCHECK, *Derecho Penal*, pág. 408: La teoría del consentimiento convierte el dolo eventual en un dolo directo hipotético.

(24) FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.<sup>a</sup> ed., 1931, pág. 190: «Si el autor dijo: sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro, en todo caso yo actúo, entonces su culpabilidad es dolosa».

(25) CEREZO MIR, *Curso*, pág. 439; COBO/VIVES, *Derecho penal*, pág. 167; GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo*, pág. 178: Incluyen tanto la teoría hipotética del consentimiento, como la teoría positiva del consentimiento en la teoría del consentimiento. Este tratamiento es válido si se dividen las diversas teorías en dos grupos. Con la clasificación aquí propuesta es preferible incluir la segunda fórmula de Frank en el apartado 2.4, Corrección de la teoría de la probabilidad. Con criterio similar: JESCHECK, *Derecho Penal*, pág. 406: Incluye la primera fórmula de Frank en la teoría del consentimiento rechazándola; en tanto que estima válida la segunda para la postura que él defiende.

(26) La fórmula de Armin Kaufmann: «exclusión del dolo a través de la objetiva manifestación de la voluntad de evitación» sería otra forma de previsión del querer.

(27) QUINTERO OLIVARES, *Introducción al Derecho penal. Parte General*, Barcelona 1981, pág. 125: «... el dolo eventual como querer meramente presunto», exige para la apreciación del dolo este querer presunto, que sería el elemento que diferencia el dolo y la imprudencia.

(28) JAKOB, *Strafrecht*, pág. 224: engloba la teoría del sentimiento o la indiferencia dentro de las teorías que aquí situamos en el apartado 2.4.

indiferencia se considera una característica negativa de la voluntad, es decir, un aspecto del elemento volitivo (29). Con ello se rebasa incluso el ámbito del querer, que tiene una interpretación más neutra respecto del estado anímico del autor; se puede querer un resultado aun cuando éste nos desgrade (30).

2.2.—*Teoría de la probabilidad*.—Es característico de esta doctrina partir del elemento intelectivo, el conocimiento. Junto a ello, se niega la necesidad de querer el resultado como requisito esencial del dolo (31). De acuerdo con ello, lo decisivo para estimar unos hechos como dolosos, es el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor. Los iniciadores de esta teoría afirman la existencia de dolo eventual cuando el autor considera probable la producción del resultado y culpa consciente cuando sólo la cree posible (32). Sin embargo, esta formulación estricta de la teoría de la probabilidad es muy imprecisa en la práctica, ya que en la mayor parte de los supuestos en que se plantea el problema, no puede el autor «*ex ante*», conocer si un resultado se presenta como posible o como probable. Así ocurre en la sentencia examinada, puesto que al no ser la utilización de algodones empapados en cloroformo un medio usual para causar la muerte, no podrá probarse si el resultado fue aprehendido por los autores como probable o tan sólo como posible (33).

La exposición anterior refiere lo que se denomina teoría estricta de la probabilidad. Sobre ella, no obstante, pueden efectuarse ciertas precisiones. Así, la distinción según probabilidad o posibilidad, puede resultar más satisfactoria si,

(29) ENGISCH, *Untersuchungen*, pág. 223: «...la indiferencia como característica de la voluntad». Pero a continuación considera como correcto la combinación de la teoría de la representación y la teoría del sentimiento, en pág. 234.

(30) EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 1910, pág. 129: «situación pasiva de los sentimientos del autor frente al resultado».

(31) HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, New York 1976, pág. 12: Afirma que el querer en el dolo no tiene ningún significado; en el mismo sentido: KINDHÄUSER, *Der Vorsatz als Zurechnungskriterium*, págs. 1-35, «*Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*» (ZStW) 96 (1984), pág. 22: el querer no tiene ninguna función ni en el dolo directo (en España de segundo grado), ni en el dolo eventual; se tratará por tanto del elemento que caracteriza el «*Absicht*» (dolo directo de primer grado).

(32) En este sentido: GROSSMANN, *Die Grenzen von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1924; GRÜNHUT, *Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht*, 1926, pág. 16; GRÜNWALD, *Der Vorsatz des Unterlassungsdelikts*, *Festschrift für Mayer*, Berlín 1965, pág. 281-303, pág. 288; H. MAYER, *Studienbücher Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlín 1967, pág. 121: «...más que una mera posibilidad y menos que una prevalente realidad...»; SAUER, *Grunlagen des Strafrechts*, 1921, pág. 618; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, «*Juristische Arbeitsblätter*» (JA), 1975, págs. 435-792, pág. 789; SCHRÖDER, *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*, *Festschrift für Sauer*, 1949, págs. 207-286, pág. 243: «...habrá imprudencia cuando el autor descarta un desenlace desgraciado»; STRATENWERTH, *Dolus eventialis und bewusste Fahrlässigkeit* «*Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*» (ZStW) 71, 1959, página 51, página 56.

(33) SCHMIDHÄUSER, *Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat* («*dolus eventialis*» und «*bewusste Fahrlässigkeit*»), «*Juristische Schulung*» (JuS), 1980, págs. 241-252, pág. 249: lo básico es el conocimiento que el autor tenga de la peligrosidad de la conducta. Distingue entre conocimiento de un peligro concreto y de un peligro abstracto: si existe conocimiento concreto de lesión del bien jurídico, concurrirá dolo; por el contrario, estaremos ante un hecho imprudente cuando se conoce el peligro abstracto que supone una determinada conducta.

además, se exige un momento de decisión a favor de la conducta en cuanto peligrosa: es decir, que se quiera la conducta como peligrosa para un determinado bien jurídico (34), (35). El objeto del querer no es ya, pues, el resultado, sino la conducta. A otro nivel, cabe añadir un nuevo criterio de valoración: no sólo tener en cuenta la cantidad de riesgo, sino también la calidad de éste. Con ello se introduce un principio normativo, en tanto en cuanto la valoración se realice de forma objetiva y no subjetivamente por el autor. Se trata de decidir si el riesgo es o no permitido. La dificultad para admitir como dolosas conductas realizadas en el ámbito de la circulación viaria, procede de la gran amplitud otorgada al riesgo permitido en este sector de actividad (36), (37). Si aplicamos estos criterios de valoración a los hechos aquí examinados, no ofrece ninguna duda que todo el riesgo creado en ellos es un riesgo no permitido: la conducta no es en ellos en modo alguno adecuada socialmente. Esta clase de peligros no se justifican por su utilidad o necesidad para la vida social. La calidad del riesgo creado en este caso favorecerá la calificación de la conducta como dolosa (38).

2.4.—*Corrección de la teoría de la probabilidad: búsqueda de un elemento volitivo.*—En esta corriente doctrinal, se parte de la existencia del elemento intelectivo: conocimiento de la posible producción del resultado lesivo. Sin embargo, se afirma la necesidad de que concurra también el elemento volitivo para que se aprecien unos hechos como dolosos. Pese a ello, en la representación del citado elemento volitivo, se sustituye el término querer por diversas acepciones que, sin duda, tienen un significado distinto del inherente al querer (39). Aspecto común a todas las variantes de esta línea doctrinal es la primacía del elemento intelectivo sobre el volitivo. Ello se advierte en que las diversas acepciones que sustituyen al querer tienen un significado más intelectual que aquél (40). Jescheck

(34) MIR PUIG, *Derecho Penal*, pág. 206: «No importa la sola conciencia de la probabilidad, sino el pronóstico concreto de lo que puede ocurrir en el caso particular».

(35) En sentido similar: JAKOBS, *Strafrecht*, págs. 222 y 226: Existirá dolo eventual cuando el autor juzga, en el momento de la acción, que como resultado de ésta no es imposible la realización del tipo.

(36) JAKOBS, *Strafrecht*, pág. 226: El grado de probabilidad para que la decisión sea relevante depende del peso del bien afectado y de la amplitud del riesgo.

(37) PHILIPS, *Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko*, «Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft» (ZStW) 85 (1973), pág. 27: Existe dolo eventual cuando el autor se decide conscientemente por una conducta que legalmente supone un riesgo máximo y antisocial. En sentido similar: RUDOLPHI, *Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der Personalien Unrechtslehre*, «Festschrift für Maurach», Karlsruhe 1973, págs. 51-73: afirma que hay que tener en cuenta la antisocialidad de la conducta peligrosa; igual: BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Wien 1974, pág. 147.

(38) SCHMIDHÄUSER, JuS 1980, pág. 19: la adecuación social limita la anoturicidad, pues el legislador no puede prohibir conductas adecuadas socialmente.

(39) KINDEMÄUSER, ZStW 96 (1984), pág. 25: Considera que la frontera entre dolo eventual y culpa consciente está, en estos supuestos de error sobre la capacidad de evitación: «el autor parte de que de U se sigue W, pero que está en situación de haciendo U impedir W: Error sobre la capacidad preventiva, el autor valora erróneamente sus posibilidades».

(40) ROXIN, *Zur Abgrenzung von bedingten Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit*, «Juristische Schulung» (JuS), 1964, pág. 13: El sentido más intelectivo que volitivo de la propuesta de Roxin adquiere mayor precisión en pág. 66: «de-

considera estas teorías como doctrina dominante y estima válida para ellas, como medio de prueba, la segunda fórmula de Frank. Es la también denominada «teoría positiva del consentimiento» (41).

Dentro del amplio abanico de posibilidades, cabe atribuir un particular significado a la postura de Welzel. Según ella, existe dolo cuando el autor cuenta con la realización del resultado, y será, por el contrario, imprudencia si el autor confía en su ausencia. Para la determinación de cuándo concurre lo uno o lo otro, propone, a su vez, la división de los posibles casos en dos grupos:

a) En el primero de ellos, el autor considera el resultado lesivo como *dependiente de su conducta*. De ser así, no habrá dolo cuando el autor confía en que a través de su habilidad, su presencia de ánimo, etc., puede evitar el resultado. Será, sin embargo, dolosa su conducta cuando no atribuye a sus posibilidades ninguna «*réelle Chance*» para evitar el resultado y su evitación depende de la casualidad del azar. Si el peligro es muy grande el autor puede esperar pero no confiar, porque la confianza no es independiente de la representación del peligro (42).

b) En el segundo grupo, el autor considera la producción del resultado como *independiente* de sus actos, o es consciente de que no puede contrarrestar la futura consecuencia de la acción. Si esto es así, su conducta será dolosa cuando cuenta con el resultado, e imprudente cuando en vistas a ello sólo tiene una remota duda (43). Los hechos relatados en la sentencia comentada se sitúan en este segundo grupo. Como la producción del resultado no ofrece remota duda, sino que los autores tenían que contar con ella, habrá que clasificar los homicidios como dolosos.

2.5. *Posición que se estima preferible*.—En las anteriores teorías se busca la fijación de una frontera entre dolo e imprudencia. Con este fin, los autores, a partir de su particular concepto de dolo, examinan los requisitos que creen necesarios para que éste concurra. Tal vez sea útil invertir el planteamiento y partir del concepto de imprudencia en lugar del de dolo. Así, cabe preguntar si, dada una misma conducta y un mismo conocimiento de su peligrosidad, puede hallarse algún elemento que, de concurrir, implique imprudencia, en vez de buscar uno que deba concurrir para el dolo. En este sentido cabe observar que en todo hecho imprudente subyace un error: no se quiere el resultado lesivo y éste se produce. Por lo tanto si pesce al conocimiento de la peligrosidad de la conducta el autor cree, erróneamente, que puede evitar la producción del resultado, concurrirá im-

---

cisión a favor de la posible lesión de bienes jurídicos», si falta este momento de decisión la conducta será imprudente.

(41) COBO/VIVES, *Derecho Penal*, pág. 167: se declara a favor de la teoría positiva del consentimiento. GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo*, pág. 178, y RODRÍGUEZ DE VESA, *Derecho Penal español. Parte General*, 8.<sup>a</sup> ed., Madrid 1981, pág. 446: tratan conjuntamente la teoría hipotética y la positiva.

(42) En este punto se aprecia cómo pesce a exigir la presencia del elemento volitivo para el dolo, éste queda supeditado al elemento intelectivo —conocimiento.

(43) CEREZO MIR, *Curso*, pág. 439: se adhiere a la postura de Welzel. MEZGER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, I, 8.<sup>a</sup> ed., München-Berlín 1958, pág. 173: plantea una teoría similar pero más cercana a la teoría del consentimiento: si el resultado se representa como dependiente de la voluntad del sujeto, habrá que acudir a la teoría del consentimiento; si como independiente de ella: acudir a la teoría de la probabilidad.

prudencia y no dolo (44). Muchos hechos imprudentes —con culpa consciente— son tales y no dolosos, por la sobrevaloración del autor de sus posibilidades de control. El error sobre la propia capacidad de evitación es el elemento que permite, de concurrir, la calificación de unos hechos como imprudentes. Sin embargo, no será posible cuando el autor no tiene ningún control sobre las posibles consecuencias de la acción. Así sucede respecto de los hechos de la sentencia examinada. Los autores, una vez introducidos los algodones y atadas las víctimas a la cama, abandonan la casa y no cuentan con ningún medio propio o de terceros, para poder evitar el resultado. En estos casos, tanto Schmidhäuser como Kindhäuser, siguen la teoría estricta de la probabilidad: siempre que se conozca la concreta peligrosidad de la conducta, ésta será dolosa. Sin embargo, para evitar esta ampliación del ámbito del dolo eventual, y las consecuentes críticas a la teoría de la probabilidad, cabe también considerar imprudentes los supuestos en los que se aprecie un error sobre la real peligrosidad de la conducta. En ellos el autor yerra sobre el grado de probabilidad de producción del resultado (45). En relación con los hechos examinados, sólo sería posible afirmar la existencia de un error de esta clase: por desconocer los autores la virtualidad real de su conducta (46).

En definitiva, con base en el error, como elemento determinante de la imprudencia, cabe trazar una frontera entre dolo eventual y culpa consciente. Este error puede fundamentarse en:

- a) la capacidad del autor sobre su posibilidad de evitar el resultado, en los casos en que mantiene un control sobre el curso causal;
- b) el conocimiento, por el autor, de la real peligrosidad de su conducta, en aquellos casos en que no mantiene dicho control.

3.—Junto a las anteriores teorías, que buscan una frontera para delimitar los hechos imprudentes y dolosos, existen otras, que ante la dificultad de encontrar estos límites, optan por obviar el problema.

3.1. Entre ellas se encuentra la propuesta de suprimir el dualismo dolo-imprudencia, añadiendo una tercera vía: la «*Leichtfertigkeit*» (negligencia). En todos los supuestos de concreto conocimiento del peligro, sin seguridad sobre la producción de la lesión y sin intención de lesionar, es decir, en todos los casos tanto de culpa consciente como de dolo eventual, esta postura pretende la estimación de la

(44) En sentido crítico a esta sustitución: KINDHÄUSER, ZStW 96 (1984), pág. 23: Considera que no tiene ningún significado exigir un elemento en el dolo que luego no puede ser apreciado. Incluye en su crítica todas las diversas acepciones que se han ido proponiendo como sustitutivos del *querer* para los supuestos de dolo eventual: *billigen*, *in kauf nehmen*, *einverstanden sein*, *sich abfindet mit*, *einwilligen*, *rechnen mit*...

(45) KINDHÄUSER, ZStW 96 (1984), pág. 26: «Erróneo o falso conocimiento de la capacidad productiva: el autor no parte de que de U se sigue W y que está en situación de haciendo U realizar W. Hace U y se produce W». Esto sería para Kindhäuser un supuesto de culpa inconsciente, a sensu contrario, cuando no haya posibilidad de evitación y se conozca la situación será siempre la conducta dolosa.

(46) Para SCHMIDHÄUSER todos los casos de culpa consciente son de dolo eventual pues no tiene en cuenta la existencia de un posible error. En lugar de apreciar el posible error sobre la verdadera peligrosidad de la conducta, distingue entre el conocimiento de la peligrosidad *abstracta* y *concreta*. Cuando el autor conoce la peligrosidad abstracta, pero niega la concreta posibilidad estaremos ante una forma de imprudencia inconsciente con apariencia de culpa consciente. En consecuencia, propone sustituir «*dolus eventualis*» por «*unsicheres Tatbewusstsein*» y «*bewusste Fahrlässigkeit*» por «*scheinbar bewusste Fahrlässigkeit*».

citada figura intermedia (47). Esto, sin embargo, no pasa de ser un desideratum de «lege ferenda».

3.2.—Otra posición doctrinal propone la clasificación como imprudentes de todos los hechos en que se aprecia dolo eventual (48). Ello se debe a que estima inaceptable castigar de igual forma hechos cometidos con dolo directo y hechos cometidos con dolo eventual. Sin embargo, para evitar esto, se califica de igual forma hechos dolosos y otros imprudentes. En sentido contrario a lo anterior se hallan las doctrinas que extienden el dolo eventual a todo el ámbito propio de la culpa consciente, con ello, serían dolosos todos los casos en que existe conciencia del peligro concreto respecto del objeto de la acción (49). Ello significa, sin embargo, una ampliación del ámbito del dolo contraria a la función y límites del Derecho penal.

4.—Tan diversos y contradictorios enfoques por parte de la doctrina se deben no sólo a la dificultad que entraña delimitar dolo e imprudencia. Ello es también consecuencia de que contradice el sentido de la justicia y la función preventiva del Derecho penal, el que unos hechos realizados con intención de lesionar un determinado bien jurídico determinen la misma responsabilidad penal que estos mismos hechos sin intención de lesionar. En este segundo caso siempre será menor la peligrosidad y en consecuencia también la necesidad de prevención. Ello podría tener alguna solución. En este sentido, la posibilidad de atenuación para hechos cometidos con dolo eventual sería una medida a considerar en el plano político-criminal (50). Sin obviar la necesidad de delimitar los campos propios del dolo y la imprudencia, se eliminaría con ello el rechazo que surge al castigar del mismo modo hechos cometidos con dolo directo y los cometidos con dolo eventual.

(47) WEIGEND, *Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit*, «Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft» (ZStW), 93 (1981), págs. 657-700, págs. 657 y 687. En el mismo sentido: CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona 1976, pág. 22: «... imprudencia y malicia no agotan las modalidades de conexión entre sujeto y acto». En sentido similar: ESER, *Strafrecht, Studienkurs*, I, núm. 3, 2.<sup>a</sup> ed., München 1976, pág. 53: propone reunir el dolo eventual y la culpa consciente en una «especial forma de culpabilidad».

(48) BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht: Die Schuld nach dem Strafgesetze*, tomo II, 1907, pág. 322; FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, I, Murcia 1946, pág. 33; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho*, pág. 449; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Nota a la traducción del Tratado de Derecho Penal de Mezger*, tomo II, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid 1955, pág. 166.

En contra: ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, pág. 206: Alega que en ese caso habría de excluir también los supuestos de dolo directo de segundo grado «... lo que sería demasiado estrecho y contrario tanto de la justicia como de la defensa social». BUSTOS RAMÍREZ, *Política criminal y dolo eventual*, «Revista Jurídica de Cataluña» (RJCat), 1984, págs. 309-328, pág. 324: Califica el dolo eventual como imprudencia añadiendo un nuevo elemento: «En definitiva el dolo eventual es culpa. Pero con un agregado, es un comportamiento culposo con un elemento subjetivo agravatorio del injusto».

(49) SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho Penal español*, tomo I, 5.<sup>a</sup> ed., Madrid 1950, pág. 184; SCHMIDHÄUSER, JuS 1980, pág. 438; SCHRÖDER, *Sauer-Festschrift*, pag. 243.

(50) MIR PUIG, *Preterintencionalidad y límites del artículo 50 del Código Penal*, «Revista Jurídica de Cataluña» (RJCat), 1979, núm. 1, pág. 99: «Si se admite que el dolo eventual desborda la intención, el artículo 9, 4.<sup>a</sup>, pudiera emplearse también para atenuar la pena, cuando concurra esta clase de dolo, matizando la diferencia de gravedad que supone respecto del dolo directo».

## V. Conclusiones

1.—El TS (supra II), no duda de la existencia de dolo eventual con respecto al homicidio del matrimonio A y B. No tiene en cuenta, al efectuar esta apreciación, el conocimiento que puedan tener los autores sobre la peligrosidad de su conducta, ni siquiera si pudieron prever el alcance de sus actos. Fundamenta, por el contrario, la calificación de homicidio doloso en el carácter y condición de los autores, traficantes de drogas y con intención de robar. En base a estos datos presume el dolo en el sentido de aprobar o aceptar el resultado de muerte. Ello significa un juicio sobre la personalidad de los autores, no sobre los hechos por ellos cometidos (51).

2.—Si seguimos la teoría de la probabilidad, hemos de examinar la peligrosidad «ex ante» de la conducta. Ello se corresponde con el fundamento del injusto: «el núcleo de lo prohibido» es la peligrosidad objetiva «ex ante» de una conducta (52). Si el autor conoce el peligro objetivo que representa su conducta y ésta es voluntaria, resulta que quiere la acción en cuanto peligrosa para un determinado bien jurídico. Con ello estaremos ante un hecho doloso, aunque el autor no quiera, no acepte, no apruebe o no se conforme con el concreto *resultado lesivo*. La medida del peligro que supone la conducta y el examen de los conocimientos del autor sobre aquél han de realizarse «ex ante». El grado de peligro objetivo concreto debería determinarse por medio de perito.

3.—En la Sentencia que comentamos representa un problema la dificultad de determinar el grado de peligro concreto que entrañan los hechos: introducir algodones empapados en cloroformo en la boca de las víctimas y, tras ello, atarlas a la cama sin posibilidad de moverse o pedir auxilio (53). En todo caso, aun no siendo una forma usual de matar, el peligro creado es muy grande y el riesgo en su totalidad no permitido.

Atendiendo a los hechos probados no cabe fundamentar la imprudencia en un error sobre la posibilidad de evitación; los autores pierden el control del peligro por ellos creado (Supra N. 39), por lo que no pueden errar sobre su capacidad para evitar el resultado. Únicamente se podría fundamentar la imprudencia en base a un error sobre la real peligrosidad de la conducta (Supra N. 45); para ello habría que tener en cuenta el conocimiento de los autores sobre la efectiva virtualidad de los hechos que realizaban.

X, tiene antecedentes psiquiátricos desde su juventud y profunda dependencia de la heroína. Esto merma su voluntad y libertad de decisión. Sin embargo, estos trastornos no afectan a su inteligencia, ni por tanto a sus conocimientos, sino que incluso pueden agudizarla. Por ello no se puede fundamentar un erróneo conocimiento de la peligrosidad de su conducta en base a tales trastornos psíquicos. Los antecedentes psiquiátricos, al disminuir su capacidad de motivación personal, atenuarán la culpabilidad, pero no afectarán a la antijuricidad del hecho.

4.—En definitiva, es correcta la aplicación, por parte del TS, de la eximente

(51) GIMBERNAT ORDEIG, *Acerca del dolo*, pág. 187: «culpabilidad por el carácter y no culpabilidad por el hecho».

(52) MIR PUIG, *Función de la pena y Teoría del delito*. 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona 1982, pág. 75: «La voluntariedad de la conducta es el límite del injusto, pues no se puede motivar a no efectuar un comportamiento involuntario».

(53) JAKOB, *Strafrecht*, pág. 226: Plantea el problema que representa el que la latente peligrosidad de unos hechos sólo se acusa por la gran cantidad de sucesos similares.

incompleta de trastorno mental transitorio. Esto, sin embargo, contradice la fundamentación de la existencia de dolo que realiza el propio TS. En efecto, examinando el aspecto volitivo de la conducta, no considera la posibilidad de que tales trastornos de la voluntad que sufre X puedan afectar al dolo. Sobre ello cabe efectuar alguna observación. Según la teoría del consentimiento, predomina en el dolo el elemento volitivo sobre el intelectivo. De seguir los razonamientos hasta las últimas consecuencias procedería, pues, la calificación de estos hechos, al menos respecto de X, como imprudentes. Por el contrario, en base a la teoría de la probabilidad se determina exactamente su carácter doloso (54), pues el conocimiento del agente no resulta afectado por la ingestión de drogas (55).

5.—La calificación que de los hechos realiza el TS es correcta, pero no así su fundamentación. Lo mismo sucede en la STS 4 julio 1980 (A 3126), ponente Sr. Díaz Palos. En esta última, la autora viene acusada de un parricidio doloso, con la atenuante de enajenación mental incompleta. El TS casa la sentencia de la AP y califica los hechos como parricidio cometido por imprudencia temeraria. La eximente incompleta de enajenación mental es la determinante de la calificación de los hechos como imprudentes.

La autora, que tenía trastornos oligofrénicos y esquizofrénicos, suministró a su hija, de pocos meses, varios biberones de agua y leche en corto espacio de tiempo. Ello provocó la obstrucción de las vías respiratorias y, consiguientemente, el fallecimiento. En los Considerandos, el TS hace un planteamiento inicial de las diversas teorías acerca del dolo eventual y la culpa consciente. Así estima que la teoría del consentimiento es la válida: «.... el dolo exige un aliud estrictamente volitivo constituido por la aceptación o ratificación del evento representado como seguro en la mente de la procesada...». A continuación y atendiendo a la oligofrenia que padece la acusada aprecia que: «... existe adecuación del acto a la personalidad del autor que tanta resonancia tiene en el juicio de culpabilidad...». Siendo que en el último momento la procesada avisó al médico, el TS considera que: «.... ello excluye la aceptación o ratificación del evento mortal...».

Igual que en la sentencia que aquí comentamos, es correcta la solución e incorrecta la fundamentación. El hecho de que la autora avise al médico en el último momento no significa que no acepte el resultado. En todo caso podríamos estar ante un arrepentimiento activo. Lo que sí puede suceder es que, hasta ese momento, y, debido precisamente a la oligofrenia que sufría, la autora no hubiera advertido la peligrosidad de la conducta. De acuerdo con el criterio que mantenemos, la oligofrenia podrá dar lugar a un conocimiento erróneo de la peligrosidad objetiva de la conducta (56).

(54) KINDEHÄUSER, ZStW 96 (1984), pág. 26: Sería el supuesto II: «Conocimiento en torno de la capacidad no preventiva: el autor parte de que de U se sigue W y que no está en situación de realizando U impedir W. Hace U y se produce W, conducta dolosa en la que el autor es consciente de la falta de control».

(55) KINDEHÄUSER, ZStW 96 (1984), pág. 27: Estaría dentro de los casos que incluye en V: «Erróneo conocimiento en torno de la capacidad productiva», siendo considerado como un caso de culpa inconsciente.

(56) MIR PUIG, *Función de la pena*, nota pág. 97: El trastorno mental o una oligofrenia no sólo son relevantes en la culpabilidad, como causas de inimputabilidad o, en su caso, de atenuación de la culpabilidad, sino que pueden ser trascendentales en el sentido de impedir o distorsionar el mismo conocimiento de la peligrosidad de la conducta. Igualmente es posible, en casos extremos, que una situación de este tipo determine la ausencia de acción, por no existir una conducta en cuanto «conducta humana».

Con todo ello surge la posibilidad de que la enfermedad mental, determinante, por un lado, de una causa de inimputabilidad o semi-inimputabilidad pueda, también, afectar al fundamento del injusto: «el conocimiento del peligro concreto que supone la conducta realizada» (57). Con la teoría de la probabilidad, no entendida en sentido estricto, no se amplía el ámbito del dolo, como se le ha reprochado, sino que cabe fundamentar correctamente su presencia o ausencia. Para ello se enjuician los hechos y no el autor, evitando dejar la calificación a la oportunidad o conveniencia o, en ocasiones, a la mera intuición del Tribunal.



# Jurisprudencia Constitucional

PUBLICADA EN NOVIEMBRE-DICIEMBRE DE 1984  
Y ENERO-FEBRERO DE 1985  
CON APLICACION EN MATERIA PENAL

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR GARCIA  
U. A. M.

## I) CONSTITUCION

### ARTÍCULO 14

#### *Principio de igualdad*

«La recurrente aduce también, como se ha dicho, la supuesta vulneración del principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución, ya que la fianza no se exigió al arrendatario que prácticamente se encontraba en la misma situación que ella como arrendadora en relación a los efectos del delito. Pero su razonamiento no es convincente. El principio de igualdad supone que no puede existir una desigualdad de trato a personas que se encuentran en situación igual sin un fundamento razonable. Su presupuesto inicial es por tanto la igualdad de situación entre la persona que se considera víctima de la discriminación y otra u otras personas que se señalan como término de comparación. En este caso el término de comparación es el arrendatario. Pero, siempre en la hipótesis de ser ciertos los hechos narrados por la recurrente, el arrendatario habría sufrido directamente la lesión del bien jurídico protegido por el art. 496 del Código penal, que castiga el delito de coacciones, ya que se había visto de hecho expulsado del piso arrendado y privado de la libertad de habitarlo. La arrendadora, en cambio, habría sufrido también daños como la pérdida de los alquileres debidos, se habría visto incluso impedida de cumplir con el deber de asegurar el goce pacífico del arrendamiento (art. 1.554-3 del Código civil) como advierte el Ministerio Fiscal.

Sin embargo su situación no es idéntica a la de quien se ha visto despojado por la fuerza de la vivienda que tenía derecho a habitar.

No ha existido un ataque directo a su libertad aunque el acto ilícito repercuta en su esfera jurídica. Si en esas condiciones debió ser considerada como ofendida por el delito conforme al art. 281-1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es, como se ha dicho, una cuestión de legalidad ordinaria en que este Tribunal no entra.»

(Sentencia de 29 de noviembre de 1984. R. A. 113/84. «B. O. E.» de 21 de diciembre de 1984.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

## ARTÍCULO 17.4

*Plazo máximo de duración de la prisión provisional*

«Porque si bien es cierto que, en principio, la interpretación de las leyes corresponde a los tribunales ordinarios y así lo ha declarado este Tribunal Constitucional incluso en relación con la aplicación de las normas relativas a la prisión provisional (Auto de 30 de mayo de 1984, R. A. 821/83 antes citado. Auto de 31 de octubre de 1984. R. A. 229/84), también lo es que ese margen de interpretación tiene un límite, fijado precisamente para que a través de ella no se llegue a una consecuencia contraria a una norma constitucional, en este caso concretamente a la norma que establece la garantía constitucional de la libertad y la seguridad, es decir,, al art. 17. Desde este punto de vista procede examinar si la interpretación dada en el auto impugnado por la Audiencia al art. 504 de la L.E.Cr. vulnera o no el art. 17 de la Constitución. La respuesta ha de ser afirmativa. Se trata en efecto de delitos cometidos con anterioridad a la detención. Los sumarios correspondientes han sido acumulados por la conexión que tienen esos delitos entre sí. No se puede sostener en esas circunstancias que el plazo máximo y, no se olvide, excepcional, que establece la Ley para la prisión provisional haya de contarse para cada delito por separado y ello por las siguientes razones. En primer término, el art. 17-4 de la Constitución ordena, como se ha dicho, que por Ley se establezca el *plazo máximo* de duración de la prisión provisional La voluntad del constituyente, concretada por Ley es, sin duda, como se ha dicho, determinar el tiempo fijo que ha de durar la prisión preventiva. Hacer depender esa duración del número de delitos imputados supone, en la práctica, que el plazo máximo fijado por la ley depende de un elemento incierto como es el número de delitos con que se acuse a una persona. En segundo lugar, como se ha dicho, la norma constitucional y legal es más precisa que la establecida por los pactos internacionales, que se limitan a exigir un plazo razonable; pero es evidente que violaría esos pactos una interpretación de nuestras normas que fuese contraria a ellos, pues el resultado de multiplicar el plazo máximo legal de la prisión provisional por el número de delitos imputados en este caso (varios delitos de asesinatos consumados, más otros delitos relativamente menores), conduce por una simple operación aritmética a un resultado notoriamente superior a todo plazo razonable. Por último, no hay que olvidar que la comisión de varios delitos no implica su total individualización. El art. 70-2 del Código penal establece un máximo de cumplimiento de la condena del culpable, que no podrá exceder del triple de tiempo de la que se le impusiese por la más grave, ni en su conjunto de treinta años limitación que se aplicará aunque las penas se hubiesen impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en un solo. Es decir, que tanto los delitos que se enjuiciaron en un solo proceso, como ocurre en el caso presente por virtud de la acumulación practicada, como incluso aquellos que pudieron serlo por tratarse de delitos conexos, forman en cierto modo una unidad a efectos punitivos, y no pueden tratarse, por tanto, como delitos separados a efectos de fijar el plazo máximo de la prisión preventiva, ya que ese plazo máximo está condicionado por la pena asignada al delito imputado.»

(Sentencia de 26 de diciembre de 1984. R. A. 786/83 y 787/83. «B. O. E.» de 11 de enero de 1985.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

## ARTÍCULO 18.3

*Derecho al secreto de las comunicaciones*

«La primera precisión que hay que hacer es que no todas las irregularidades denunciadas por el actor son relevantes en este momento a efectos constitucionales. Tiene trascendencia a considerar la calificación jurídica de la grabación subrepticia, pero no la tiene, en el presente proceso, determinar si fue o no antijurídica la ulterior comunicación a terceros de la grabación misma. El problema planteado es el de la hipotética obtención inconstitucional de una prueba, que en este caso es exclusivamente el registro fonográfico, y carece de relevancia la determinación adicional de si tuvo también causa ilícita, originariamente, el proceso de formación de la voluntad empresarial que llevó al despido del actor. Que las informaciones llegaran a la empresa por medio de un comportamiento que pudiera constituir en sí quebrantamiento de un deber jurídicamente garantizado (por ejemplo, el de guardar reserva de lo conocido como «confidencial») es algo irrelevante en este momento, cuando no se trata de apreciar la legitimidad del despido, sino la regularidad procesal en la admisión de una prueba tachada de ilícita, que se agota en el objeto mismo de la grabación, en lo que aquí interesa.

Con estas advertencias, es necesario determinar si, efectivamente, la grabación de la conversación, en la que fuera parte el actor, constituyó, como se pretende, una infracción del derecho al secreto de las comunicaciones. La tesis del actor no puede compartirse. Su razonamiento descansa en una errónea interpretación del contenido normativo del art. 18.3 de la Constitución. Y en un equivocado entendimiento de la relación que media entre este precepto y el recogido en el núm. 1 del mismo artículo.

El derecho al «secreto de las comunicaciones... salvo resolución judicial» no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. Rectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así —a través de la imposición a todos del «secreto»— la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede cenculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje —con conocimiento o no del mismo— o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo). Por ello, no resulta aceptable lo sostenido por el Abogado del Estado en sus alegaciones en el sentido que el art. 18.3 de la Constitución protege sólo el proceso de comunicación y no el mensaje, en el caso de que éste se materialice en algún objeto físico. Y puede también decirse que el concepto de «secreto», que aparece en el art. 18.3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los correspondentes. La muy reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre de 2 de agosto de 1984 —caso Malone— reconoce expresamente la posibilidad

de que el art. 8 de la Convención pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado *comptage*, permite registrar cuales hayan sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma.

Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación» la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados, el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado.

No hay «secreto» para aquel a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 de la Constitución la retención, por cualquier medio del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación, en el presente caso) podrá ser en muchos casos, el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones. Ocurre, en efecto, que el concepto de «secreto» en el art. 18.3 tiene un carácter «formal», en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Esta condición formal del secreto de las comunicaciones (la presunción *«iuris et de iure»* de que lo comunicado es «secreto», en un sentido sustancial) ilumina sobre la identidad del sujeto genérico sobre el que pesa el deber impuesto por la norma constitucional. Y es que tal imposición absoluta e indiferenciada del «secretos» no puede valer, siempre y en todo caso, para los comunicantes, de modo que pudieran considerarse actos previos a su contravención (previos al quebrantamiento de dicho secreto) los encaminados a la retención del mensaje. Sobre los comunicantes no pesa tal deber, sino, en todo caso, y ya en virtud de norma distinta a la recogida en el art. 18.3 de la Constitución, un posible «deber de reserva» que —de existir— tendría un contenido estrictamente material, en razón del cual fuese el contenido mismo de lo comunicado (un deber que derivaría así del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 de la norma fundamental).

Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera *«íntima»* del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el art. 18.1 de la Constitución. Otro tanto cabe decir en el presente caso, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. Este acto no conculca secreto alguno impuesto por el art. 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (art. 18.1 de la Constitución). Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación

con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado, si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex art. 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativa, a la protección de la esfera íntima personal ex art. 18.1, garantía ésta que, «a contrario», no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo). Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación.»

(Sentencia de 29 de noviembre de 1984. R. A. 167/86. «B. O. E.» de 21 de diciembre de 1984.—Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León).

#### ARTÍCULO 24.1

##### *Derecho a la tutela judicial efectiva*

«La primera cuestión a resolver es si se ha producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Constitución) por el hecho de que los Tribunales exigieron prestar fianza para querellarse a la recurrente, cuando ésta, en su opinión, estaba exenta de ella por encontrarse en la situación de ofendida por el delito. La cuestión surge porque en nuestro ordenamiento procesal penal el querellante tiene, en general, que prestar fianza (art. 280 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), pero están exentas de ello algunas personas, entre ellas el «ofendido» por el delito (art. 281-1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Hay que advertir que la recurrente no alega que la fianza fuese excesiva para sus recursos económicos de forma que le impidiesen o le obstaculizasen gravemente el ejercicio de la acción. Recuérdese que en esas condiciones el requisito de la fianza no vulnera en términos generales el derecho a la tutela judicial efectiva, como ya ha dicho este Tribunal en su Sentencia núm. 62/1983, de 11 de julio, R. A. 218/1982 («Boletín Oficial del Estado» de 9 de agosto de 1983). Tampoco se discute la constitucionalidad, aceptada por la Sentencia que se acaba de citar, de la norma que exime de prestar fianza a los ofendidos por el delito y demás personas a que se refiere el art. 281 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mientras se exija prestarla a otros querellantes.

En esas circunstancias se suscita una cuestión previa, consistente en determinar si la decisión sobre la calidad de ofendida de la recurrente a efectos de prestar fianza es un problema de mera legalidad que compete a los tribunales ordinarios o si tiene una relevancia constitucional en cuanto afecta al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución. La respuesta es que se trata de una cuestión de mera legalidad. En efecto, reconocido como se ha dicho, que el exigir fianza a un querellante en tanto la fianza no resulte prohibitiva o particularmente gravosa no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva; reconocido asimismo que no es constitucional que no se exija al ofendido por el delito, el determinar si una persona debe considerarse como ofendida no tiene trascendencia constitucional, porque tanto si se le considera como tal y no se le exige la prestación de fianza como si se le niega esa condición y se impone

su prestación es lo cierto que puede gozar de la tutela judicial efectiva reconocida en el art. 24.1 de la Constitución. En consecuencia, no corresponde a este Tribunal examinar si es o no correcto con arreglo a la legalidad vigente la calificación que realizan en este caso los tribunales ordinarios.»

(Sentencia de 29 de noviembre de 1984. R. A. 113/84. «B. O. E.» de 21 de diciembre de 1984.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

«El art. 24.1 de la Constitución reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, derecho cuyo primer contenido en un orden lógico y cronológico, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y, como ha declarado este Tribunal Constitucional, poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas.

Ahora bien, para que la pretensión sea examinada y se produzca la actuación solicitada, es preciso que concurren en las partes ciertas condiciones, entre las que se encuentra, en los casos fijados por la Ley, la postulación procesal.

Se vulnera, por tanto, el mencionado precepto constitucional cuando el órgano judicial, por acción u omisión (art. 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), cierra a un ciudadano la posibilidad de suplir, por los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, su falta de postulación procesal, ya que de esa manera no sólo se limita, sino que se hace imposible la plena satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva.

En el presente caso, la solicitante de amparo, según consta en las actuaciones remitidas, compareció ante la autoridad judicial denunciando los posibles delitos de denegación de auxilio a la justicia (art. 372 del Código penal), ocultación de documentos (art. 529.8.º del Código penal), defraudación (art. 533 del Código penal) y falsedad en documento público (arts. 302 y 303 del Código penal), cometidos, a su parecer, con ocasión de un juicio de interdicto de recobrar en el que ella fue parte demandada.

Si bien es verdad que la formulación de la denuncia no supone el ejercicio de la acción penal ni constituye en parte al que la formula, es preciso destacar que, en el caso que nos ocupa, la hoy recurrente en amparo no se limitó a poner en conocimiento del Juzgado la posible existencia de los mencionados delitos, sino que manifestó su propósito de mostrarse parte en la causa y ejercitar una acción penal —que podía tener su apoyo en el art. 783 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— al solicitar, en el segundo otrosí del escrito de denuncia, que se procediera a designarle un Procurador del turno de oficio que la representase en dicho asunto y al señalar en el tercer otrosí «que por el Juzgado se tenga ya por hecha la designación desde este momento del abogado del Colegio de Barcelona Francesc Arnáu Arias para que nos defienda y asista».

La denunciante se consideraba perjudicada por los delitos denunciados, como reiteradamente manifiesta en el mencionado escrito, y tenía por ello un interés legítimo en que se iniciase una investigación que aclarara la naturaleza de los hechos y la culpabilidad que, en su caso, pudiera corresponder a sus presuntos autores, a los que nominalmente menciona y en el primer otrosí del repetido escrito solicita se les tome inmediatamente declaración.

En estas circunstancias, el órgano judicial estaba obligado, desde el comienzo de las actuaciones y una vez manifestada la voluntad de la denunciante, a facilitar su acceso al procedimiento, iniciando el trámite legalmente previsto conducente al nombramiento de Procurador en turno de oficio sin perjuicio de lo que en definitiva resultare, cumpliendo de esta forma el mandato implícito al legislador y al intérprete, contenido en el art. 24 de la Constitución, dirigido a promover en la medida de lo posible la defensa en el proceso de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

De las actuaciones recibidas se deduce, sin embargo, que el órgano judicial no adoptó medida alguna encaminada a facilitar la presencia de la denunciante en la causa, limitándose a acordar el archivo de las actuaciones sobre la base de un impreciso dictamen del Ministerio Fiscal.

No cabe duda de que esta omisión ha originado de forma inmediata y directa la vulneración del art. 24.1 de nuestra norma fundamental, pues al obstaculizar su acceso a la jurisdicción, ha colocado a la recurrente en una situación de indefensión.

Por otra parte, tal omisión ha influido de forma decisiva en las ulteriores resoluciones judiciales, que privan a la recurrente de la tutela judicial efectiva al impedirle hacer uso de los recursos legalmente establecidos, derecho que forma parte también del contenido del mencionado precepto constitucional. En efecto, las providencias impugnadas, de 3 y 8 de noviembre de 1982, acuerdan devolver a la interesada, por no ser parte en la causa y no constar su personación en forma, los escritos en los que solicitaba el nombramiento de Procurador de oficio a fin de proceder a la interposición del recurso de reforma, y subsidiariamente de apelación, contra el Auto que decretaba el archivo de las actuaciones y que ella juzgaba lesivo para sus intereses.»

(Sentencia de 3 de diciembre de 1984. R. A. 485/82. «B. O. E.» de 21 de diciembre de 1984.—Ponente: Gloria Begué Cantón).

«Podría decirse que los derechos procesales del ofendido (perjudicado en la dicción del artículo 110 de la LECr.), esto es, del que se considera sujeto pasivo de un delito contra la inviolabilidad del domicilio, quedaron satisfechos desde el momento en que se le admitió como parte —y ninguna petición en forma de práctica de diligencias propias ha realizado en la abreviada instrucción que dice el artículo 789 LECr., sin que, por otra parte, en la investigación *ex officio* tenga otra participación que la conferida por su posición de parte acusadora. Como perjudicado, tenía un derecho a promover, o el de participar en un procedimiento abierto, y en él instar la práctica de diligencias, intervenir en cada uno de los actos en que se manifiesta la acusación, etc., y en cuanto ejercitando la acción penal, se mostró parte en las actuaciones, pasando de la limitada posición de denunciante a la de parte actora, ninguna objeción es dable oponer desde este punto de vista. Sin embargo, el caso no es aquí el de una instrucción que desde la posición acusadora se considere críticamente insuficiente; el caso es que denunciándose unos hechos concretos, pues este valor debe darse a lo que por primera vez se dice en la declaración de una de las demandantes, de que su domicilio ha sido violado y que no consta se cumpliera lo que previene la LECr. (arts. 545 y 546), sobre este hecho no se ha realizado ninguna investigación y las autoridades judiciales no aluden a él, pues ni se menciona en el Auto de archivo ni en

el de reforma, ni en el de apelación, de modo que respecto del mismo (otra cosa es lo que en las resoluciones consideran respecto al contenido de la denuncia inicial) no es que se acuse una investigación insuficiente, es que no hay diligencia alguna. La LECr. (el art. 269 en cuanto a la denuncia; el art. 313 en cuanto a la querella) faculta al Juez para rechazar la investigación cuando el hecho no revistiere carácter de delito y, por el contrario, aquel artículo, o el artículo 312 disponen que se abra la instrucción en otro caso, y los preceptos que organizan el sumario y la instrucción abreviada que son las llamadas «diligencias previas», atribuyen al Juez un deber procesal de instrucción. Respecto a la indicada denuncia de la entrada en el domicilio de una de las demandantes, de amparo, persona comparecida como parte en las diligencias, ninguna diligencia aparece practicada, contraviniéndose con ello las indicadas reglas. La cuestión es si la infracción de las reglas de la instrucción comportan una violación del derecho al proceso debido, que pertenece no sólo a los inculpados, pues también los perjudicados por el delito ostentan este derecho constitucional. Ciento que la perjudicada por el supuesto delito, y no la otra demandante de amparo, ostenta ese derecho; y cierto también que la perjudicada no ha actuado diligentemente en las actuaciones previas, pues no ha coadyuvado a la instrucción proponiendo diligencias o aportando, en su caso, pruebas. La falta de toda instrucción priva a la perjudicada de una garantía procesal constitucionalizada en el artículo 24.1, pues su derecho (el derecho a la protección penal frente a una supuesta violación del domicilio) no ha obtenido la tutela jurisdiccional, ya que ninguna instrucción se ha realizado para depurar la verdad —y trascendencia, en su caso— acerca de la entrada en su domicilio quebrantando lo que previenen los preceptos antes citados de la LECr. Si la garantía procesal penal comprende, en todo caso, el derecho a promover, y el de participar en la causa, pero también el que el Juez de Instrucción realice la investigación que el caso requiera, y esto cualquiera que sea el delito público objeto de la instrucción, la garantía adquiere una extremada relevancia cuando se trata de la protección de los derechos o libertades fundamentales, respecto de los cuales nada es trivial o inimportante. Sólo realizada la instrucción y depurada la verdad y trascendencia penal de los hechos, podrá decirse que el derecho que constitucionaliza el artículo 24.1 —como derecho reaccional, en el caso, al servicio del derecho que proclama el artículo 18.2— queda satisfecho.»

(Sentencia de 9 de enero de 1985. R. A. 806/83. «B. O. E.» de 12 de febrero de 1985.—Ponente: Jerónimo Arozamena Sierra.)

## ARTÍCULOS 24.2 Y 117.5

### *Derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley y ámbito estrictamente castrense*

«El precepto del art. 24.2 garantiza a toda persona (y no sólo necesariamente en cuanto inculpado sino también en cuanto ofendido por el delito) un Juez ordinario previamente determinado mediante la institución jurídico pública de las competencias legales. Lo que ocurre es que la formulación de aquel precepto debe verse, además, desde la conceptualización de la jurisdicción militar, como jurisdicción especial que, cabalmente por este carácter, frente a la regla general de la jurisdic-

ción ordinaria, no consiente interpretaciones que llevan más allá de lo que se define —para los supuestos de normalidad— por referencia al "ámbito estrictamente castrense". Un conocimiento por la jurisdicción militar de una causa a la que no correspondiera la definición que hace el art. 117.5 podría verse desde la cara de este precepto, y entenderse que no respeta las reglas que, conforme con la Constitución, delimitan el ámbito jurisdiccional castrense. Mas ello no impediría verlo desde el art. 24.2 y ello, no sólo por el valor que tiene la formulación constitucional en cuanto utiliza el término "ordinario", indicativo de un órgano jurisdiccional integrado en la jurisdicción ordinaria (y recordemos aquí el art 117.3), a la que por lo general, y a salvo las reservas que se hacen a la jurisdicción militar, sino por la consideración más general de que la predeterminación, mediante la formulación de las competencias legales, comprende las que definen el ámbito castrense exceptuado de la regla general de la jurisdicción ordinaria. Con todo lo que hemos dicho hasta aquí quiere decirse que puede llevarse al recurso de amparo la trasgresión de las reglas definidoras de la jurisdicción en cuanto en su formulación, o en su interpretación o aplicación, resulte incompatible con el alcance que a la jurisdicción militar asigna el art. 117.5, pues implicaría, a la vez, violación del artículo 24.2. Esta es la idea que está presente en la STC 75/1982, de 13 de diciembre (publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 15 de enero), emitida por el pleno del 1, en la que se dijo: "el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley resultaría vulnerado si se atribuyese un asunto determinado a una jurisdicción especial y no a la ordinaria". En la hipótesis del presente recurso en que se acusa que la causa de la que está conociendo la jurisdicción militar no es de las exceptuadas de la jurisdicción ordinaria, es claro que hay materia constitucional y, más específicamente, materia de amparo. Y es que, cuando quebrantando lo dispuesto en el art. 117.5 que limita la jurisdicción militar al "ámbito estrictamente castrense" se atribuye un asunto a esta jurisdicción, correspondiendo a la jurisdicción ordinaria, se lesiona el derecho al Juez ordinario que proclama el art. 24.2, como hemos dicho en la STC 75/1982, de 13 de diciembre mencionada.

El CJM (y la LO 9/1980) no prevé que la declinatoria tenga acceso al Tribunal Supremo por la vía de la casación y, ciertamente, no instituye otros supuestos de recurso ante la Sala Segunda de aquel Tribunal que los dirigidos contra sentencias del Consejo Supremo de Justicia Militar en única instancia y por los motivos y trámites que señalan los arts. 847 y siguientes de la LECr. La extensión de la casación que decimos acudiendo a la regla del art. 676 de esta Ley, aunque no prevista en la norma propia del régimen procesal castrense, no es, sin embargo, atentatoria a los principios que organizan la jurisdicción militar. Por de pronto, la intercomunicación procesal de esta jurisdicción con la ordinaria a través de la casación, aunque para la hipótesis contemplada en el art. 14 de la LO 9/1980, es algo incorporado a nuestro derecho, sin que (STC 76/1982, de 14 de diciembre) se haya cuestionado que atente al principio de reconocimiento de la jurisdicción castrense, en los términos que define el art. 117.5 de la Constitución. Pero es que tratándose de resolver acerca de la jurisdicción, con los efectos que comporta el juego de la declinatoria, es la Sala Segunda del Tribunal Supremo, órgano de la jurisdicción ordinaria en lo penal, un órgano que se incrusta con naturalidad en el marco de la relación jurisdicción militar, con ámbito limitado a lo estrictamente castrense, y jurisdicción ordinaria, raíz —como se ha dicho— de toda jurisdicción.

Si nada hay atentatorio a los principios, podemos verlo ahora desde la atribución a la jurisdicción ordinaria, en el sentido que está presente en el art. 53.2 de la C.E. y a cuya idea sirven los preceptos de la LOTC (entre ellos 41.1, 43.1 y 44.1), en primer lugar, la defensa jurisdiccional de los derechos y libertades. Mediante la introducción en el mecanismo de la declinatoria de jurisdicción en el proceso penal militar, del recurso de casación, extendiendo la regla del mencionado art. 676 de la LECr., cobra plena virtualidad la protección del derecho al Juez ordinario, en sede del Tribunal Supremo, al igual que ocurre cuando la declinatoria surge en un proceso penal del que conoce un Juez o Tribunal ordinario. Cuando la Sala Segunda del Tribunal Supremo, entendiendo de la declinatoria recurrible en casación, declara la procedencia o improcedencia de la inhibición —por tanto, la competencia de la jurisdicción ordinaria o de la castrense—, vela por la garantía institucional y también derecho fundamental, del derecho al Juez ordinario.

La paridad de tratamiento, cuando el problema jurisdiccional surge en el proceso penal militar, es, con todo lo argumentado hasta aquí, otra razón que abona aplicar igual solución que la prevista en el art. 676 de la LECr., al caso del art. 739 del CJM. En tanto el legislador no organice de otro modo, compatible con los preceptos constitucionales, el instituto de la declinatoria en la jurisdicción militar que haga posible que la defensa del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley se presente también en el indicado cauce, ha de entenderse que el inciso del indicado artículo ("con carácter inapelable") interpretado como excluyente de todo recurso, no es compatible con el mencionado art. 24.2 de la C. E. y por ello ha quedado invalidado en virtud de directa aplicación de la norma constitucional. Se extiende así la regla del derecho común procesal a la declinatoria surgida en un proceso penal castrense.

Podría pensarse que la solución nos lleva directamente en la idea del artículo 44.1 a) de la LOTC a una inadmisión del amparo por cuanto no se han agotado los recursos utilizables. No es esto así, pues si bien la autoridad judicial aplicó el art. 739 del CJM, sin que, por tanto, pueda tacharse a su resolución de quebrantadora del indicado precepto, la adaptación de este texto a lo que dispone el art. 24.2 de la C. E., en la línea que hemos argumentado anteriormente, lleva a abrir la casación en los términos previstos en el art. 676 de la LECr., para que el Tribunal Supremo pueda conocer de la cuestión. Reconociéndose ahora la posibilidad de casación, esto es, el derecho a este recurso, como un instrumento procesal hábil, han de adoptarse las determinaciones precisas para que pueda utilizarse este recurso. La solución es, por ello, la del otorgamiento del amparo, aunque con el contenido que deriva de lo que hemos dicho, según lo prevenido en el art. 55.1 de la LOTC.»

(Sentencia de 28 de noviembre de 1984. R. A. 751/83. «B. O. E.» de 21 de diciembre de 1984.—Ponente: Jerónimo Arozamena Sierra.)

#### *Derecho a un proceso con todas las garantías*

«Un problema distinto es el que suscita el recurso a propósito del art. 24.2 de la Constitución, puesto que en este punto posee una consistencia inicial el reproche dirigido a las actuaciones del juzgador y, específicamente, a la admisión por

éste de una prueba tachada por la parte —en casación y ante este Tribunal— de ilegítima, por atentatoria a los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución, pues si la ilicitud en la obtención de la prueba fuese cierta y si fuese posible inferir de nuestro ordenamiento una regla que imponga su ineficacia procesal, habría que concluir que la decisión jurisdiccional basada en tal material probatorio pudo afectar a los derechos fundamentales del recurrente a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución) y, en relación con ello, al derecho a la igualdad de las partes en el proceso (art. 14 de la Constitución).

Este planteamiento obliga a varias indagaciones sucesivas. Es necesario, en primer lugar, determinar la procedencia o improcedencia del empleo, en nuestro derecho, de instrumentos probatorios con causa ilícita. Hay que precisar, a continuación, si admitida tal improcedencia en algún caso, su desconocimiento por el juzgador adquiere relevancia en el proceso de amparo por afectar a derechos fundamentales de los ciudadanos. Y debe tenerse en cuenta, por último, si en el caso concreto aquí suscitado se produjo en la consecución de la prueba la lesión extraprocesal de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución.

No existe en nuestro ordenamiento una norma expresa que imponga la no consideración como prueba de aquellas propuestas por las partes y obtenidas antijurídicamente. Se ha destacado doctrinalmente que siempre podrá el Juez no admitir la prueba obtenida en tales condiciones, pero la inadmisión no vendría determinada, en ningún caso, por expresa determinación legal, sino por consideración puramente subjetiva del juzgador, sobre la base del art. 566 de la LEC, por impertinencia o inutilidad de la prueba, y ello con base en su contenido y no por las circunstancias que hayan podido presidir la forma de su obtención. A este respecto, son divergentes las opiniones doctrinales y las soluciones acogidas en los distintos ordenamientos.

No existen tampoco líneas jurisprudenciales uniformes en el derecho comparado. Por lo general, los países de «common law» hacen prevalecer el interés público en la obtención de la verdad procesal sobre la posible causa ilícita de la prueba, con la muy notable excepción del derecho norteamericano, en el que se rechaza la prueba ilegalmente obtenida, si bien sólo cuando la actuación irregular y contraria a un derecho constitucional se realizó por un agente público. Una solución parcialmente análoga ha prevalecido en el derecho francés, en el que al menos parte de la jurisprudencia se inclina a considerar como «nula» toda prueba obtenida mediante registro ilegítimo de conversaciones telefónicas (así, en este sentido, Sentencia del Tribunal de Casación de 18 de marzo de 1955). En el ordenamiento italiano, el debate doctrinal acerca de la procedencia de las pruebas ilegalmente obtenidas ha quedado parcialmente zanjado —por lo que se refiere a las pruebas específicamente «inconstitucionales»— en la Sentencia núm. 34, de 1973, de la Corte Constitucional y en la Ley núm. 98, de 1974, por la que se reformó el Código de Procedimiento Penal en el sentido establecido en la citada decisión jurisdiccional. La Sentencia de la Corte declaró que «... el principio enunciado en el apartado primero de la norma constitucional (art. 15: libertad y secreto de las comunicaciones) quedaría gravemente comprometido si, por parte del interesado, pudieran valer como indicios o pruebas interceptaciones telefónicas obtenidas ilegalmente, sin previa resolución judicial motivada».

En este caso, por lo demás, la Corte italiana no se limitó a esta advertencia, sino que enunció un principio de carácter general del mayor interés, según el cual

«las conductas realizadas en contravención de los derechos fundamentales del ciudadano no pueden servir de presupuesto ni de fundamento para actos procesales a instancia de aquel a quien se deban tales actuaciones constitucionalmente ilegítimas».

Esta doctrina fue sustancialmente recogida en 1974 por el legislador, adicionándose un nuevo art. 226 al Código de Procedimiento Penal por el que se estableció la ineffectividad procesal «de las interceptaciones realizadas al margen de los casos permitidos por la ley».

En el derecho español el problema de la prueba ilícitamente obtenida sigue abierto, por la carencia de disposición expresa. El recurso a la vía interpretativa impuesta por el art. 10.2 de la C. E. no resulta concluyente, por no existir pronunciamiento al respecto por parte del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre. Existe, sin embargo, una resolución en este ámbito que debe mencionarse, por más que su sentido no resulte de necesaria consideración en nuestro derecho sobre la base del citado art. 10.2 de la Constitución. Se trata de la resolución adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 12 de noviembre de 1971, resolviendo el caso Scheichelbauer, a partir de la demanda formulada contra el estado austriaco. En esta decisión se acordó que no había implicado violación del art. 6.1 de la Convención (derecho a la jurisdicción) la utilización por un Tribunal nacional de un registro fonográfico como medio de prueba, que fue tachado en cuanto a su procedimiento de obtención por el recurrente. Con independencia de que la interpretación relevante, de acuerdo con el art. 10.2 de la Constitución, es sólo la jurisdiccional del Tribunal Europeo, y no la del Comité de Ministros, lo cierto es que, en el presente caso, este órgano no entró a conocer, en su breve resolución, acerca de si la grabación controvertida constituyó o no un atentado a la intimidad (art. 8 de la convención), sino que, considerándose sólo llamado a decidir sobre la vulneración o no del art. 6 del mismo texto, limitó a este objeto específico su acuerdo.

Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de «inviolables» (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental. Para nosotros, en este caso, no se trata de decidir en general la problemática procesal de la prueba con causa ilícita, sino, más limitadamente, de constatar la «resistencia» frente a la misma de los derechos fundamentales, que presentan la doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y de «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica...» (Sentencia de este Tribunal 25/81, de 14 de julio. Fundamento Jurídico 5). Esta garantía deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto —público o, en su caso, privado— violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección Primera del capítulo segundo del título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales (el «deterrent effect» propugnado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos). Estamos, así, ante una garantía objetiva del orden de libertad, articulado en los derechos fundamentales, aunque no —según se dijo— ante un principio del or-

denamiento que puede concretarse en el reconocimiento a la parte del correspondiente derecho subjetivo con la condición de derecho fundamental.

En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía —por el ordenamiento en su conjunto— de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso.

Esta conclusión no contraria la doctrina establecida ya por este Tribunal en los Autos de 21 de marzo y de 16 de mayo de 1984, por los que se declararon inadmisibles las demandas de amparo constitucional 764/1983 y 766/1983. Es cierto que, en estas resoluciones el Tribunal no admitió las invocaciones de la parte fundamentadas en que el Auto del procesamiento recurrido se dictó sobre la base de elementos probatorios ilícitamente obtenidos, pero no lo es menos que el problema entonces suscitado difería cualitativamente del que se plantea en el presente recurso. En aquellas demandas el actor se limitó a invocar abstractamente una doctrina, sin específica apoyatura constitucional, y a declarar, no menos genéricamente, graves infracciones jurídicas producidas en la obtención de los instrumentos probatorios cuya utilización atacó. Este defecto «abstractamente alegados» —como destaca el Auto de 16 de mayo en su fundamento jurídico 3 *in fine*— no podía, en verdad, ser objeto de atención por el Tribunal, máxime cuando, como también se indicó, la ilicitud invocada en la creación de la prueba hubiera requerido la declaración en tal sentido del Tribunal competente. Por lo demás, en aquel supuesto el recurrente —como advierte el Tribunal— podía haber suscitado tal queja frente al Auto de procesamiento en la fase plenaria del juicio penal, momento en el cual habría habido ocasión de apreciar la fundamentación de esta pretensión. Por ello —y porque, según se dijo, el actor no enlazó en modo alguno la alegada ilicitud en la obtención de la prueba con la defensa de derecho fundamental alguno violado por tal formación irregular— el Tribunal hubo de declarar entonces que el problema planteado era de mera legalidad y ajeno, en cuanto tal, al ámbito del amparo constitucional.»

(Sentencia de 29 de noviembre de 1984. R. A. 167/84. «B. O. E.» de 21 de diciembre de 1984.—Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León.)

#### *Derecho a la defensa. Principio de contradicción*

«La cuestión planteada en el presente recurso de amparo, sobre la que ha de pronunciarse este Tribunal, es la de si la citación del demandante a un juicio de faltas en el que luego resultaría condenado, en su ausencia, sin haberse ordenado previamente su búsqueda, tal como establece el art. 178 de la LECr., al que se remite tanto el art. 971 de dicha Ley como el 9.º del Decreto de 21 de noviembre de 1952, y la posterior confirmación en apelación de la Sentencia dictada en

esas condiciones, ha podido lesionar, todo ello, el derecho a la defensa del recurrente reconocido por el art. 24.1 de la C. E.

El Tribunal Constitucional ha señalado que las garantías procesales a que alude el art. 24.2 deben respetarse, no sólo en el conjunto del procedimiento, sino también en cada una de sus fases (Sentencia 13/1981, de 22 de abril, folio 6); y más en concreto, de manera reiterada, se ha manifestado sobre la necesidad de que todo proceso esté presidido por una efectiva contradicción para que se entienda cumplimentado el derecho a la defensa, lo que, a su vez, implica forzosamente que, siempre que ello sea posible, debe verificarse el emplazamiento personal de quienes hayan de comparecer en juicio como partes, a fin de que puedan defender sus derechos. Y si ello es exigible en otros órdenes jurisdiccionales, con superior razón ha de serlo en el penal, habida cuenta de los bienes jurídicos que pueden resultar afectados, por lo cual no es sorprendente la rigurosidad de las normas procesales en esta materia, que requieren la plena constancia de que el acusado ha sido citado con arreglo a las formalidades prescritas en la Ley, como requisito indispensable para que el juicio pueda celebrarse sin su asistencia.

Expuesta la anterior doctrina basta proyectarla sobre el presente supuesto para comprobar que la falta de citación directa del recurrente que fue citado mediante edictos publicados en el «Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona», una vez que resultó infructuosa la citación en el domicilio que erróneamente figuraba en autos y, por lo tanto, antes de llevar a cabo la búsqueda prevista en el art. 178 de la LECr., como previa a la notificación mediante edictos. La infracción de esta norma procesal ha ocasionado la indefensión del recurrente, impidiendo la efectividad del principio de contradicción en el proceso y privándole de sus garantías procesales y de la posibilidad de utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, en primera instancia..

No bastan para considerar inexistente o subsanada esta lesión de un derecho fundamental ni la existencia de un posterior recurso de apelación, ni la supuesta negligencia en el comportamiento procesal del hoy recurrente.

En lo que toca a lo primero es claro que la ulterior interposición del recurso de apelación, hecha posible por la notificación (ésta sí, personal y directa) que al recurrente se le hizo de la Sentencia que le condenaba, con la posibilidad intrínseca de ejercitarse en él su derecho a la defensa, pudo servir de medio eficaz para subsanar la indefensión producida con anterioridad si en esta instancia se hubiera corregido, de algún modo, la infracción procesal o eliminado sus perjudiciales consecuencias. No se hizo así, limitándose la decisión judicial a negar la existencia de la indefensión, de suerte que el Juzgado de Instrucción, al impedir con su Sentencia el restablecimiento del solicitante de amparo en el disfrute de sus garantías procesales no ha subsanado la lesión producida.

En cuanto se refiere, por último, a la supuesta negligencia procesal del hoy recurrente, alegada por los comparecientes en este recurso, quienes apoyan su alegato exclusivamente en el hecho de que compareció ante el Juzgado cuando fue requerido para dar a conocer los daños producidos en el propio vehículo, sin que resulte de los autos dato alguno que permita colegir cómo fue notificado en esa ocasión, es claro que, vinculado como está este Tribunal en cuanto a la valoración de los hechos por la apreciación que de los mismos hayan hecho los órganos del Poder Judicial, el propio texto de la Sentencia dictada por el Juez de Instrucción en la que afirma que la aparente situación de indefensión no puede ser atribuida

«a la negligencia o dejadez del condenado», impide toda consideración de este género.»

(Sentencia de 5 de diciembre de 1984. R. A. 62/84. «B. O. E.» de 11 de enero de 1985.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

*Presunción de inocencia. Cancelación de la fianza que garantiza la libertad provisional*

«El recurrente presenta la cuestión de si el mantenimiento de la fianza que garantizaba su libertad provisional, después de dictada sentencia absolutoria, recurrida por la parte acusatoria, infringe el principio de la presunción de inocencia, ya que el art. 861, bis a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ordena, en relación con el recurso de casación, que si la sentencia recurrida fuere absolutoria y el reo estuviere preso, será puesto en libertad, de donde se deduce, a juicio del recurrente, la improcedencia de mantener la fianza y la infracción constitucional alegada. «... la fianza ya no puede tener el sentido de permitir eludir la prisión provisional, pero, caso de no cancelarse, cumple la misma función que contemplan el art. 5.3 del Convenio de Roma y 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en especial la de constituir una garantía en orden a la comparecencia para la ejecución del fallo que pueda dictarse eventualmente en casación, si se estimara el recurso».

«Planteada así las cosas desde una perspectiva constitucional la fianza sigue siendo, como lo fue desde el primer momento, una medida cautelar con las finalidades contempladas por los mencionados preceptos, aunque ha dejado de poder sustituirse por la prisión provisional. Por ello la cuestión que debemos resolver es, siguiendo las pautas establecidas por el Tribunal Europeo, si resulta razonable o proporcionado el mantener una fianza con estas finalidades cuando ha recaído la sentencia absolutoria».

«La Sala no estima que la cuestión suscitada sea susceptible de una solución unívoca, pues para llegar a ella es necesario valorar las circunstancias concurrentes en cada caso, con objeto de determinar en qué medida existen los riesgos que trata de prevenir la fianza y en qué medida tales riesgos permiten calificar de razonable la permanencia de la misma. Según ha quedado ya justificado sobre la base de los arts. 861 bis a); 541 y 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ni la cancelación es una consecuencia legal necesaria cuando la sentencia es absolutoria —como parece sostener el actor—, ni el recurso de casación hace improcedente la cancelación de la fianza cuando ha sido constituida por el propio proceso, tesis reflejada en las resoluciones recurridas. El Tribunal ordinario ha de hacer un juicio de razonabilidad para tomar su decisión, teniendo en cuenta, de una parte, la finalidad perseguida y, de otra, las circunstancias concurrentes, como la existencia de la sentencia absolutoria, que —como ya ha señalado el Tribunal— goza es principio de una presunción de validez y otras que puedan apreciarse en relación al imputado, como la profesión u oficio, recursos, lazos familiares, tiempo de prisión provisional, antecedentes y demás que puedan conducir a fundamentar el juicio de proporcionalidad».

(Sentencia de 26 de noviembre de 1984. R. A. 459/83. «B. O. E.» de 21 de diciembre de 1984.—Ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morant).

*Secreto profesional y secreto bancario*

«El recurrente invoca también en apoyo de su tesis la protección del secreto profesional y la del secreto bancario. Se trata, como es notorio, de cuestiones muy distintas y sumamente complejas que presentan problemas considerablemente variados y de diverso alcance. Basta aquí referirse a lo que es necesario para el tema del recurso. El secreto profesional, es decir, el deber de secreto que se impone a determinadas personas, entre ellas los Abogados, de lo que conocieren por razón de su profesión, viene reconocido expresamente por la Constitución, que en su art. 24.2 dice que la Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional no se está obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Evidentemente y «a fortiori» tampoco existe el deber de declarar a la Administración sobre esos hechos. La Constitución consagra aquí lo que es no un derecho sino un deber de ciertos profesionales que tiene una larga tradición legislativa (art. 263 de la LECr.).

Es evidente que si el secreto es obligado e incluso su violación es castigada penalmente (art. 360 del Código penal), la Inspección Fiscal no puede pretender que se viole. Pero también en este punto son aplicables algunas de las consideraciones anteriores. La exigencia de exigir las certificaciones del movimiento de las cuentas no viola en sí el secreto profesional, puesto que, como se ha advertido, en ellas sólo aparece la causa genérica de cada operación bancaria y no el contenido concreto de la relación subyacente. Tampoco vulneraría el secreto profesional el simple conocimiento del nombre del cliente y de las cantidades pagadas por él en concepto de honorarios, ya que estos datos deben figurar en el libro de ingresos profesionales, de obligada llevanza y exhibición a la Inspección. La cuestión podría suscitarse si la Inspección, al pedir los antecedentes y datos de determinadas operaciones, penetrase en el ámbito de las relaciones profesionales concretas entre el cliente y, en este caso, el Abogado. Sólo entonces podría y debería negarse el contribuyente a facilitar datos que supusiesen la violación del secreto profesional. Es posible también que no existiese acuerdo sobre cuál es la zona específica de relaciones cubiertas por el secreto profesional cuya delimitación puede ofrecer dificultades en ciertos casos. Pero para eso están los Tribunales de Justicia. La cuestión, en último término, no puede resolverse de forma abstracta, sino sobre cada caso concreto.

El problema del llamado secreto bancario es distinto. En lo que aquí importa, el secreto bancario no puede tener otro fundamento que el derecho a la intimidad del cliente reconocido en el art. 18.1 de la Constitución, pues no hay una consagración explícita y reforzada de este tipo de secreto, como la hay del secreto profesional. De forma que lo que se ha dicho antes sobre los límites del derecho a la intimidad es totalmente aplicable al caso en que sea la entidad de crédito la obligada a facilitar los datos y antecedentes que requiera la Inspección.»

(Sentencia de 26 de noviembre de 1984. R. A. 575/83. «B. O. E.» de 21 de diciembre de 1984.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

## II) LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### ARTÍCULO 44.1 a)

#### *Agotamiento de los recursos en la vía judicial*

V. Sentencia de 28 de noviembre de 1984 sobre *derecho al Juez ordinario pre-determinado por la ley* —art. 24.2 de la C. E.

## III) LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

### ARTÍCULO 263

#### *Declaración de abogados*

V. Sentencia de 26 de noviembre de 1984 sobre *secreto profesional* —artículo 24.2 de la C. E.

### ARTÍCULOS 269, 312, 313 y 789.

#### *Instrucción y archivo de las diligencias previas*

V. Sentencia de 9 de enero de 1985 sobre *derecho a la tutela judicial efectiva* —art. 24.1 de la C. E.

### ARTÍCULOS 280 y 281

#### *Fianza. Ofendido por el delito*

V. Sentencia de 29 de noviembre de 1984 sobre *principio de igualdad y derecho a la tutela judicial efectiva* —arts. 14 y 24.1 de la C. E.

### ARTÍCULO 504

#### *Prisión provisional*

V. Sentencia de 26 de diciembre de 1984 sobre *plazo máximo de duración de la prisión provisional* —art. 17.4 de la C. E.

### ARTÍCULOS 539, 541 y 861 bis a)

#### *Cancelación de la fianza cuando el procesado es absuelto y el acusador interpone recurso de casación*

V. Sentencia de 26 de noviembre de 1984 sobre *presunción de inocencia* —art. 24.2 de la C. E.

## ARTÍCULO 783

*Ejercicio de la acción penal*

V. Sentencia de 3 de diciembre de 1984 sobre *derecho a la tutela judicial efectiva* —art. 24.1 de la C. E.

## ARTÍCULO 954

*Recurso de revisión*

«Una primera pregunta consiste en si el recurso de revisión es una exigencia de la Constitución. El art. 24 de la Constitución garantiza el acceso al proceso público y, en el curso del mismo, a los debidos medios de defensa y las pruebas pertinentes, y como resultado, la obtención de una sentencia fundada en derecho, sea o no favorable. Garantiza asimismo el acceso a los recursos que la ley establezca, habiendo sentado este Tribunal, en aplicación del art. 10.2 de la Constitución en relación con el art. 14.5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, el derechos de la persona condenada penalmente a que el fallo sea sometido a un tribunal superior —sentencia número 76/1982, de 14 de diciembre («Boletín Oficial del Estado» de 15 de enero de 1983), fundamento jurídico 5.º).

Ahora bien, el recurso de revisión, encaminado a la anulación de una sentencia firme y que significa en consecuencia una derogación al principio preclusivo de la cosa juzgada, exigencia de la seguridad jurídica, es por su propia naturaleza un recurso extraordinario, históricamente asociado al derecho de gracia y sometido a condiciones de interposición estrictas. Sin negar que como tal recurso extraordinario, obedeza a las preocupaciones propias del art. 24 de la Constitución, su existencia se presenta esencialmente como un imperativo de la justicia, configurada por el art. 1.1 de la Constitución, junto a la libertad, la igualdad y el pluralismo político, como uno de los «valores superiores» que propugna el Estado social y democrático de derecho en el que España, en su virtud, se constituye. Es una exigencia de la justicia, tal y como la entiende el legislador constituyente, estrechamente vinculada a la dignidad humana y a la presunción de inocencia, por cuanto el factor por el que resultó neutralizada está en la sentencia cuya revisión se pide, resulta a su vez anulado por datos posteriores que la restablecen en su inculpabilidad. Bien cabe afirmar que, dados los supuestos que para su interposición se exigen, tal recurso, independientemente de los ya existentes en el procedimiento en aras del descubrimiento de la verdad penal y de la consecución del fallo más adecuado, es un postulado inexcusable de la justicia, por cuanto la circunstancia que permite acudir a él implica un hecho o medio de prueba que venga con posterioridad a evidenciar la equivocación del fallo. Y el fin del proceso penal, como medio para la fijación de la verdad de los hechos y de su consiguiente tratamiento legal, no puede conducir a que el efecto preclusivo de la sentencia condenatoria pueda prevalecer.

A la luz del artículo 24.1 de la Constitución, en relación con el 117.4 y de lo que antes se ha dicho de su alcance con respecto a los recursos existentes, quien debiera valorar si los nuevos elementos de prueba aportados (en el supuesto, que es el que se da aquí, del número 4 del art. 954 de la Ley de Enjuici-

ciamiento Criminal) son susceptibles de sostener con fundamento el recurso de revisión penal, es un Juez o Tribunal. Pues bien, la regulación actual de este recurso en nuestro ordenamiento jurídico, al transferir el derecho de interponerlo del interesado al Ministerio de Justicia o al Fiscal general del Estado, se traduce en la práctica en la eventual sustracción al Juez o Tribunal de esta posibilidad de llevar a cabo la valoración en cuestión. En este sentido, la Constitución postula un nuevo sistema regulador del recurso de revisión penal, que corrija las insuficiencias del actual, legitimando al interesado para su interposición.

Ello no quiere decir, sin embargo, que lo sentado por este Tribunal en la ya citada sentencia número 50/1982, con respecto a la revisión civil y laboral, a saber que, instituida la revisión, las garantías del art. 24.1 de la Constitución implican las de acceso a la revisión y al conocimiento de la pretensión revisora en el proceso debido, sea aplicable sin más a la revisión penal. Es cierto que lo es aplicable, y lo es tanto más, cuanto mayor es el alcance del impacto de lo penal en la libertad y otros bienes jurídicos del ciudadano. Pero por eso mismo, y por el peligro que supone para su utilización indebida tal aplicación ha de ser condicionada, dentro (como recordaba la sentencia) del respeto al «contenido esencial» del derecho fundamental que exige el art. 53.1 de la Constitución.

El recurso de revisión penal, recurso extraordinario frente a una sentencia firme, está sometido, como se desprende de una consideración de derecho comparado, a condiciones variables, a modo de cautelas tendentes a mantener el necesario equilibrio entre las exigencias de la justicia y de la seguridad jurídica. Una condición de esta índole podría ser la existencia de un trámite de admisión. Es obvio que, en cualquier caso, no corresponde a este Tribunal establecer las condiciones, lo cual equivaldría a crear un recurso de revisión penal sin tener competencia para ello; ni puede este Tribunal autorizar sin más el acceso directo a dicho recurso, lo cual sería, en definitiva, también una manera de crearlo. Esta tarea corresponde con carácter exclusivo al legislador, en función de unos criterios que, dentro del marco de las garantías constitucionales, sólo a él compete establecer.»

(Sentencia de 18 de diciembre de 1984. R. A. 140/84. «B. O. E.» de 11 de enero de 1985.—Ponente: Antonio Truyol Serra).

#### ARTÍCULOS 965, 178 y 3 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

##### *Juicio de faltas. Citación por edictos*

V. Sentencia de 5 de diciembre de 1984 sobre *derecho a la defensa* —art. 24.2 de la C. E.

#### IV) CODIGO PENAL

##### ARTÍCULOS 192 bis y 497 bis

##### *Interceptación de comunicaciones telefónicas*

En su escrito de alegaciones invoca el recurrente ciertos preceptos de lo que en aquel momento era proyecto de Ley y hoy ya texto legal vigente (Ley Orgánica 7/1984, de 15 de octubre, sobre tipificación penal de la colocación ilegal de es-

cuchas telefónicas) por el que se adicionan sendos arts. —192 bis y 497 bis— al Código penal. La alegación en este punto del actor se encaminaba a persuadir al Tribunal de que la Ley entonces «in itinere» protegería su derecho en los términos defendidos en la demanda de tal modo que cabría interpretar que tal protección estaba ya, «in nuce» en el art. 18.3 de la Constitución. No hay tal, sin embargo. Tanto el proyecto como el texto finalmente aprobado por las Cortes contemplan la violación del secreto de las comunicaciones telefónicas, pero dentro de los límites antes expuestos. Lo que se sanciona es la «interceptación» o el empleo de artificios para la «escucha, transmisión, grabación o reproducción», pero siempre sobre la base de que tales conductas, como es claro, impliquen una ingerencia exterior, de tercero, en la comunicación de que se trate. Que esto es así resulta de los párrafos segundos de uno y otro precepto (arts. 192 bis y 497 bis) que aluden, respectivamente, a que la pena correspondiente por la realización de aquellos actos se agravará si se «divulgare o revelare» la información obtenida o lo descubierto por cualquiera de los precitados medios. Ello no significa otra cosa sino que la sanción penal por el empleo de estos instrumentos se proyecta, exclusivamente, en la medida en que los mismos se usen para obtener una información o para descubrir un dato que, sin ellos, no se habría alcanzado, dejando, pues, al margen la posible utilización de estos mismos artificios por aquel que accedió legítimamente a la comunicación grabada o registrada.

(Sentencia de 29 de noviembre de 1984. R. A. 167/84. «B. O. E.» de 21 de diciembre de 1984.—Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León).

## ARTÍCULO 496

### *Coacciones*

V. Sentencia de 29 de noviembre de 1984 sobre *principio de igualdad* —artículo 14 de la C. E.

## ARTÍCULO 360

### *Prevaricación. Abogado*

V. Sentencia de 26 de noviembre de 1984 sobre secreto profesional —art. 24.2 de la C. E.

## V) LEYES ESPECIALES

### CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

## ARTÍCULO 739

### *Recurso contra auto desestimatorio de declinatoria*

V. Sentencia de 28 de noviembre de 1984 sobre *derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley* —art. 24.2 de la C. E.

# Jurisprudencia Penal(\*)

LUIS FELIPE RUIZ ANTON

Universidad Complutense. Madrid

**Artículo 3, párrafo segundo. Frustración: no es punible en caso de arrepentimiento activo eficaz.**

«Que el verbo «sacar» empleado en el relato fáctivo, si bien tiene una amplia sinonimia variada expresiva de quitar, extraer o apartar una cosa o persona del sitio en que se halla, extirpar, averiguar, observar, conseguir, obtener, exceptuar, copiar, succionar, etc., su significación no comprende las nucleares atentatorias a bienes ajenos, tales como apoderarse, usurpar, apropiar, defraudar, sustraer, despojar, desvalijar, etc., por lo que aquel verbo es inadecuado por insuficiencia para precisar el móvil apropiatorio o de lucro perseguido por el recurrente mediante su acción y conducta relatada; y e) que finalmente, el simple hecho de interrumpir tal acción por propio y personal desistimiento, la posible idea concebida de apoderamiento de las reses pertenecientes a otras personas, constituye frustración impune, tanto se deba el desistimiento a espontánea decisión voluntaria del procesado, como si surge a estímulo de cualquier impedimento extraño pero asumido por el agente, por lo que afirmando el «factum» probatorio que aquél *decidió* abandonar las mentadas reses, queda excluida la frustración al ser tal acto libre determinación de las facultades anímicas del culpable, siendo indiferentes los motivos (Sentencias de 17-8-1886, 28-5-53, 13-3-69 y 23-5-72, entre otras), razones que, al margen del deficiente estado psíquico reconocido al procesado, conllevan a acoger el recurso examinado y a estimar la inexistencia de infracción penal, casando y anulando la sentencia pronunciada en esta causa por la Audiencia Provincial de Madrid, con fecha 13 de enero de 1983, dictando a continuación la procedente en derecho conforme a los términos previstos en el artículo 902 de la Ley Procesal de referencia». (S. T. S. de 21 de junio de 1985.)

---

(\*) Debo resaltar un hecho notable en la estructuración de las sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/1985, de 1 de julio, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 248.3, las decisiones de la Sala Segunda, a partir de septiembre, han abandonado los habituales *resultados* y *considerandos* que precedían al fallo, y han dado paso a una exposición numerada, y en párrafos separados, de los *antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho*. La sintaxis, cuidada y sobria en líneas generales, se siente aliviada con la supresión de tanto gerundio redundante y ritual, y la claridad expositiva, forzada ahora por la separación en párrafos, comienza a despuntar en la ya de por sí espesa prosa jurisprudencial.

**Artículo 8, 4.<sup>º</sup>, 1.<sup>º</sup> Legítima defensa. Agresión ilegítima: la riña inicial, mutuamente aceptada, se transforma en una agresión ilegítima.**

«Cuando A. se abalanzaba de nuevo sobre el procesado, éste le clavó el estilete, determinando ello su fallecimiento; de todo cuanto se infiere que, si bien en principio pudo haber un cierto acuerdo en cuanto a la entablación de una lid o pelea entre sendos reclusos, no del todo libre en su aceptación teniendo en cuenta el ambiente de la penitenciaría y las presiones del entorno que podrían dificultar la elusión del reto, es lo cierto que la ulterior actitud del A. supuso una transformación radical de la riña aceptada, pasando de una contienda competitiva y a puños, a una insólita, inminente, grave y violenta acometida con arma blanca, respecto de la cual el acusado apuró al máximo sus esfuerzos disuasorios, tratando de convencer a su adversario para que depusiera su inesperada postura de agresividad, y ello hasta el extremo de que, habiendo recibido la primera punzada en el vientre, no procedió por su parte a devolver la cuchillada, colocándose, simplemente, en posición defensiva de alerta, siendo ya, en último extremo y cuando A. se le abalanzaba de nuevo esgrimiendo el estilete, cuando hizo uso del suyo clavándoselo y, por caer el pinchazo a la altura del corazón, causando su fallecimiento; no pudiendo, pues, ponerse en entredicho la presencia del primero y básico elemento de la circunstancia justificativa que nos ocupa, la agresión ilegítima originadora del patente y manifiesto riesgo para la vida, proveniente del embate o acometida propinado por la que después resultó víctima, que, portando el estilete en actitud amenazante, llegó, en parte, a hacer efectivos sus propósitos, clavándolo en el vientre del procesado; y ello tanto ante la ausencia de consentimiento por parte del mismo a la riña «transformada» en que se desembocó, y que le vino impuesta, como atendiendo a la matización jurisprudencial de que en el caso de poder determinarse de quién partió la provocación, por más que después se entablara reyerta, podría apreciarse la causa de justificación completa o incompleta (Sentencias de 6 de diciembre de 1960, 14 de marzo de 1979, 7 de mayo de 1980, 28 de enero de 1983 y 25 de septiembre de 1984). (S. T. S. de 10 de julio de 1985.)

**Artículo 10, 5.<sup>º</sup> Ensañamiento. La circunstancia puede aplicarse al delito de violación.**

«Que sobre la circunstancia de ensañamiento, agravatoria de la responsabilidad penal con carácter genérico, por estar recogida en la parte general del Código penal en el artículo 10-5.<sup>º</sup>, que establece su contenido al expresar que consiste en aumentar deliberadamente el mal del delito causando otros males innecesarios para su ejecución, de acuerdo con la dogmática jurídica más general y con la doctrina de esta Sala, es necesario aclarar: 1.) Que debe tenerse en cuenta en todos aquellos delitos susceptibles de determinarse males innecesarios para la consecución de su resultado; 2.) que estos males o daños innecesarios impliquen o lleven consigo un aumento en la relación causal por la presencia de concausas, más allá de la lesión realizada en el bien jurídico protegido, como periféricas y argumentativas de una mayor antijuricidad; 3.<sup>º</sup> que exista un plus de culpabilidad, en cuanto que la realización de los males innecesarios han de ser queridos por el

agente de forma deliberada y realizarse directa e inhumanamente para aumentar el dolor del ofendido. Del análisis de los supuestos fácticos, desde la óptica de la anterior doctrina, es necesario hacer constar: a) Que el procesado se arrojó sobre la víctima «golpeándola, arrancándola la ropa, echándola después sobre los asientos traseros del autocar, le oprimió el cuello con las manos y realizó el acto sexual completo»; y b) que una vez consumado el acto siguió «golpeándola y maltratándola durante unas dos horas», y continuó realizando actos libidinosos, causantes de «un desgarro profundo de vagina, intento de estrangulamiento, hematomas en diversas partes del cuerpo y epistaxis traumática». De estos supuestos se desprende una fase inicial, en la que consumó el acto, con los medios que dan lugar al delito de violación y otra continuadora de la acción criminosa, en la que practica actos igualmente violentos, lo que origina la captación de unas causas a la lesión del bien jurídicamente protegido de la honestidad que superan los medios necesarios para la comisión del delito de violación, y ello permite y obliga a apreciar la agravante de ensañamiento como hizo el Tribunal de instancia, por lo que el segundo motivo de casación interpuesto por infracción de ley, debe desestimarse, pues está articulado con la pretensión de que la citada agravación no se apreciase, y esta pretensión no es factible por todo lo expuesto. (S. T. S. de 20 de mayo de 1985.)

#### **Artículo 10, 6.<sup>a</sup> Premeditación conocida. Requisitos.**

«Los requisitos indispensables para poderse apreciar la agravante de premeditación, recogida en el número 6.<sup>a</sup> del artículo 10 del Código penal con la frase de obrar con premeditación conocida, es necesario que concurran los requisitos siguientes: 1.<sup>o</sup>, el ideológico, que contiene la deliberación reflexiva y resolución firme, susceptible de apreciarse aún en la denominada premeditación condicionada, si el evento futuro e incierto del que depende el hecho delictivo descansa en la licitud de su realización; 2.<sup>o</sup>, el cronológico, porque es necesario la persistencia del deseo acordado realizar durante cierto tiempo; 3.<sup>o</sup>, el psicológico, porque determinado sector doctrinal exige la ausencia del elemento pasional, como revelador de cierta frialdad en el obrar; y 4.<sup>o</sup>, también se exige la captación de un plus antijurídico, basado en la mayor repulsa del acto delictivo, en atención a los motivos operativos de la acción o conducta, y a la valoración de la personalidad del sujeto activo como elemento sintomático». (S. T. S. de 5 de julio de 1985.)

#### **Artículo 10, 8.<sup>a</sup> Abuso de superioridad. Arroja sobre la víctima un bloque de cemento desde cinco metros de altura.**

«2.—El segundo motivo del recurso se interpone por infracción de ley del artículo 849.2.<sup>o</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida de la agravante de abuso de superioridad 8.<sup>a</sup> del artículo 10 del Código penal. Se ha llamado a esta agravante por su similitud alevosía de grado menor o de segundo grado, distinguiéndose una y otra agravante en que la alevosía comparte la eliminación o supresión de toda posibilidad defensiva procedente del ofendido, mientras

en el abuso de superioridad esa posibilidad de defensa se aminora o debilita. El supuesto que se examina está en el límite mismo de la distinción casi más cerca de la alevosía que del abuso: El autor arroja un bloque de cemento de doce kilos de peso, desde una terraza a cinco metros de altura, sobre la víctima que se encuentra en el suelo; la muerte en el acto fue el corolario lógico de tal actuación, como declaran las Sentencias de 30 de junio de 1983; 13 de abril de 1908 esta agravante es perfectamente compatible con la subsistente atenuante de arrebato u obcecación; por los razonamientos expuestos el motivo debe ser desestimado». (S. T. S. de 30 de septiembre de 1985.)

#### Artículo 14, 2. Inducción. Presupuestos.

«Que la inducción, también denominada instigación, motor y autoría moral o intelectual, de difícil diferenciación respecto a figuras afines como lo son la provocación y la proposición, de una de las dos formas de participación acuñadas en el número 2.º del artículo 14 del Código penal; pudiéndose entender que «inducir» es causar, mediante influjo psíquico, en otra persona la resolución de ejecutar un hecho típicamente antijurídico, equivaliendo a instigar, persuadir o captar la voluntad ajena, habiéndola definido este Tribunal, en la Sentencia de 25 de junio de 1962, donde se declara que, objetivamente, la inducción existe cuando el influjo psíquico ejercido sobre el autor material es causa de la decisión de ejecutar el hecho adoptada por éste, y, por ende, de la misma ejecución del hecho típico y antijurídico y, en la de 8 de julio de 1968, como presión eficaz, intensa y suficiente, de una persona que no actúa ejecutivamente sobre otra, para impulsar su ánimo, una vez que su libertad de decisión, no disminuida ni eliminada, acepta el acicate, excitación o persuasión ajena, para que, surgiendo una coordinación de ambas voluntades, se efectúe, por el inducido, el hecho delictivo. Admite esta figura las modalidades clásicas: mandato, orden, consejo, instigación y sociedad, pero, en realidad, sus formas de manifestación son ilimitadas, como destacaron las Sentencias de este Tribunal de 8 de julio de 1968 y 30 de diciembre de 1980, al declarar que «la inducción puede alcanzarse por medio de cualquier actividad apropiada para ello en el orden de las relaciones humanas», aunque es preciso, por una parte, que el presuntamente inducido no hubiera tomado, por su cuenta, la firme determinación delictiva, antes y sin necesidad de excitación ajena y, por otra, que, además, conserve siempre su libre albedrío, es decir, su capacidad de raciocinio y su libertad de decisión o de resolución. Sus requisitos esenciales son los siguientes: ha de ser anterior al hecho o, al menos, concomitante con el mismo; directa, pues se ha de ejercer sobre una persona determinada —aunque se admite la inducción por medio de persona intermedia —«en cadena»—, para la comisión de un delito también determinado y, en muchos casos, especialmente en los delitos contra las personas, ha de recaer en un sujeto pasivo asimismo determinado; eficaz o suficiente, es decir, causante de la determinación del inducido o autor material, de tal modo que, al pacto, el consejo o el mandato, ejerzan influencia tan decisiva en el ánimo del inducido que, apoderándose o sojuzgando la voluntad de éste, le determinen a cometer el delito —véanse sentencias de 30 de mayo de 1922, 31 de mayo de 1926 y 26 de noviembre de 1929—, debiéndose detectar la presencia de una relación de causalidad o nexo

causal que algunos denominan determinante o «causalidad psíquicamente actuada»; *abierta, clara y no insidiosa; dolosa*, esto es, que es preciso que el inductor haya procedido maliciosamente en la determinación del autor material, teniendo conciencia de la antijuricidad del hecho y de que dicho hecho está amenazado con una pena; y, finalmente, *seguida de la ejecución* del delito convenido o, al menos, de cualquiera de sus formas imperfectas de ejecución, pues la mera tentativa ya inculpa al inductor, el cual se responsabilizará del trecho recorrido del "iter criminis". (S. T. S. de 25 de junio de 1985.)

#### **Artículo 15. Autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta.**

«Que, sin duda para menoscabar lo menos posible la libertad de expresión o de emisión del pensamiento, los artículos 13 y 15 del Código penal establecen un singular sistema de punición de los partícipes de los denominados delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado, la litografía u otros medios de publicación, cuyo sistema —aplicable también a las faltas de dicha índole—, se caracteriza por propender a dos finalidades fundamentales como lo son la *limitación* y la *efectividad*; limitación en tanto en cuanto y como excepción a lo dispuesto en el artículo 12 del Código penal que responsabiliza, de la perpetración de los delitos y de las faltas, a los autores, a los cómplices y a los encubridores, el artículo 13 antecitado, en los delitos y faltas cometidos por medio de la imprenta, circunscribe el círculo de las personas responsables de los mismos, restringiéndolo tan sólo a los autores, bajo cuya expresión y, según se infiere de los términos del artículo 15 ya mencionado, se entienden comprendidos únicamente «los autores reales», es decir, no todos los citados en el artículo 14, sino solamente los que lo hayan sido «realmente» del texto escrito o estampa *publicados o difundidos*; y efectividad, desde el momento en el que en el referido artículo 15 se establece una determinación, escalonada o «en cascada», de lo que ha de entenderse como autor, encaminada a que los delitos cometidos por medio de la imprenta no queden impunes merced a ser desconocidos los autores reales, a no hallarse domiciliados en España o a estar exentos de responsabilidad criminal conforme a los dictados del artículo 8 del Código penal». (S. T. S. de 10 de julio de 1985.)

#### **Artículo 101. Indemnización de daños. Valoración de los daños morales.**

«Pudiéndose resumir la doctrina de este Tribunal del modo siguiente: los daños morales son indemnizables y resarcibles; por regla general, para ello es preciso que en el «factum» de la sentencia de instancia, consten los datos precisos para la evaluación o cálculo de tales daños; pero cuando se trate de ciertas infracciones que generan daños morales «strictu sensu», puede bastar la mera perpetración del delito y la plasmación de sus consecuencias, con tal de que el daño dicho haya sido producido, natural e inherentemente, por la infracción, debiéndose, en tal caso, cuantificar el referido daño de modo *prudencial* y sin necesidad de sujetar, el arbitrio judicial, a pauta, base o condicionamiento de clase alguna. Finalmente, la doctrina científica, distingue entre los daños morales que

representan, en definitiva, un interés económico, llamados también daños morales *indirectamente económicos*, y los daños morales «strictu sensu» o *daños morales sin repercusión económica inmediata*; entendiendo dicha doctrina que los primeros son claramente indemnizables mientras que los segundos pueden suponer granjería del delito con el paradójico resultado de que el daño moral se convierta en el más inmoral de los tráficos, incluso provocando acciones delictivas con el incentivo de obtener ventajas económicas, por lo que, por estas razones y por la imposibilidad de cuantificar el daño moral propiamente dicho, se ha de proceder con sumo tacto y cautela, exigiendo que haya una posibilidad, siquiera sea remota, de valuación económica, siendo indispensable que haya habido perjuicios y que éstos sean *apreciables*. Sin embargo, otros sectores doctrinales, y este Tribunal, en cuantos fallos se refieren a los delitos de calumnia o injurias, estiman indemnizables no sólo los daños morales indirectamente económicos como, v. g., la disminución de la clientela a consecuencia del descrédito consecutivo a la imputación, a la expresión o a la acción, sino también los estrictamente morales como el ansia, la inquietud, la preocupación, el deshonor, la desonra, la tristeza, la melancolía, con tal de que hayan sido consecuencia natural de la infracción, añadiendo que la pérdida de bienes jurídicos o la perturbación producidas por el delito pueden ser compensadas por una cantidad de dinero que devuelva el bienestar perdido como consecuencia del delito y que proporcione unos goces que equivalgan a los arrebatados por la ejecución de la infracción». (S. T. S. de 4 de julio de 1985.)

**Artículo 106. Responsabilidad civil: si el tribunal no señala la cuota de cada uno de los responsables civiles, se ha de entender que es por partes iguales.**

«Que aun cuando en el artículo 106 del Código penal se establece que en caso de ser dos o más los responsables civilmente de un delito o falta, los Tribunales señalarán la cuota de la que cada uno debe responder, sin embargo, esta Sala tiene reiteradamente declarado que el incumplimiento de tal requisito no tiene obligatorios efectos casacionales, cuando dos o más delincuentes hayan sido castigados por el mismo delito y en el mismo grado de participación y se condena a todos solidariamente al abono de la total responsabilidad civil que corresponda abonar a los perjudicados, aunque no se establezca la cuota por la que debe responder cada uno, pues resulta evidente que ha de ser por mitad, si son dos, o por partes iguales si son varios, puesto que no existe razón alguna para que se atribuyan en proporciones distintas cuando su participación y contribución al resultado dañoso sea idéntica (Sentencias de 15 de noviembre de 1974, 15 de abril de 1977, 24 de abril de 1979 y 12 de junio de 1981, entre otras muchas), como sucede en el caso de autos en que se sobreentiende que la indemnización ha de ser abonada por mitad, por lo que el motivo tercero tampoco puede ser estimado». (S.T.S. de 9 de julio de 1985.)

**Artículo 204 bis, párrafo 3.º Delito de torturas. No es necesario obrar con el fin de obtener una confesión o testimonio. Basta atender a la calidad de detenido o preso del sujeto pasivo. Diferencias con el artículo 187, 5.º.**

«Dentro de la misma sección de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes, en el párrafo 3.º del artículo 204 bis del Código penal, se sancionan a las Autoridades y funcionarios de instituciones penitenciarias que cometieren sobre los detenidos o presos los siguientes actos: a) los constitutivos de delitos previstos en el Capítulo I y IV del Título VIII (homicidio y lesiones) y Capítulo VI del Título XII (amenazas y coacciones); y b) los que estén penados en los artículos 582, 583, número 1.º y 585 (lesiones de uno a quince días, que no causen al ofendido el poderse dedicar a sus trabajos habituales ni asistencia facultativa, o golpeamiento, o malos tratos de obra o de palabra sin producir lesión), y tanto una como otra acción exigen, como elemento tendencial, no el fin de obtener una confesión o testimonio, como recoge la Sentencia en su loable estudio, y sí que la actividad o conducta de la Autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias se realice por razón de la calidad del sujeto pasivo, es decir, en consideración a ser personas detenidas o presas, pues si se les diere el mismo ánimo finalístico de obtener una confesión o testimonio, quedarían fuera de la acción punible el dolor o el sufrimiento físico infringido al delincuente, no exigido por el régimen penitenciario, y ello implicaría el agravar su penalidad y posibilidad de revivir o resucitar el tormento, hoy abolido y proscrito, no solamente en nuestra legislación, sino por la Convención Internacional sobre esta materia, ratificado por España. De lo expuesto se puede llegar a la conclusión de que la diferencia entre los delitos del número 5 del artículo 187 del Código penal y del párrafo 3.º del 204 bis del mismo Código, descansa en el fin que impide [de] la conducta, consistente en el deseo del rigor que resulta innecesario para mantener el régimen disciplinario en el primer precepto, y finalidad de aumentar y agravar el estado de los reclusos en la segunda infracción punitiva». (S. T. S. de 5 de julio de 1985.)

**Artículo 255, 1.º Tenencia ilícita de armas con la numeración borrada. Sólo se puede apreciar si el dolo del sujeto capta ese momento.**

«Este Tribunal, por regla general, afirmó el carácter objetivo de la agravación, presumiendo el conocimiento por parte del tenedor respecto a la carencia de marca o número o a que éstos habían sido alterados o borrados, llegando, en las Sentencias de 13 de junio de 1979 y 27 de noviembre de 1980, a estimar indiferente que la alteración la hubiere efectuado el propio tenedor u otra persona, pero recientemente esta Sala ha tomado otros derroteros, impuestos, por lo demás, por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, y así, la Sentencia de 26 de mayo de 1983 declaró que «el artículo 255 goza de cierto desfavor por su índole eminentemente administrativa y fiscal y por su impresentable carácter objetivo», añadiendo que las circunstancias de este artículo deben ser valoradas con criterio culpabilístico, entendiendo que el dolo del autor debe abarcar los elementos objetivos de la

agravación tal como se infiere del contenido del artículo 60 del Código penal, y de la Sentencia de 9 de junio de 1983, declaró que si no se puede determinar la identidad de la persona que alteró o borró la marca o número del arma o armas de fuego, es improcedente la aplicación del número 1.º del artículo 255 antecitado. En resumen, la tendencia actual de este Tribunal propende a subjetivar debidamente el subtipo agravado que se está analizando, exigiendo el conocimiento, por parte del infractor, de la carencia de marca o número o de la circunstancia de que, una u otro, han sido borrados o alterados, así como que haya sido el tenedor ilegítimo del arma o armas el que haya procedido, en su caso, a alterar o borrar dichas marca o número; a lo que se puede agregar, partiendo de lo dispuesto en los artículos 15 y 28 del Decreto de 24 de julio de 1981, mediante el cual se aprobó el vigente Reglamento de Armas, que dicha disposición no aclara en qué lugar del arma debe figurar la numeración y que, en definitiva, la finalidad de la marca y de la numeración no es otra que la de identificación del referido instrumento, por lo que si, a pesar de haber sido limado, como en el caso presente, el número, por el examen de las piezas interiores del arma es posible la perfecta identificación de la misma, el subtipo agravado del número 1 del artículo 255 del Código penal no deberá aplicarse». (S. T. S. de 14 de octubre de 1985).

**Artículo 319. Delito fiscal. Aplicación retroactiva del precepto. Concepto de impuesto. Es un delito de omisión propia.**

«Que los delitos fiscales o hacendísticos, como variante concreta de las infracciones de matiz económico, han venido siendo cuestionados y contestados desde siempre en razón a los múltiples intereses en juego que propiciaron su inclusión en el artículo 319, desde la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, tras su primera aparición en el Código de 1870, para concluir ahora, por Ley 2/1985, de 29 de abril, en el ámbito más amplio y preciso a la vez de los artículos 349, 350 y 350 bis, redacción esta última que trata de evitar no sólo la pobreza técnica de la primitiva legislación sino también la inoperancia de un status jurídico tan «sui generis» que sólo en contadas ocasiones, del pasado siglo, pudieron acceder al más alto Tribunal del Estado; mas como quiera que los hechos enjuiciados tuvieron lugar en el año 1979, es necesario, sin mayores disquisiciones jurídicas y para centrar adecuadamente el debate, señalar la legislación exactamente aplicable, por más favorable a aquellos acontecimientos, supuesto que tendrá que jugar entre los artículos 319, antiguo y subsistente entonces, o el 349 de ahora siendo así que dadas las más graves penas surgidas por la tan reciente reforma, e insertas en este precepto, ha de considerarse más beneficiosa para el presunto culpable la normativa asumida por el 319, aún a pesar de que aparezca ya derogada la presunción de culpabilidad que su apartado tercero contenía en cuanto a las personas jurídicas que citaba, habida cuenta la excepción del principio «societas delinquere nom potest» novedosamente acogido por la reforma de 1983 en el artículo 15 bis, tan poco, pues, vigente en 1979, y es que la remisión a una determinada ley, por más favorable, lo ha de ser en su conjunto, nunca aplicando parcialmente lo que más conviene, como no se quiera provocar, *al sostener «la vigencia troceada» de distintas normas*, la proclamación de un nuevo compendio jurídico.

CONSIDERANDO: Que el delito ahora estudiado, defraudación por elusión del pago de impuestos o por el disfrute ilícito de beneficios fiscales, implica la responsabilidad, como sujeto activo, de todo aquel contribuyente, natural o jurídico, que en principio resulte obligado al cumplimiento de la prestación tributaria, bien entendido que, en el caso de ahora y por lo que respecta a las sociedades, el delito era imputable, entre otros, al Presidente del Consejo de Administración que efectivamente ejerciera su administración y tuviera atribuido poderes de decisión, cual aquí acontece, es decir, la persona que con la denominación que fuere, lleve la dirección económica de la entidad; infracción penal de antes que por lo que afecta a lo ahora acontecido, obliga a determinadas puntualizaciones: a) la utilización del término impuesto lo ha de ser en relación al artículo 26 de la Ley General Tributaria de 1963 (tributos en sus variantes de tasas, contribuciones especiales e impuestos), porque aun por la mera interpretación gramatical, el impuesto genérico tiene de por sí un sentido vulgar, claro y manifiesto que debe imponerse sobre el puro significado técnico, jurídico y tributario; y b) la esencia del fraude castigado consiste, lisa y llanamente, en la no percepción de ingresos fiscales a los que las Haciendas respectivas tienen derecho, *puro delito de omisión* que sin embargo ha de trascender de la simple pasividad, en tanto que la ausencia de la declaración fiscal, tal aquí acaece, devendrá al delito cuando concluyentemente incida en quienes conscientemente conozcan y sepan de su obligación con el erario público a modo de punible comportamiento socio-económico que también supone una burlesca infracción de compromisos cívicos y sociales y que acaba desembocando en un típico delito de tendencia eminentemente doloso.

CONSIDERANDO: Que los dos motivos de casación, por infracción de Ley del artículo 849.1, se basan en la infracción prescrita de los apartados primero y tercero, respectivamente, del artículo 319 del Código, al estimarse, de un lado, la inexistencia del ánimo de defraudar definido en el precepto y por lo que respecta al primer motivo, y de otro, la igualmente inaplicación al supuesto de autos de la repetida presunción recogida en cuanto a los que, como directores, gerentes, consejeros o delegados, efectivamente ejerzan la administración de la sociedad, motivos los dos que procede desestimar, primero porque aun en el ámbito estricto de la culpabilidad contenida en el artículo 1 del Código, claramente se manifiestan en las actuaciones las funciones propias del procesado, en lógicas deducciones (que no suposiciones) derivadas de su cargo de Presidente del Consejo de Administración, superiores incluso a las atinentes a los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, conforme a las cuales conocía y sabía, cual si de una persona física se tratara, las obligaciones, derechos y deberes inherentes al cargo; segundo, porque, tal refiere la instancia, el recurrente «incumplió las obligaciones fiscales que le incumbían» y «eludió las liquidaciones trimestrales del impuesto sobre el rendimiento del trabajo personal», con lo que la Sentencia impugnada no tuvo que apoyarse en el apartado primero del artículo 319 que atribuye el ánimo de defraudar (también presunción hoy derogada) en el caso de falsedades o anomalías sustanciales de contabilidad, así como en el de negativa u obstrucción a la acción investigadora, ya que estos supuestos no son exclusivos si únicamente marcan o apuntan un camino para llegar al dolo específico, *que puede obtenerse y acreditarse por medios directos*, precisamente lo que la resolución recurrida asumió al dar por probada la conducta del inculpado,

diáfana, patente y materialmente encaminada al fin defraudatorio; y tercero porque de la misma forma, pero desde perspectiva opuesta, la responsabilidad devendría ya por aquella actuación física antes enunciada que en último caso haría inoperante la aplicación del 319.3 respecto de una conducta buscada a propósito, de medio a fin, al lucro obtenido de más de quince millones de pesetas». (S. T. S. de 29 de junio de 1985.)

**Artículo 337. Realización arbitraria del propio derecho. No comete el delito quien se apodera con violencia del precio pactado en el ejercicio de la prostitución.**

«No es tarea grata la de ocuparse de la naturaleza jurídica de la prostitución, así como de si el denominado «*premium carnis*» constituye o no crédito exigible que, caso de satisfacerlo, el acreedor, apoderándose con violencia de la cosa de su deudor, pueda engendrar un delito de realización del propio derecho. Ante la falta de regulación legal de los efectos civiles de tan marginal y clandestina relación, fruto de los más bajos instintos humanos, puede definirse, tanto la prostitución masculina como la femenina, como la cesión, indiscriminada o a cualquiera que lo solicite y reúna determinadas condiciones o cualidades exigidas, a veces, por el que se prostituye, a otro, de las propias cualidades sexuales, de modo venal o mercenario; y en el intento de construir su naturaleza civil y su régimen jurídico, no parece convenirle el arrendamiento de servicios, tratándose más bien de un convenio, acuerdo o pacto innombrado y perteneciente al grupo de los «*do ut facias*» o «*facio ut des*», consensual, bilateral, oneroso, conmutativo y principal; sin embargo, exigiendo el artículo 1.261 del Código civil, para que haya contrato, consentimiento de las partes contratantes, objeto cierto que sea materia de contrato y causa de la obligación que se establece, lo cierto es que el artículo 1.271 del referido cuerpo legal dispone que pueden ser objeto de contrato todos los servicios que no sean *contrarios* a las leyes o a *las buenas costumbres*, el artículo 1.275 del mismo prescribe que los contratos con *cáusa ilícita* no producen efecto alguno, siendo ilícita la causa cuando es *contraria* a las leyes o *a la moral*, el artículo 1.255 previene que los contratantes pueden establecer todas las cláusulas o condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean *contrarias a la Ley, a las buenas costumbres* o al orden público, coligiéndose de lo dispuesto en los artículos 1.290 y siguientes que son nulos los contratos con *causa torpe*, aunque no constituyan delito artículos 1.306—. Y como, a pesar de la transigen-  
cia y permisividad actuales, no puede dudarse que el ejercicio de la prostitución, máxime si se trata de prostitución masculina de signo uranista, es actividad contraria a la moral y a las buenas costumbres, es claro que un convenio que tenga por objeto la cesión, mediante precio, de las cualidades sexuales propias, es ilícito y con *causa torpe*, no pudiendo generar ni engendrar crédito y deuda válida y exigibles, ni justifica una calificación de realización arbitraria del propio derecho cuando el titulado acreedor toma violentamente la cosa perteneciente al denominado deudor para hacerse pago con ella, debiéndose añadir que aun cuando no fuera así y se entendiera que las prestaciones recíprocamente convenidas y no cumplidas voluntariamente, constituyen deudas válidas, ilícitas y exigibles en el caso analizado, la solución sería la misma, pues dado el contenido del último pá-

rrafo del artículo 1.100 del Código civil, que consagra legislativamente, para los contratos bilaterales, los efectos de la denominada «compensatio mora», es indudable que no habiendo cumplido el recurrente lo que le incumbía, ni habiéndose allanado a cumplirlo —consta que desistió de lo pactado tan pronto supo que el ofendido carecía de dinero para retribuir sus servicios uranistas—, el mencionado ofendido no incurrió en mora, careciendo su prestación de las indispensables notas de *vencida* y *exigible*. Procediendo, en consecuencia, y sin necesidad de mayores razonamientos, impropios de un tema tan escabroso e indigno, la desestimación del segundo y último motivo del recurso, sustentado en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los artículos 500 y 501-5.<sup>º</sup> del Código penal e inaplicación del artículo 337 del referido Cuerpo Legal». (S. T. S. de 30 de septiembre de 1985.)

**Artículo 344. Tráfico de drogas. También trafica el intermediario.**

«*Traficar*, que deriva del vocablo latino «*transfigicare*», de donde pasó al italiano «*trafficare*» y al español «*traficar*» o «*trafagar*», no es sólo comerciar o negociar con el dinero y las mercaderías trocando, comparando, vendiendo o realizando la operación con otros semejantes tratos, sino también *transferir*, *trasladar* o *cambiar de sitio* alguna cosa, es decir, en el tráfico de drogas, «*pasarla*» o «*llevarla*» desde el poseedor al consumidor o a un tercero, por lo que es traficante, al intervenir en esa operación de traslado, el intermediario, y tanto si lleva el producto a quien lo consume o distribuye desde quien lo tiene, como si pone en relación a los dos para que entre ellos realicen el acto de transferencia del mismo, y siendo esto así, como así es, no cabe duda que dentro del término «tráfico» de que hace uso el precepto sustantivo invocado con anterioridad, caben todos los actos o acciones que consistan en poner la droga prohibida en poder de un tercero que no la poseía, y entre ellas, como se ha dicho, las de intermediación, por lo que es visto que la sentencia impugnada, que así lo entendió, lejos de infringir la ley la aplicó como debía, y ello obliga a la desestimación del recurso». (S. T. S. de 18 de septiembre de 1985.)

**Artículo 344. El intermediario en una operación de tráfico de droga es cooperador necesario (artículo 14, 3.<sup>º</sup>).**

«5.—La conducta del procesado V. O., claramente intermediadora, poniendo en relación al que deseaba adquirir la heroína con el expendededor de la misma, acompañándolo y presentando a este último, entra de lleno en el proceder delictivo sancionado en la norma del artículo 344 del Código penal, como acto de facilitación o favorecimiento del deseado consumo de droga merced a una operación de tráfico a la que coadyuva eficaz y necesariamente, si es que no pudiera decirse que toma parte directa en la misma, dado que, efectivamente, la heroína fue adquirida e, incluso, inyectada a continuación. Trascendiendo el proceder del inculpado de una mera complicidad, ya que el *rol* asumido supuso una cooperación necesaria en orden al consumado tráfico, hasta el extremo de que la intervención auxiliar de acercamiento o puesta en contacto de vendedor y comprador puede

valorarse como *conditio sine qua non* para la consumación de la operación de compra pretendida por el usuario o drogadicto que satisfizo el precio, procediendo, pues, la calificación de responsable en concepto de autor de V. O. a tenor del artículo 14, número 3.º, del Código penal, criterio que preside las Sentencias, entre otras, de 18 de diciembre de 1971 y 20 de enero de 1982, proponiéndose, en consecuencia, la desestimación del motivo indicado, así como del segundo, en el que se aduce infracción, por aplicación indebida, del artículo 14 citado». (S. T. S. de 11 de octubre de 1985.)

**Artículo 399. Malversación de caudales públicos. Es posible la participación de un extraño.**

«Que el segundo motivo del recurso acogiéndose a la vía del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal suscita el tema de la participación del extraño en el delito de malversación que ha tenido en la doctrina un desigual tratamiento, pues mientras un sector, con apoyo en el artículo 60 del Código, dividía el título de imputación, de forma que el funcionario respondía de la malversación y el extraño del delito patrimonial común o era absuelto si hubiera procedido sin ánimo de lucro, otro sector —hoy mayoritario—, negaba la aplicabilidad de dicho artículo por entender que la condición personal del funcionario o las condiciones asimiladas del artículo 399 exigidas por los tipos de malversación era algo más que una agravante específica o cualitativa para convertirse en un elemento del tipo, de suerte que el «extraneus» participaba en este tipo delictivo, y de él debía responder según el grado de participación (autoría por inducción o por cooperación necesaria o complicidad), y el particular que participa lo hacía en ese y no en otro delito, conforme al criterio o principio de accesoriedad (...) Que esta divergencia doctrinal ha trascendido a la jurisprudencia de esta Sala, que tradicionalmente vino aplicando a la malversación, como en general a los delitos de propia mano, el artículo 60 del Código, impidiendo la transmisión del título especial de imputación al extraño partícipe; sin embargo, la jurisprudencia más reciente, adoptando el segundo criterio doctrinal, ha entendido y viene entendiendo que el particular que participa en el hecho de otro (induzca o coopere necesaria, o eficazmente), a la malversación del funcionario en este caso, responderá también de este delito como aplicación lógica de la llamada accesoriedad de la participación; las sentencias de 18 de junio de 1951, 18 de mayo de 1963 ya ensayaron este criterio de la accesoriedad, que de manera más decidida y abierta se abordó en la de 15 de octubre de 1969 al afirmar la coautoría del artículo 14.3.º sin que se desvirtúe el nombre jurídico de la infracción ni se rompa el título, criterio que tuvo desarrollo y aceptación definitiva en la importante Sentencia de 12 de diciembre de 1975, después reiterado en la de 31 de diciembre de 1979». (S. T. S. de 16 de julio de 1985.)

**Artículo 420, 1.º Lesiones graves: una persona tuerta pierde el único ojo con visión. El dolo debe captar esas circunstancias.**

«Que los motivos tercero y cuarto del recurso presentan el mismo problema, consistente en si los hechos deben de estar incluidos en el número 1.º del ar-

título 420 del Código penal, por haber quedado ciego, o en el número 2.º del mismo artículo, por la pérdida de un solo ojo, ya que el primero de los citados se formula por entender que ha sido aplicado indebidamente el primer precepto citado, y el segundo por haberse dejado de aplicar también indebidamente el mencionado en segundo término. Ante este problema, la Sala se ve obligada a manifestar, que si bien es cierto que, en nuestra jurisprudencia, aunque con algún fallo contradictorio, se mantiene, que la pérdida de un solo ojo, si el otro lo tenía perdido el sujeto pasivo, debe considerarse como tipificado por el resultado de la ceguera, hoy día, por el influjo que el elemento de la culpabilidad tiene en la conducta humana y su resultado, es necesario aclarar que siempre que el sujeto activo del delito actúe sobre la víctima con el conocimiento de pérdida de visión en uno de los ojos del sujeto pasivo, y siempre que pueda manifestarse la existencia del dolo directo o eventual, la conducta enjuiciada deberá ser encardinada en el número 1.º del artículo 420 y no en el del número 2.º. Del análisis que se hace de los hechos, desde esta consideración, resulta: que el procesado recurrente era vecino de la víctima; y además que la sustancia cáustica la utilizó «restregándola» por la cara. Es, pues, evidente, que puede decirse que existe el nexo psicológico de la ceguera, y por ello deben desestimarse estos motivos tercero y cuarto». (S. T. S. de 3 de junio de 1985).

**Artículo 429. Violación: La intimidación equivale al constreñimiento psicológico consecuencia del temor a sufrir un mal mayor que la misma entrega.**

«3. La fuerza o intimidación empleada ha de ser, respecto de lo primero, la necesaria, idónea y eficaz, suficiente al propósito criminal y causante de la entrega de la mujer. No precisa, dice nuestra Sala, que sea absoluta o irresistible, aunque desde luego ha de ser grave que doblega la resistencia de la mujer, que debe ser seria, abierta, mantenida y evidente y no simplemente formularia, la cual podría equivaler a un consentimiento tácito (ver Sentencias de 24 de noviembre de 1972, 28 de febrero de 1974 y 9 de octubre de 1978).

4. La intimidación equivale al constreñimiento psicológico de la mujer, amenaza de palabra u obra de causar un daño injusto posible, irreparable y presente, que infundiendo miedo a la amenazada, le produce una inhibición anímica ante el temor de sufrir un mal mayor que la misma entrega (18 noviembre de 1978). (S. T. S. de 5 de octubre de 1985.)

**Artículo 452 bis a), b) y d). Delitos relativos a la prostitución. Distinción entre la tercería locativa y la participación en el «preclum carnis».**

«En relación con el deslinde del contenido de los apartados a), b) y d) del artículo 452 bis del Código penal, esta Sala tiene declarado que el apartado d) se refiere exclusivamente a los supuestos de tercería locativa, en el que el sujeto activo del delito se limita a proporcionar habitación a la pareja para que practique el acto carnal, pero sin que participe en lo más mínimo en el «preclum carnis» de la prostituta. En el caso concreto de las camareras de alterne el explotador del negocio, además de proporcionarles habitación, sirve de intermedia-

rio cobrando parte del precio; su conducta es manifiestamente más grave y merecedora de las penas de los apartados a) o b) del mismo artículo, según que las camareras sean mayores o menores de edad». (S. T. S. de 8 de octubre de 1985.)

**Artículo 453. Calumnia. Presupuestos de la imputación falsa de un delito perseguible de oficio.**

«En cuanto a la *dinámica comisiva*, es indispensable que se realice una *imputación*, es decir, que se atribuya, achaque o cargue en cuenta a una persona la perpetración de un delito perseguible de oficio, imputación que no debe ser meramente imprecativa —en cuyo caso podría constituir delito de injurias—, sino recaer sobre un hecho concreto y determinado —Sentencias de este Tribunal de 21 de enero de 1883, 4 de noviembre de 1895, 17 de junio de 1905, 30 de noviembre de 1912 y 15 de noviembre de 1921—, constituyendo atribución infundada, circunstanciada y precisa —Sentencia de 21 de marzo de 1930—, siendo indispensable que se designe claramente la persona contra la que se dirige la imputación —Sentencia de 30 de septiembre de 1879— y sin que sea preciso que en la calificación jurídica de los hechos imputados, o «*nomen iuris*» atribuido a los mismos por el agente, se acierte plenamente, no bastando con que se dirijan al sujeto pasivo palabras que sean simplemente el nombre y no la sustancia de esos delitos —Sentencia de 21 de octubre de 1967—, habiendo agregado este Tribunal, en Sentencias de 18 de marzo de 1875, 26 de enero de 1886, 10 de mayo de 1887, 15 y 18 de febrero de 1921, 20 de junio de 1927, 21 de marzo de 1930, 8 de julio de 1946, 30 de noviembre de 1949, y 18 de febrero de 1954, que no bastan frases ni denominaciones vagas o genéricas, sino que es necesario que se especifique y concrete el *hecho* que debe perseguirse de oficio, y se determine la *persona* a quien se atribuye o imputa aquél; 4.º) que la imputación lo sea de un delito comprendido en el Código penal o en leyes especiales y no de una falta o de un delito no perseguible de oficio, pues, en este último caso, la imputación constituiría un delito de injurias incluible en los artículos 457 y 458, 1.º, del Código penal». (S. T. S. de 4 de julio de 1985.)

**Artículo 505. Robo con fuerza en las cosas. Sustracción de unos billetes de banco retirados de la circulación.**

«2. La infracción del artículo 505 del Código penal —segundo motivo del recurso— se funda en haber sido retirados de la circulación los billetes de mil pesetas sustraídos y carecer de curso legal, según las disposiciones legales que rigen la materia monetaria (acuerdo del Consejo Ejecutivo del Banco de España de 3 de marzo de 1981, publicado en el «B. O. del Estado» de 28 de marzo siguiente); pero, aun aceptando que dichos billetes pertenecían a la emisión de 1965, retirados de la circulación por el pre citado Acuerdo, la conclusión del recurrente refleja una versión incompleta del problema porque el Banco de España, en virtud del artículo 19 del Decreto-Ley de 7 de junio de 1962, puede acordar la retirada de la circulación y el canje de billetes de determinada especie y clase previo anuncio en el «B. O. del Estado» y señalamiento del plazo correspondiente.

te —en este caso de seis meses—, si bien el párrafo segundo de dicho artículo añade que los billetes que no se presenten al canje dentro de siete años, contados desde el día siguiente al en que termine el plazo establecido, se considerarán caducados; es decir, tales billetes perdieron, una vez transcurrido el primer plazo de seis meses, el pleno poder liberatorio o la obligatoriedad de su aceptación como medio legal de pago; no obstante, hasta tanto transcurran los siete años, que vencen el 28 de septiembre de 1988, «no caducan» y durante este tiempo el Banco emisor los acepta y canjea por su contravalor en moneda corriente, lo cual explica el que «voluntariamente» se sigan aceptando como medio de pago, que es lo que viene a expresar el hecho probado sin la incoherencia que el recurso intenta denunciar; en definitiva, los billetes —aunque retirados de la circulación y sin poder liberatorio— no han caducado y eran aptos en el tiempo del delito y son hasta 1988 para su canje en el Banco de España, incondicionada aptitud para el cambio en moneda de curso legal que priva de base sustentadora a la tesis que propicia la consideración de tales billetes en su valor material o del papel para así subsumir el hecho por bajo del límite de cuantía previsto en el vigente artículo 505 del Código, que ha sido bien aplicado por el Tribunal sentenciador, afirmación que lleva tras de sí la desestimación del motivo interpuesto». (S. T. S. de 21 de octubre de 1985.)

**Artículo 529. Violación: el que sujeta, mientras otro yace, es cooperador necesario (artículo 14, 3.º).**

«2. La doctrina constante de esta Sala en materia de autoría, único punto que realmente se discute, es que el *auxilio delictivo* puede ser necesario y entonces encuentra su adecuado asiento en el artículo 14, núm. 3, siendo de destacar al respecto que la cooperación necesaria en el delito de violación ha sido analizada y resuelta por este Tribunal desde las viejas Sentencias de 20 de enero de 1880, 10 de marzo de 1897, y 15 de febrero de 1898, hasta las más modernas de 27 de mayo de 1925, 4 de junio de 1952 y 30 de junio de 1962, en las que se llega a la conclusión positiva, en el supuesto en que uno o varios individuos sujeten a la víctima para vencer su resistencia al acto carnal o le tapen la boca para impedir que demande auxilio, mientras otros concertados previamente con el autor de tales actos realizan los actos propios al yacimiento. Doctrina reiterada en Sentencias recientísimas como la de 10 de octubre de 1975, 16 de febrero, 23 de marzo y 5 de abril de 1985». (S. T. S. de 16 de octubre de 1985.)

**Artículo 535. Apropiación indebida. Derecho de retención.**

«Que la objeción, argumentación o defensa frente a la tesis acabada de exponer, naturalmente que arranca del concepto, naturaleza y efectos atinentes al denominado derecho de retención, estudiado, entre otras, por la Sentencia de 26 de febrero de 1985, siendo así que el derecho, no discutido, para que el procesado cobre, cuando proceda, la comisión correspondiente a su actividad como agente de la propiedad inmobiliaria, no empece a la consumación del tipo contemplado, primero en tanto que ese derecho de retención, retener a cuenta o por cuenta,

se propició sin previa advertencia o conocimiento de los perjudicados, lo que situaría el problema al límite de la estafa penal, cuando en todos aquellos casos en los que la legislación civil, *fragmentaria y casuísticamente*, reconoce a ciertos acreedores la facultad de ejercitar tal derecho, lo es como simples contrapartidas, *o réplicas*, *por un derecho perjudicado, surgido efectivamente de un convenio de partes o de una situación jurídica y legal* que acaba degenerando en aquél perjuicio, lo que quiere decir (Sentencia de 3 de enero de 1985) que aun cuando pueda haber algún momento en donde la retención viniera justificada (el derecho positivo la admite a los poseedores de buena fe en cuanto a los gastos necesarios, a los usufructuarios, arrendatarios de obras y servicios, mandatarios, depositarios, acreedores prenarios, comisionistas mercantiles, así como en el transporte terrestre, fletamento y averías), será preciso examinar cada supuesto de caso concreto para saber, *a ciencia cierta*, si la prolongación o retención obedeció a una auténtica intención apropiatoria, tal acontece aquí, consumada definitivamente, «*animus rem sibi abendi*», o si, por el contrario, se trata de una simple medida aseguratoria de lo que la norma reconoce y admite; *segundo*, porque aunque se postule por la antijuridicidad del apoderamiento ajeno para hacerse pago, sin violencia o intimidación, de deuda preexistente, lo contrario del artículo 337 del Código penal, ello no puede llevar (Sentencias de 15 de octubre de 1964 y 6 de febrero de 1975) a la justificación de la apropiación so pretexto de liquidaciones pendientes cuando es sabido que la necesidad de la previa liquidación, además de responder a muy diversas motivaciones, esconde en muchos casos conductas punibles, sobre todo si el sujeto activo se vale de su derecho, incluso como acreedor, para justificar una retención *superior, distinta o no compensable con su crédito presunto*; y *tercero*, porque (Sentencias de 2 de julio y 17 de diciembre de 1981) la ilícita apropiación se origina siempre que un comisionista, un mandatario, un agente de ventas, se queda con aquello que recibió, lo que es este caso, para a su vez hacerlo llegar a quien en cierto modo es su principal, en donde no cabe retención alguna si sus derechos, por la función ejercitada, tiene otras vías, otros caminos y otros cauces legales». (S. T. S. de 13 de junio de 1985.)

**Artículo 535 (en relación con los artículos 528 y 529, 5.º). Apropiación indebida. Colocar a la víctima en grave situación económica.**

«La expresión antedicha no ha de entenderse necesariamente en el sentido de que el perjudicado directo por la acción criminal haya quedado en la penuria o indigencia más absoluta, rayana en la miseria, sino en el de que, tras el quebranto de la relación de confianza y distracción dineraria por el apropiante, la víctima se vea abocada a una situación patrimonial difícil, de cierto agobio e inseguridad; fundándose la especial agravación de la causa 5.º del artículo 529 en el desvalor del resultado, siempre en apreciación relativa a la vista de las condiciones patrimoniales del sujeto pasivo y de las cargas o atenciones económicas a que haya de proveer. No pudiendo ponerse en entredicho la fundabilidad y razón que presidieron la aplicación de la agravante en el supuesto enjuiciado, cuando se parte del acreditamiento de que los dos millones distraídos por el inculpado representaban el esforzado ahorro del perjudicado, percepto de un simple jornal como obrero de la empresa constatada, merced al cual aspiraba a la consecución

de una vivienda propia, pretensión que se ha visto frustrada, quedando, por causa de la actuación del agente, privado de todo respaldo patrimonial ante cualquier evento o vicisitud familiar exigente de apreciable y urgente movilización económica. Circunstancias no ignoradas por el encausado, que mantuvo conversaciones con el matrimonio afectado, sabedor de sus aspiraciones de adquisición de la vivienda, así como de su escasa capacidad económica, ya que de los tres millones setecientas mil pesetas, importe del precio, sólo disponían de los dos millones apropiados; no pudiendo, pues, considerarse ausente en la determinación de la circunstancia agravatoria, el elemento culpabilístico a que se refiere el artículo 1.º del Código penal». (S. T. S. de 3 de octubre de 1985.)

**Artículo 541, 1.º Maquinaciones para alterar el precio de las viviendas. Basta realizar un acto aislado.**

«1. Según lo tiene declarado así la jurisprudencia de esta Sala, son elementos integrantes del delito definido en el artículo 541-1.º del Código penal el propósito de alterar el precio protegido de viviendas sujetas a limitaciones legales, y su consecución o intento mediante alguna de las maquinaciones relatadas en el artículo 540 de dicho texto legal, bastando, para que el hecho sea punible, con la existencia de un acto aislado, en cuanto que, a lo que aquel precepto se refiere, no es al precio que resulte de la libre concurrencia, sino al que administrativamente se fije por el organismo o autoridad que tenga competencia para hacerlo.

2. Expuesto lo anterior es claro que en los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida se dan todos los elementos de la infracción expresada, pues se trata de viviendas de protección oficial, con precio específicamente fijado por el Ministerio correspondiente, que fue dolosamente alterado al alza por los vendedores mediante el ardid o añagaza de decir que iban a incrementarse los módulos señalados, o haciendo creer falsamente a los compradores que la vivienda que adquirían lo era de un adjudicatario anterior que la revendía a precio superior al legal establecido, lo que no era cierto, consiguiendo con ello un aumento en las cantidades que debían legalmente percibir —que dicho sea de paso no reflejaban en los documentos de venta que extendían—, con el consiguiente perjuicio económico para quienes, fiados de la licitud de lo que se les cobraba, realizaban los pagos exigidos con el convencimiento de que eran los que correspondía hacer». (S. T. S. de 9 de octubre de 1985.)

**Artículo 563 bis b). Cheque en descubierto: Doctrina.**

«Que en esa línea argumental es de significar que aún antes de la reforma última, Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, aún antes, se dice, de que la más pura teoría culpabilista del artículo 1 del Código desterrara, definitivamente hay que creer, la mera responsabilidad objetiva, la doctrina de esta Sala se cuidó muy mucho de matizar, condicionándolo, el formalismo absoluto que se imponía y afloraba del artículo 563 bis b), *de tal manera que*, en la perenne lucha mantenida entre penalistas, o intérpretes restrictivos de la figura delictiva, y mercantilistas pendientes sobre todo de la mayor protección del tráfico y seguridad mercantil a

costa de lo que fuera, *no siempre habrían de resultar inoperantes las motivaciones surgidas en torno a las razones por las que el cheque se firmó y entregó* (Sentencia de 14 de marzo de 1985), con base a cuyas premisas puede y debeclarificarse la siguiente doctrina, esencial para la mejor aplicabilidad de la sanción punitiva, a) que en principio el cheque ha de tener una finalidad de pago inmediato, o casi inmediato; sometido a los habituales y hasta a veces irritantes trámites bancarios, sin perjuicio de cualquier otra finalidad lícita y propia de su naturaleza mercantil; b) que el cheque postdatado o antedatado no implica de por sí, *necesariamente*, la eliminación de la figura penal; c) que sólo se hace inocuo el delito en aquellos casos en los que el documento bancario se entregue *como instrumento de crédito o como simple prueba de pago diferido, lo que puede obtenerse incluso por otros medios distintos de la post o antedadación*; d) que la diferencia entre las fechas de entrega y la verdaderamente impuesta en el cheque no excluye la antijuridicidad del tipo si de una razonable postdatación se trata, si un breve lapso de tiempo es el que media entre una y otra; e) que cuando se inserta en el documento una fecha de vencimiento asaz diferente de la real de dación o emisión, con un período de tiempo ostensiblemente importante, *cuestión a examinar en cada caso concreto*, difícilmente aflora el delito en tanto que tales diferencias inducen a pensar racionalmente que la entrega del talón lo fue, *en desnaturalización de su auténtico contenido*, con finalidad distinta a la que su propia idiosincrasia impone, en función muchas veces atinente únicamente a las letras de cambio; y f) *que fuera de los supuestos contemplados*, la existencia de convenios posteriores al impago del cheque tendentes a la satisfacción de su importe, como acertadamente se expone por el Ministerio Fiscal, sólo puede afectar al cumplimiento de las obligaciones que en su día sirvieron de base a su libramiento y entrega pero nunca a la misma esencia del tipo penal, tal impone la seriedad inherente en la seguridad del tráfico mercantil, sustancialmente acogida en el precepto, y a salvo naturalmente la excepcionabilidad asumida por el artículo 563 bis b) «*in fine*» cuando se hace efectivo el cheque en el plazo de gracia que se establece». (S. T. S. de 11 de julio de 1985.)

**Artículo 565. Imprudencia. No cabe la compensación de culpas, pero es preciso valorar las conductas concurrentes para la imputación objetiva del resultado.**

«1. Es doctrina firmemente asentada en las resoluciones de esta Sala que, si bien no cabe en lo penal la llamada «compensación de culpas» de procedencia «ius-privatista», es, sin embargo, obligado en el campo público del «ius puniendi», donde la relación de causalidad toma especial relieve como pieza clave de la imputación objetiva del resultado, valorar las conductas concurrentes, tanto desde el lado activo de la infracción —autor— como desde el lado pasivo —víctima— para calibrar la relevancia de las mismas en el plano causal, de suerte que si la actuación del sujeto pasivo se muestra como causa decisiva y eficiente del resultado, habrá de reputarse la del sujeto activo accidental y fortuita, como igualmente, si ambas conductas, la del reo y la de la víctima, se muestran con la misma potencia o virtualidad, o la de esta última tiene reconocida fuerza causal aunque de menor entidad, debe reprocharse al primero su imprudente acción, aunque adecuando el

grado de su culpa a la mayor o menor eficacia causal de su intervención, lo que permite degradarla a la categoría de imprudencia simple, con infracción de Reglamentos o sin ella, constitutiva en este caso de mera falta». (S. T. S. de 1 de octubre de 1985.)

**Artículo 572, 1.º Falta de intrusismo: Ejercer como guía intérprete de turismo. El delito (artículo 321) protege intereses generales y la falta interesa de ciertas actividades.**

«2. De la exégesis que se hace de la infracción que el número 1.º del artículo 572 del Código penal, tipificador de la falta, consistente en el ejercer actos propios de una profesión reglamentada por disposición legal, sin poseer la habilitación o capacitación oficial, se deduce que están comprendidas, en el precepto, aquellas conductas que son inherentes a una profesión reglamentada, sin que el sujeto activo de las mismas pueda realizarlas, por no estar habilitado o capacitado oficialmente, de donde se desprende que la diferencia esencial entre la infracción penal expuesta en el anterior fundamento jurídico y la misma, radica en que el delito, la conducta que se tipifica, requiere que la actividad profesional no esté legitimada por la presencia de un título académico, mientras que en la infracción leve, acabada de analizar, la acción que se realiza no lo esté reglamentariamente, por lo que los límites entre una y otra son esencialmente cualitativos, también debe tenerse presente que nuestra doctrina ha afirmado que el delito protege principalmente los intereses generales de la sociedad, mientras que en la falta predomina la protección de los intereses de ciertas actividades». (S. T. S. de 17 de octubre de 1985.)



## REVISTA DE LIBROS

**BUENO ARUS, Francisco; DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis; GARCIA VALDES, Carlos; GARRIDO GUZMAN, Luis; MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, y MAPELLI CAFFARENA, Borja:** «Lecciones de Derecho Penitenciario», Universidad de Alcalá de Henares, 1985, 206 págs.

«La preocupación por los temas penitenciarios se ha venido incrementando en los posteriores años, paralela a la importancia que la ejecución de las penas privativas de libertad iba adquiriendo en nuestro Derecho», se dice en el libro que comento (p. 34), y él mismo es una buena prueba de esa preocupación. Recoge los textos de las ponencias que se presentaron a las «Primeras Jornadas de Derecho Penitenciario», celebradas en Alcalá de Henares los días 14 y 15 de mayo de 1984, organizadas por el ICE y la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá.

Su inspirador, Carlos García Valdés, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá, se planteó la necesidad de realizar una reflexión y puesta en común sobre el estado actual de la ciencia del Derecho penitenciario, por lo que propuso la celebración de unas reuniones, de carácter absolutamente restringido, a las que acudirían especialistas reconocidos en Derecho penitenciario. Y efectivamente, Bueno Arús («Estudios penales y penitenciarios», Madrid, 1981), De la Cuesta («El trabajo penitenciario resocializador», San Sebastián, 1982), García Valdés («Comentarios a la legislación penitenciaria», Madrid, 2.<sup>a</sup> ed., 1982; «Estudios de Derecho Penitenciario», Madrid, 1982; «Teoría de la Pena», Madrid, 3.<sup>a</sup> ed., 1985), Garrido Guzmán («Manual de Ciencia Penitenciaria», Madrid, 1983), Manzanares Samaniego («Las penas patrimoniales en el Código penal español», Barcelona, 1983, «Individualización científica y libertad condicional», Madrid, 1984), y Mapelli Caffarena («Principios fundamentales del sistema penitenciario español», Barcelona, 1983), son hoy en día, los penitenciaristas españoles de más relevante obra escrita. Cada uno de ellos leyó en Alcalá una ponencia (con arreglo al sistema que se había fijado previamente), que sirvió de base a los debates. Estos no se contemplan en el libro, sino únicamente las ponencias que, para acotar las referencias (p. ej., bibliográficas), hay que señalar que se entregaron para imprimir a mediados de 1984.

La primera «lección» está firmada por Bueno Arús, y corresponde a la «Historia del Derecho penitenciario español». Su punto de partida es la declaración (que hace en pág. 10) de que «la explicación del desarrollo de la sanción de privación de libertad debe acompañarse de la de su entorno y sus cambios, así como de las teorías que han contribuido a su justificación o a su crítica». Por ello, la evolución histórica de la cárcel (desde los ejemplos del Derecho romano a la actualidad), la dualidad de sus caracteres preventivos y punitivos, o la eterna tensión dialéctica, en nuestros textos legales históricos, entre retribucionismo y prevenciónismo, no son en esta «lección» sólo una sucesión de textos legales, sino una explicación global de su existencia en cada momento, con valiosas referencias a las distintas mentalidades históricas, en las que se hace especial hincapié en el pensamiento sobre temas penitenciarios: los autores españoles del siglo xvi

citados en la página 14, los primeros reformadores de la prisión en España, citados en la página 18, o la referencia a la Escuela Correccionalista española, que se hace en la página 21, son en mi opinión las más sugestivas.

Una abundante bibliografía (que ocupa las páginas 27 a 30) completa esta clara y rigurosa visión histórica del Derecho penitenciario español.

La segunda de las ponencias se titula «Derecho penitenciario español: notas sistemáticas», y está realizada por García Valdés. Su intención (p. 58) es significar la importancia de la Ley General Penitenciaria en el panorama legislativo español, resumiendo sus características más destacadas y extrayendo algunas consecuencias sistemáticas de su existencia y aplicación. Tras un panorama histórico introductorio, se analiza el concepto y naturaleza del Derecho penitenciario, deteniéndose el estudio con más interés en la relación jurídica penitenciaria (concretamente en los arts. 3, 4 y 6 de la LOGP, que plasman el «estatuto jurídico del recluso —p. 38—) y su garante judicial, la finalidad de la prisión («resocialización para la libertad» —pp. 41-42—), y el marco real de la ejecución penitenciaria. Otros aspectos profundamente analizados son los instrumentos de régimen (caracterizando al trabajo como tal y, por ello, manifestando el autor su disconformidad con la redacción del último inciso del párrafo inicial del artículo 26 LOGP, y la corrección de la del artículo 66, 3.º LOGP) —p. 46—) y el tratamiento penitenciario (en el que se toma de nuevo partido por la no admisión como métodos de tratamiento de los psicoquirúrgicos, como la castración terapéutica o las lobotomías —p. 53—, por ser contrarios al principio de la dignidad humana de los reclusos y atentar a sus derechos constitucionales).

Garrido Guzmán presentó una ponencia titulada «Régimen penitenciario» en la que, tras referirse a éste como «el marco externo preciso para el tratamiento y, a la vez, para la custodia de los internos, así como para que éstos dispongan adecuadamente de las diversas prestaciones de la Administración» (p. 62), estudia el régimen general de los establecimientos penitenciarios y las Juntas de Régimen y Administración, clasificando sistemáticamente las funciones que éstas tienen según el artículo 263 del Reglamento Penitenciario. Una segunda parte de la ponencia presta atención a los establecimientos penitenciarios, estudiando la importancia de la clasificación de los reclusos en los diversos centros (clasificación que es «punto de partida del tratamiento penitenciario» —p. 72—), la ubicación de éstos y la situación actual de las construcciones penitenciarias en España, apor-tando diversos cuadros con datos sobre la evolución de la población reclusa (preventiva y penada) y los centros penitenciarios.

El mismo título de la ponencia de De la Cuesta puede anticipar un contenido polémico, que ya levantó debate en las Jornadas de Alcalá: «Un deber (no obligación) y derecho de los privados de libertad: el trabajo penitenciario», idea que se desarrolla a lo largo de tres capítulos. En el primero se habla de la importancia del trabajo penitenciario para la construcción de un régimen acorde con el principio resocializador (p. 102), centrándose el segundo en el carácter obligatorio, que discute del trabajo de los penados. En este apartado analiza su regulación positiva y las justificaciones doctrinales que ha recibido, criticándolo, finalmente «desde la óptica resocializadora» (p. 113), y concluyendo que, como la obligatoriedad del trabajo es barrera fundamental para la estructuración de un trabajo penitenciario resocializador, «debe derogarse la disposición del número 1 del ar-

título 29 LOGP» (p. 131). En el último capítulo de su ponencia, De la Cuesta estudia el derecho de los internos al trabajo.

Similares caracteres polémicos puede ofrecer la ponencia de Mapelli Caffarena, titulada «Sistema progresivo y tratamiento», por algunas de sus afirmaciones. Analiza en primer lugar la noción de tratamiento, plena, en su opinión, de connotaciones desvalorativas, ya que «el delincuente aparece como un elemento negativo y disfuncional para el sistema social y el tratamiento es el crisol que produce el milagro de la readaptación» (pp. 141-142). Los caracteres polémicos aparecen cuando defiende la compatibilidad del sistema progresivo (art. 84 CP) y de la individualización científica (art. 72 LOGP), (pp. 160-161), proponiendo un sistema progresivo-objetivo como alternativa para quienes no reciben un tratamiento (p. 170). Critica también Mapelli el texto del artículo 239, 3.<sup>º</sup> del RP ya que, en su opinión, la observación científica de la personalidad no debe depender de la voluntad del interno, al ser un instrumento imprescindible para un sistema penitenciario progresivo (p. 158). Este interesante trabajo finaliza con un apartado sobre los posibles conflictos que pueden plantearse entre los distintos fines que persiguen las instituciones penitenciarias, citando los que se plantean entre las metas resocializadoras y las de orden y disciplina, o entre la reeducación y los derechos de la persona (pp. 166-167).

El libro se cierra con el trabajo de Manzanares Samaniego sobre «El Juez de Vigilancia» (denominación que prefiere a la de «Juez de ejecución de penas, a la que consume» —p. 191—). Su estudio comienza con el derecho comparado y la doctrina española (debiéndose hacer notar que si bien este libro aparece con posterioridad al de la doctora Alonso, sobre este tema, no pudo citarse porque las ponencias se entregaron para imprenta en 1984), estudiándose a continuación su naturaleza y funciones (judicializar la ejecución, afianzando las garantías de ésta), las competencias que puede alcanzar en el futuro (relacionadas fundamentalmente con las medidas alternativas a la privación de libertad clásica, citándose el Proyecto de CP de 1980 y la PANCP de 1983) y su denominación. En un último grupo de apartados se analizan distintos aspectos de las funciones de garantía que ha asumido el Juez de Vigilancia, detallándose lo relacionado con el régimen de recursos y de peticiones y quejas.

Las ponencias llevan, a pie de página, las notas y bibliografía de referencia precisas para complementar la ya de por sí exhaustiva información que se ofrece en el libro. Tan sólo señalar finalmente que, lamentablemente, la edición no es venal, habiéndose distribuido por el ICE de la Universidad de Alcalá de Henares a todas las Universidades españolas, por lo que, aunque no pueda adquirirse, su consulta es accesible a todos los interesados.

ESTEBAN MESTRE DELGADO  
Colaborador del Departamento de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá de Henares

**Cristóbal de CHAVES: «Relación de la Cárcel de Sevilla», José Esteban editor, colección «Clásicos El Árbol», Madrid, 1983, 67 págs.**

La historia penitenciaria es parte integrante, por propio derecho, de los estudios de la ciencia del Derecho penitenciario. La doctrina española (Cadalso, Sa-

lillas, Antón Oneca, Cuello Calón, Castellano, Lasala y, más recientemente, García Valdés o Bueno Arús, entre otros) ha prestado siempre atención a la perspectiva histórica, y ha rescatado las fuentes de conocimiento que tan fundamentales son para el directo conocimiento de las realidades pasadas.

En este sentido causa gran satisfacción la reedición de la «Relación de la Cárcel de Sevilla», de Cristóbal de Chaves, que aproxima ahora a quienes no la conocieran una parcela del Siglo de Oro, la sociedad carcelaria y el mundo delincuente, sobre la que en España existen numerosos documentos escritos. No es ya sólo la obra penal de Covarrubias o Alfonso de Castro, sino los más específicos trabajos penitenciarios de Bernardino de Sandoval («Tractado del cuidado que se deve tener de los presos pobres», Toledo, 1564, reeditada en 1952), de Tomás Cerdán de Tallada («Visita de la Cárcel y de los Presos», Valencia, 1574), del padre Pedro de León («Compendio de algunas experiencias en los ministerios de que usa la Compañía de Jesús con que prácticamente se muestra con algunos acontecimientos y documentos el buen acierto en ellos», y su llamativo «Apéndice de los ajusticiados», de 1619), de Rodríguez Cabrera («Informe sobre las necesidades de los presos de la cárcel», de 1580, inédito, encontrado en el Archivo Municipal de Sevilla por Herrera Puga), o el de Chaves que comentó, entre otros. Sus testimonios son de gran valor histórico porque son autores que están en contacto directo con la realidad sobre la que escriben: Cerdán de Tallada fue abogado de presos; Rodríguez Cabrera, encargado de los presos pobres de la Real Cárcel de Sevilla; el padre León, fue carcelero (capellán) de la misma, y Chaves, Procurador de la Audiencia, también de Sevilla («el que más he defendido con mi oficio», dice en la página 58 de esta «Relación...» que comentó).

La «Relación de la Cárcel de Sevilla» fue escrita a fines del siglo xvi (la copia del Archivo Municipal sevillano está fechada en 1592; Jiménez de Asúa y Bueno Arús datan el original hacia 1585, y Del Rosal hacia 1588), y se compone de tres partes, de similar estilo, si bien de manos diferentes: las dos primeras partes se deben a Chaves, manteniéndose la tercera anónima (se atribuyó sin demasiado fundamento a Miguel de Cervantes, no habiendo prosperado esta tesis). Con un estilo narrativo muy suelto, reúne las «cosas de más admiración», «las más extraordinarias que pasan y resultan de la cárcel», ya que «si las ordinarias hubiera de pararme a escribir, fuera menester infinito papel y tiempo y vida de hombres» (pp. 52-53).

La Cárcel Real de Sevilla, reedificada en 1418 y en 1569, era la de mayores proporciones y más poblada de todas las españolas de la época. Su fama inspiró el anónimo «Entremés de la Cárcel de Sevilla», y llenó de citas la literatura contemporánea; en ella estuvieron presos Miguel de Cervantes y Mateo Alemán; y entre sus muros se desarrollaba un rico mundo, propio de una «cárcel de custodia», que no puede por menos de parecer extraño a quien lo contempla desde el concepto actual de la prisión como pena. Herrera Puga («Sociedad y delincuencia en el Siglo de Oro», Madrid, 1974) afirmó que no es fácil «encontrar un rincón de la historia española de los siglos xvi y xvii donde la picardía se concentre con tanto carácter como en la Cárcel Real de Sevilla», y Agustín de Rojas, en su coetáneo «Viaje entretenido», señala que le espantaba (sic) de esta cárcel «tanta infinidad de presos por extraños delitos, las limosnas que en ella se dan, las cofradías tan ricas que tiene, la vela de toda la noche que en ella se hace, y el vino y bacalao tan bueno que en ella se vende».

En sus tres pisos, además de las «galeras» («nueva», «vieja», «alta», etc.) donde permanecían sin práctica clasificación los presos, poseía pequeños calabozos (ocupados por aquellos que más dinero podían pagar), estancias para el alcaide, sota-alcaide y otros personajes de la administración de la cárcel, una capilla, una enfermería, una habitación para el barbero, cuatro tabernas y bodegas, y dos tiendas de verdura, fruta, papel y tinta, y aceite y vinagre (p. 14). Aneja, existía una cárcel de mujeres, con sus propias galerías, enfermería y capilla, debiendo señalarse aquí que desde 1567, con la Nueva Recopilación, se había establecido la separación por sexos en las cárceles.

Chaves señala cómo se hallaban presos allí, normalmente más de mil ochocientos hombres (p. 11), con una gran libertad de movimientos, y se queja de que «todo el día y noche, como hormiguero y procesión, entran y salen hombres y mujeres con comida y camas, y hablan con los presos» (pp. 14-15), sin que nadie les pregunte o detenga, y de que, en la cárcel de hombres, dormían habitualmente más de cien mujeres, sin que nadie quisiese remediarlo (p. 16). Tanto movimiento humano en este gran espacio es gráficamente criticado cuando Chaves afirma que un preso puede estar más de diez días sin que le vea un guardián y que, si en algún momento hay que buscarle, «no hay quien dé razón dél, ni saben si se salió; tanta es la multitud de presos y rincones que tiene la cárcel» (p. 26).

Las condiciones higiénicas eran deplorables en este lugar, del cual Cervantes decía que «toda incomodidad tenía su asiento y todo triste ruido hacia su habitación». Suárez de Figueroa comentaba a este respecto que «todas las plagas de Egipto, todas las penas del infierno se cifran en aquél asqueroso albergue, donde se hallan corrompidos casi todos los elementos», de la misma manera que Cervantes denunciaba en «La gitanilla» sus humedades, oscuridades y alimañas que la poblaban. Los médicos y cirujanos debían atender cada día un «hormiguero» de presos (p. 37) que enfermaban «por el poco sitio y peor olor de los apóstoles» (p. 33).

El otro gran mal que aquejó a esta cárcel fue la corrupción de sus autoridades. Para llegar al interior de la prisión había que atravesar tres grandes puertas, que eran llamadas, respectivamente, «de oro», «de plata» y «de cobre», denominación que cada una de ellas recibía, cuenta Chaves, «por el aprovechamiento que tiene el que la guarda» (p. 12). Muchos más ejemplos hay en esta «Relación...»: el alcaide es el propietario del vino que se vende en la cárcel (p. 14), cobra por dejar salir a los presos de noche (pp. 15 y 22) y vende libertades (pp. 30 y 66); el sota-alcaide arrienda los calabozos a los presos (p. 33) y administra las tiendas de fruta y verdura y aceite; los porteros cobran la entrada a los presos (p. 17); los verdugos se dejan sobornar para no lastimar (p. 50), y roban a los que ajustician (p. 21); es, en fin, como la denominó Cervantes en «Rinconcete y Cortadillo», «una descuidada justicia» la que impera esta cárcel, por lo que no extraña que en algún momento los presos afirmen: «a un pleito malo, por amigo el escribano», y «yo favor y quien quisiere, justicia» (p. 50).

Chaves va desgranando, a pinceladas, muchos otros aspectos de la vida en la Real Cárcel: las numerosas fugas, los diversos oficios a que se dedicaban los presos para ganar el dinero que les aseguraba un mejor trato (escritores de billetes de amor —p. 39—, «buscadores de presos» entre la multitud —p. 38—), la existencia de presos prestamistas que se enriquecieron en la cárcel —p. 24—, los ritos de los condenados a muerte, o los duelos y peleas entre presos.

El lector de este breve libro obtiene una viva y nítida estampa del ambiente cotidiano de aquella Cárcel Real de Sevilla, a través de una narración suelta y fácil que es grata de leer (o releer). En todo caso, la reedición de esta obra es una tarea encomiable que no había por menos de señalar, felicitando a sus editores por la idea.

ESTEBAN MESTRE DELGADO

**MINISTERIO DE JUSTICIA, Secretaría General Técnica, Gabinete de Documentación y Publicaciones: «Documentación Jurídica», núm. 37/40, monográfico dedicado a la «Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal», Madrid, enero/diciembre 1983 (1985), 2 volúmenes, 1.394 págs.**

La «Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal», de 1983 (en adelante PANCP), publicada ese mismo año por el Ministerio de Justicia para que fuese generalmente conocida y recibiese las críticas u observaciones de los interesados, es el objeto de dos importantes obras recién aparecidas. Por un lado, la «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense» dedica su número monográfico sexto a las ponencias presentadas a las «V Jornadas de Profesores de Derecho Penal», celebradas en Segovia en los últimos días de mayo y primeros de junio de 1984, y cuyo objetivo principal fue el estudio de la PANCP. Por otro, el mismo Ministerio de Justicia publica el monográfico que ahora comento; donde se contienen, con gran criterio sistemático, cuarenta y nueve estudios debidos a treinta y ocho autores, fruto de la invitación que ese Ministerio cursó a científicos y prácticos del Derecho penal, y de la colaboración espontánea de distintos profesores.

La intención de la obra es «crecer un análisis sistemático del Derecho español vigente, comparado y de política criminal, sobre todo los Títulos de la Propuesta de Anteproyecto» (p. 315), y el trabajo cumple esa propuesta, si bien sistemáticamente pueden echarse en falta los comentarios sobre los Títulos X («Delitos contra las relaciones familiares») y XXI («Delitos de traición y contra la paz»), que, previstos inicialmente, por imponderables, como se señala en la misma obra, no se presentaron a tiempo para la publicación. Falta igualmente el comentario a los delitos contra la Hacienda Pública, realizado por Arroyo Zapatero (quien coordinó el trabajo de parte de los colaboradores en esta obra), y que no se publicó ante la existencia de los Proyectos de Ley Orgánica de reforma del Código Penal en esa materia, y el de represión del fraude fiscal. De la misma manera, ya en imprenta la obra, se aprobó la Ley Orgánica 7/1984, de tipificación penal de las escuchas telefónicas, que produjo algunas modificaciones al comentario de Morales Prats, afortunadamente salvadas en nota a pie de página (p. 619). Ninguna de estas contrariedades resta importancia al trabajo realizado en los dos volúmenes de la obra que comento, cuya significación sólo puede intuirse a través de esta nota, tremadamente breve para el extraordinario desarrollo y riqueza de los comentarios que contiene.

La obra se estructura en tres partes, dedicada la primera a los estudios de carácter general sobre la «PANCP», la segunda a los estudios sobre su libro I (Parte General), y la tercera a los dedicados al libro II (Parte Especial), que es,

lógicamente, la más extensa. Abren el primer volumen dos trabajos, de Quintero Olivares («La reforma penal en España») y García Valdés («Las reformas de la legislación penal —1976/1984—»), en los que se centra la PANCP dentro del marco de la incesante actividad legislativa en materia penal que en los últimos años ha procurado «ir adaptando la clásica materia de los delitos y las penas a las exigencias de un Estado social y democrático de Derecho» (p. 30). Bajo Fernández plantea a continuación diversos problemas que condicionan la reforma, desde el punto de vista del «Coste y eficacia de la Justicia penal en España», y cierran esta primera parte dos trabajos globales sobre la PANCP, de Cerezo Mir (en el que destaca los comentarios al artículo 24, en contra de la supresión de las agravantes de estragos, premeditación y reincidencia; y al artículo 267, que pide sea suprimido, ya que los daños culposos deben constituir únicamente un ilícito civil) y del magistrado De Vega Ruiz (de carácter más divulgador pero más completo).

La segunda parte de la obra, la dedicada al Libro I de la PANCP, tiene dos trabajos acerca de la culpabilidad: el de Bustos Ramírez (que analiza la regulación actual y las reformas que contiene la PANCP sobre los delitos cualificados por el resultado, el delito preterintencional, el dolo eventual y el error, si bien limitado al error dentro del injusto) y el extenso de Ruiz Vadillo (en el que, tratando todos los aspectos de la culpabilidad, se detiene especialmente en los supuestos de culpabilidad culposa, y en la responsabilidad de las personas jurídicas, en interesantísimo estudio). González Zorrilla manifiesta su conformidad con la elevación del límite de la minoría de edad penal a los dieciocho años que se contiene en la PANCP, en su estudio titulado «Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad», al que siguen un grupo de estudios sobre el sistema de sanciones en la PANCP. El de Mir Puig, de este mismo título, destaca la simplificación de las penas que se contiene en la Propuesta, y el criterio por el que éstas sólo se imponen cuando resultan absolutamente necesarias para la prevención, en tanto que los de De Sola Dueñas y de Del Toro Marzal analizan las alternativas a la prisión contenidas en la Propuesta de 1983: éste la suspensión del fallo y la remisión condicional de la pena, y aquél el conjunto entero de sustitutivos a la pena de privación de libertad clásica. Directamente relacionado con éstos está el trabajo titulado «La sustitución de las penas cortas privativas de libertad en la propuesta de 1983», que presenta Manzanares Samaniego, quien firma también el comentario a la nueva regulación de las penas patrimoniales en la PANCP, trabajo en el que analiza la multa, el comiso (que pide se limite a los delitos dolosos —p. 248—) y la caución. Los comentarios de esta segunda parte de la obra se cierran con el que Grosso Galván dedica a los antecedentes delictivos, resaltando sus efectos negativos para la reinserción social del delinquiente, y estudiando después ampliamente la rehabilitación penal.

El comentario de Bacigalupo sobre los delitos de homicidio abre la tercera parte de la obra. En él, critica la actual regulación del asesinato y estudia los tipos de parricidio, homicidio en riña tumultuaria, inducción o ayuda al suicidio, e infanticidio que, en su opinión, están bastante mejor regulados, en conjunto, en la PANCP. Cuerda Riezú presenta un exhaustivo comentario al delito de aborto (al que acompaña de una muy extensa relación de notas y bibliografía), centrándose especialmente en los problemas que plantean el bien jurídico protegido y las indicaciones admitidas. Berdugo Gómez de la Torre comenta los tipos de lesiones,

en dos artículos, dedicado el primero a consideraciones generales, criticando el casuismo de la regulación actual frente al mejor sistema de la PANCP, y analizando en el segundo el problema del consentimiento en las lesiones. En este punto se manifiesta por el acierto del artículo 157 de la PANCP al afirmar su eficacia con carácter general.

Los delitos contra la libertad (detenciones ilegales, amenazas y coacciones) son estudiados por Zugaldía Espinar, que critica profundamente su construcción en la PANCP, pidiendo la desaparición en ésta de los artículos 162, 163, 164, 165, párrafo 2.º, y 590, párrafos 1.º, 2.º y 4.º. Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, dentro de un apartado más amplio, titulado «La reforma del Derecho penal sexual y la propuesta de 1983», reciben el comentario de Díez Ripollés, el más extenso de toda la obra (pp. 443 a 573). Con gran estructuración, analiza los tipos de violación, estupro, abuso sexual, conductas sexuales provocadoras, prostitución y rapto, con comentarios sobre el epígrafe y situación sistemática, sobre los preceptos relativos a la perseguitibilidad en estas conductas y las disposiciones comunes. Se plantea todos los problemas que suscitan estos tipos, proponiendo soluciones que pueden incorporarse a la Propuesta (me llama especialmente la atención las observaciones sobre las lagunas en los tipos de estupro en las pp. 501 a 504). Las 435 notas que acompañan al texto pueden dar idea de su complejidad y documentación. También es extenso el trabajo que presenta Morales Prats sobre los delitos contra la intimidad, bajo el título de «privacy» hace que éste contenga tanto facultades de exclusión de terceros como facultades de control de las informaciones personales que circulan en la sociedad (p. 578), y por ello amplía su estudio hacia los tipos de allanamiento de morada, violación y revelación de secretos, o violación de la correspondencia, entre otros. El artículo 189 PANCP, como plasmación de la represión penal de los abusos informáticos, recibe una particular atención en su estudio.

Los delitos contra el honor reciben la atención de Berdugo (que destaca la innovación que supone la incorporación en la PANCP de las calumnias e injurias difamantes, en los arts. 195 y 201) y Valle Muñiz (que plantea, desde la existencia de una protección civil al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, la reducción de la intervención penal en el campo de las injurias menos trascendentes, aproximando la protección penal a un concepto de honor más social que personal —p. 661—).

Muñoz Conde y Gómez Benítez dedican sus estudios a la reforma de los delitos contra el patrimonio. El primero, tras referirse al Título V del Proyecto de 1980, y a la reforma parcial y urgente de 1983, califica la regulación que de estos delitos hace la PANCP de «solución de compromiso entre la regulación tradicional (...) y lo que, conforme al Derecho comparado y a los postulados teóricos más recientes, se considera como modelo ideal en esta materia» (p. 680), señalando como cualidades de la propuesta en esta materia el haber desdramatizado la tradicional dureza y punitiva, sin merma de la eficacia preventiva, y haber disminuido y simplificado el articulado, sin menoscabo de la seguridad y certeza jurídicas (p. 688). Gómez Benítez, por su parte, plantea las modificaciones que cada tipo en concreto puede experimentar, comparando la situación actual y la de la PANCP. Particular atención dedica a los tipos de robo y estafa, haciendo también referencia a las insolencias punibles. Con este trabajo se completa el primer volumen de la obra.

El segundo comienza con un comentario de Viladas Jene titulado «Propuesta de Anteproyecto de Código Penal y delincuencia económica», que, con los de Berdugo («La reforma de los delitos contra la propiedad industrial»), Martínez Pérez («Delitos publicitarios»), Hormazábal («Delitos de alteración de precios, de prácticas restrictivas de la competencia y otros relativos a la regulación de mercados»), Terradillos Basoco («Sustracción de cosa propia a su utilidad social», «Delitos financieros» y «Delitos relativos al control de cambios») y Morillas Cueva («Delitos laborales»), presenta al lector la trascendencia del Título XII de la PANCP, dedicado a los delitos socioeconómicos. La práctica totalidad de estos autores comparten el criterio del prelegislador, de incluir estos delitos en el Código penal, superando su tradicional dispersión como leyes especiales. Son de destacar las opiniones de Martínez Pérez (que pone en cuestión la existencia de la figura delictiva contemplada en el artículo 280 de la PANCP), Hormazábal (para el que los principios que inspiran la protección penal de la competencia, en la PANCP, y en Proyecto de 1980, son contrarios a la Constitución de 1978), o Morillas (que aboga por la incorporación de un nuevo tipo penal que sancione expresamente el incumplimiento empresarial en materia de cotización de la cuota obrera en la Seguridad Social).

De la Cuesta Arzamendi dedica un amplio comentario al Título XIII de este Libro II de la PANCP, bajo el título de «Protección penal del territorio y del ambiente», en el que critica la existencia de omisiones en la redacción de los tipos (no se contemplan los derribos o los desmontajes totales o parciales de edificaciones), las dificultades de delimitación entre injusto penal e injusto administrativo o la imperfecta definición de algunas conductas punibles (entre las que cita la del art. 307 PANCP). Por ello su conclusión sobre la aplicación práctica de este título es realmente pesimista.

Del título XIV se ocupan dos autores. González Guitian escribe sobre los capítulos I y II (alabando la configuración del incendio como delito de peligro, que elimina la cuantía del daño causado como criterio regulador de la pena; y la reducción del casuismo del código hoy vigente), y Lorenzo Salgado, sobre los delitos contra la salud pública (discutiendo la falta de toda referencia normativa al riesgo de propagación de enfermedades contagiosas) y los delitos contra la seguridad del tráfico. Los delitos de falsedades son ampliamente estudiados por Casas Barquero, en un interesante artículo en el que destaca la reducción que la PANCP hace de las modalidades típicas delictivas en las falsedades documentales, refundiendo y agrupando aquellos supuestos típicos que debieran presentar regulación uniforme. La reforma de los delitos «de funcionarios» es analizada por Bacigalupo, en tanto que los delitos contra la Administración de Justicia reciben la atención de García Miguel, y de Magaldi y García Arán, que firman un extenso trabajo conjunto, pleno de información sobre la situación actual y el Derecho comparado. Una de las divergencias más notables entre estos dos trabajos surge en el comentario al artículo 426 de la PANC, que tipifica la realización arbitraria del propio derecho. Mientras que para García Miguel «este delito constituye el prototipo de todos los incluibles en el Título» (p. 1113), Magaldi y García Arán mantienen la eliminación de esta figura del articulado penal (p. 1178).

El comentario sobre los delitos contra los poderes y orden públicos se debe a García Rivas, que señala incongruencias entre los artículos 455 y 18 de la PANCP, y diferencias de trato de los órganos ejecutivo y legislativo de las Comunidades

Autónomas con respecto a otros órganos estatales. Este autor realiza también el comentario a los delitos contra el sistema constitucional, donde incluye una interesante reflexión sobre lo que el artículo 517 de la PANCP supone de «huida hacia el Derecho penal» en la tipificación de conductas sin fundamento político criminal claro. Sobre los delitos de terrorismo y tenencia de explosivos escriben De Sola Dueñas (concluyendo que los problemas terroristas no se combaten exclusivamente con una multiplicación de las penas, sino mediante la «claridad y seguridad acerca de lo que se protege y cómo se protege»), y Gimeno Sendra, si bien su colaboración «Nuevas perspectivas de la legislación procesal penal anti-terrorista», de interesante contenido, no pueda encuadrarse perfectamente como comentario a la PANCP.

El estudio de los delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución lo realiza Carbonell Mateu, comentando minuciosamente los artículos de la PANCP, bajo los epígrafes «principio de igualdad», «libertad de expresión», «libertad sindical y de huelga», «libertad de reunión y manifestación» y «libertad de asociación». Bueno Arús se encarga del análisis de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de esos mismos derechos y libertades. Con el rigor que caracteriza sus trabajos, estudia ampliamente los antecedentes y después, con gran cuidado en las concordancias de cada tipo, los distintos artículos de la PANCP, finalizando con unos comentarios generales a esos delitos. Los dos últimos trabajos se deben a Morillas Cueva («Los delitos contra la libertad de conciencia y de culto», caracterizando a la regulación que de ellos hace la PANCP como «de las más avanzadas y progresistas que en relación con el derecho extranjero podemos encontrar» —p. 1361—) y a Fernández Rodríguez («Delitos contra la comunidad internacional», en donde propone la ampliación de estos delitos a los cometidos contra la paz y a los crímenes de guerra). Se añade a estos textos una relación bibliográfica sobre la PANCP, realizada por García Rivas.

Finalmente, señalar que con estos dos volúmenes, el Ministerio incluye la segunda edición de la Propuesta de Nuevo Código Penal, presentando un conjunto completo de materiales para el estudio del que esperamos se convierta próximamente en nuestro Código penal.

ESTEBAN MESTRE DELGADO

**MONACO, Lucio:** «*Prospettive dell'idea dello «scopo» nella teoria della pena*» (Perspectivas de la idea del «fin» en la teoría de la pena), *Pubblicazioni della Facoltá Giuridica dell'Università di Napoli, CCXVII, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1984, XIII + 285 págs.*

Los estudios sobre la teoría de la pena se están incrementando en los últimos años con una serie de obras en las que se denuncia la crisis de la pena de privación de libertad clásica y, desde ella, se cuestiona la utilidad y rentabilidad de los distintos sistemas sancionatorios. Ante estas críticas, es lógico, y conveniente, reflexionar sobre la función que debe cumplir la pena en las modernas socieda-

des occidentales, y sobre las relaciones que deben existir entre las exigencias de trato individualizado de los reos y las necesidades de defensa social, en el marco garantista de un Estado de Derecho.

En estas líneas de investigación se desarrolló el trabajo de Lucio Mónaco, realizado bajo la dirección del profesor Claus Roxin en el «Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften» de la Universidad de Munich, y cuyos resultados se presentan en el libro que ahora comento. Con un claro sistema, distingue los problemas teóricos de los que plantea la práctica, y estructura su obra en dos partes, la primera de las cuales analiza la tesis retributiva y preventiva y sus consecuencias en orden a la determinación o individualización de la pena (la «comisurazione», que es la «medición» de la pena en el sentido que le dan los alemanes a su «Strafzumessung»). En la segunda parte, Mónaco estudia, con un criterio realista, la «precariedad» del juicio-pronóstico, la reforma de las estructuras procesales, necesaria para adecuarse a los fines de la pena, y las garantías que en todo momento (determinación, cumplimiento o sustitución de la pena) deben asistir a los reos.

Sus conclusiones, seriamente fundadas y expuestas con gran rigor técnico, originarán —posiblemente— polémica por su novedad y, en ocasiones, radicalidad. En España, donde el texto constitucional y la Ley General Penitenciaria han impulsado una política criminal y penitenciaria fundamentalmente basada en la prevención especial, y donde va a implantarse (arts. 75 y 77 de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal) el juicio-pronóstico para fundamentar la suspensión del fallo y la suspensión de la ejecución de la pena, deben analizarse los motivos que llevan a Mónaco a hablar de la «crisis que atenaza a la ideología del tratamiento» (p. 239), de la «total, insanable contradicción» de la prognosis penal con «principios fundamentales de nuestra cultura jurídica» (p. 151), de la supresión de la individualización (p. 90), o del «estado de salud» de la teoría retributiva al inicio de los años 80 (p. 36).

El punto de partida del libro es el estudio de las relaciones entre culpabilidad y prevención (p. 17), entre idea retributiva e idea preventiva (p. 58). De aquélla, Mónaco destaca la proporcionalidad y garantía, que hace que la sociedad equipare justicia y retribución (p. 40); de ésta, su pragmaticidad, la persecución de la resocialización de los reos, la ampliación del catálogo de sanciones (pp. 85-96), y la búsqueda de efectos socialmente útiles a la pena, en cuanto se fija, preferentemente, en la peligrosidad de los sujetos (p. 63). De las ventajas de ambas teorías, extrae como conclusión que retribución y prevención no son inconciliablemente antitéticas (p. 46) y que, por tanto, «deben necesariamente convivir» (p. 262).

Pese a ello, Mónaco encuentra serios inconvenientes a la tesis preventiva. Por un lado, de acuerdo con Mantovani en que no es posible establecer «a priori» cuándo el reo será resocializado, cree que la prevención no respeta la garantía del condenado a la determinación de la duración de la pena; por otro, siguiendo a Roxin, piensa que la culpabilidad es el único criterio que puede garantizar la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la sanción. En contra, hay que destacar la idea de Gimbernat (expuesta en el «Prólogo» a su edición del «Código Penal», Madrid, 2.<sup>a</sup> ed. 1984) que aclara cómo la pena queda predeterminada en la antijuridicidad, en función de la entidad del bien jurídico atacado, sin que en esa determinación entren en consideración circunstancias personales del reo (que

son relevantes, en cambio, en la individualización de la pena ya fijada). Del mismo modo, habría que entender que esos límites operan como máximo de la reacción penal también para la tesis preventiva.

Otro de los aspectos que Mónaco critica en la teoría de la prevención es la falta de medios necesarios para realizar los programas resocializadores (p. 245), anotando en la segunda parte del libro distintas disfuncionalidades de este sistema penal: problemas procesales (p. 179), críticas a la eficacia del juicio-pronóstico (pp. 121 y ss.) y otros menores.

Hay muchos otros puntos de interés en el rico contenido de este libro, y que surgen en el desarrollo de las argumentaciones expuestas. Sin afán exhaustivo, destaco especialmente las observaciones del autor sobre las nuevas formas de criminalidad (p. 172), los efectos desocializantes que puede tener sobre el reo la publicidad del proceso penal (p. 189), los conflictos «intrasistemáticos» entre fines de la ejecución y fines de la pena («una teoría de la pena interesada en la estrategia de la intimidación no puede tolerar una individualización orientada a las exigencias de la resocialización» se afirma en la p. 90, argumentándose que la política criminal intimidativa requiere pena fija), la legitimidad y efectividad —cuestionada— de los juicios-pronósticos (p. 134), o las circunstancias en que debe renunciarse a la finalidad preventiva (p. 284).

La obra, que se presenta como una reflexión sobre los fines de la pena (y especialmente de la finalidad preventiva), amplía su objeto y cuestiona al lector el sentido que debe darse al sistema sancionador entero. Queda, sin duda, el problema abierto a la discusión, y el libro de Mónaco como una referencia básica para todos quienes se preocupan hoy por la teoría de la pena.

ESTEBAN MESTRE DELGADO

**SANCHEZ-GRANJEL SANTANDER, Gerardo: «Dorado Montero y la Revista de Derecho y Sociología», Salamanca, 1985, 107 págs.**

Entre los meses de enero y junio de 1895 se publicaron los únicos seis números de la «Revista de Derecho y Sociología», una iniciativa de Adolfo Posada y Pedro Dorado Montero que se proponía enriquecer y actualizar el mundo jurídico de esa España finisecular. Investigando en el archivo personal del ilustre penalista (hoy en la Biblioteca de la Universidad de Salamanca, por donación de sus hijas), Sánchez-Granjel encontró 78 textos (56 cartas y 22 tarjetas postales) que Adolfo Posada envió, entre 1891 y 1904, al catedrático salmantino y que permiten reconstruir las vicisitudes de la estrecha relación que ambos pensadores mantuvieron para hacer posible la publicación de esa revista. Aunque desgraciadamente no se poseen las cartas que Dorado escribió a Posada, parece claro que la idea inicial partió de aquél (Sánchez-Granjel lo sostiene así en la página 41 de la obra que comento), y es completamente coherente con la personalidad de Dorado la promoción de una revista que pusiera en contacto la doctrina jurídica española con las corrientes de pensamiento científico, jurídico y sociológico, internacionales.

Efectivamente, la trayectoria vital e intelectual de Dorado (que nos es ya conocida en profundidad gracias a los estudios publicados por Jiménez de Asúa, Antón Oneca, Barbero Santos y, recientemente, por Berdugo y Hernández Montes, entre otros) muestra su apertura a la recepción del pensamiento europeo: se había formado en la escuela positivista directamente en Italia, mantenía buena relación epistolar con juristas y sociólogos alemanes e italianos (Stricker, Aguanno), fue miembro del «Institut International de Sociologie» de París, tradujo a Carnévale («La cuestión de la pena de muerte», «Crítica penal»), Garófalo («Criminología», «Indemnización a las víctimas del delito»), Sighele («La muchedumbre delictiva», «La teoría positiva de la complicidad»), Mommsen («Derecho penal romano»), Merkel («Derecho penal») y Aguanno («La génesis y evolución del Derecho civil», «La reforma integral de la legislación civil»)... Por otra parte, Dorado era consciente de la importancia que las revistas científicas tenían en otros países, y por ello colaboró activamente en todas aquellas que en España difundían estos trabajos (la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», «La España Moderna», «La Lectura» o la «Revista Socialista»). En la «Revista de Derecho y Sociología», Dorado se encargó de la sección «Revista de revistas» y de conseguir colaboraciones de juristas europeos cuyos artículos, además, traducía. No quiso hacerse cargo de la dirección, que llevó Posada, ni de las múltiples gestiones financieras con el editor, José Lázaro Galdiano, pues no le interesaba alejarse de su trabajo y estudio (constante y silencioso, con palabras de Jiménez de Asúa) ni de su casa de Salamanca. Del estudio de Sánchez-Granjel se desprenden continuas referencias a estos aspectos de la vida de Dorado, pero el libro es, además, una buena oportunidad para reflexionar sobre la realidad intelectual de esa España que se aproximaba al siglo XX y en la que espíritus como el de Dorado estaban aislados, y, en el mejor de los casos, incomprendidos.

La «Revista de Derecho y Sociología» recibió inmediatamente el apoyo de Leopoldo Alas («Clarín»), Gumersindo de Azcárate, Joaquín Costa y Rafael Altamira y, sin embargo, sólo llegaron a publicarse seis números. Los costes fueron muy altos, pero la causa directa de su desaparición radica en la falta de suscripciones: la «Revista...» no conseguía implantarse. En las cartas de Posada a Dorado late la desesperanza cuando le comunica que no se suscriben ni el Congreso ni la Academia de Jurisprudencia, ni las Facultades de Derecho. En este mismo sentido, y como muestra de una actitud generalmente compartida en aquella España de la Restauración, hay que señalar que Jerónimo Vida no quiso colaborar en la revista por motivos ideológicos, y es bien conocida la oposición del Obispo Tomás Cámara a las ideas de Dorado.

Sánchez-Granjel incorpora a su obra una relación de todas las cartas que Posada envió a Dorado y un interesante índice (ordenado alfabéticamente) de todas las colaboraciones que se publicaron en la efímera vida de la «Revista de Derecho y Sociología», completando así, con el estudio de un capítulo de su vida «no explorado hasta el presente» (p. 13), la biografía de Dorado Montero, maestro del Derecho penal y estudioso preocupado, como decía Asúa, de la «integridad de la cultura jurídica».



# REVISTA DE REVISTAS

ALEMANIA, R. F.

## NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT

Revista semanal. Año 38, primer tomo (fascículos 1 a 26, páginas 1 a 1488). C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Múnich y Frankfurt, 1985

**REBMANN, Kurt: «Der Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter im Bereich der Strafverfolgung». (La utilización de funcionarios de policía que efectúan pesquisas encubiertamente en el ámbito de la persecución penal), págs. 1-6.**

Tras señalar que el problema analizado es el que hoy fundamentalmente preocupa dentro de la temática más amplia del generalmente llamado «V-Mann» («persona infiltrada» o «confidente»), informa el autor de que, dadas las dificultades del tema, se produce a menudo una «llamada al legislador» para solucionarlas. Para Rebmann, sin embargo, no es necesaria una normativa especial, por diversos motivos que analiza en un apartado de su artículo, que, por lo demás, pretende poner de relieve cuáles son los fundamentos de Derecho para la utilización de funcionarios de policía que actúan de modo encubierto en sus pesquisas en el ámbito de la persecución de hechos criminales.

Es búsqueda de claridad conceptual, señala Rebmann cómo el BGH (sentencia de 17-10-1983) mantiene un concepto amplísimo de «V-Mann», en el que caben tanto los «confidentes», sean éstos reclutados entre personas que por su profesión accedan a informaciones de interés para la policía o entre personas pertenecientes o que han pertenecido al mundo criminal, como a los propios funcionarios «infiltrados» de policía, entre ellos aquéllos de los que trata este artículo (de esta amplitud del concepto provienen las dificultades para encontrar un término castellano que traduzca la expresión «V-Mann», pues la palabra «confidente», en mi opinión, no puede abarcar al «infiltrado», en especial cuando éste es funcionario de policía. Y viceversa).

Contra este amplio concepto, el autor del artículo afirma que el funcionario de policía que investiga de modo encubierto no es un «V-Mann» en el sentido y uso del lenguaje originarios criminalísticos y se distingue de éste en que nuestro funcionario no sólo está sometido a los preceptos generales del Derecho de los funcionarios, sino también a las obligaciones especiales derivadas del ordenamiento procesal penal. Ahora bien, tanto el «V-Mann» como el funcionario a que nos referimos pueden actuar como «agente provocador», por lo que ésta no sería una tercera categoría distinta a aquéllas.

El funcionario que nos ocupa sólo debe ser utilizado para la persecución de hechos criminales graves y peligrosos, cuyo esclarecimiento es imposible o muy difícil con los medios de pesquisa policial tradicionales. Contra estos hechos

sólo se podrá luchar con medios ajustados a las exigencias del Estado de Derecho, entre los que, en opinión del autor, está sin duda la utilización de los tantas veces nombrados funcionarios.

Nuestro funcionario se diferencia del tradicional funcionario de la policía criminal en lo distinto de su forma de actuación, que tiene que adaptarse al medio criminal en que se moverá para realizar sus pesquisas sin ser descubierto.

El fundamento de Derecho para la utilización de estos funcionarios vendría dado por el § 163 StPO (Ley procesal penal) en relación con el § 161 StPO y por el mandato constitucional de esclarecimiento procesal de las circunstancias de hecho. En la explicación de estos fundamentos examina también el autor el posible choque con la esfera privada del sujeto, también constitucionalmente protegida, y fija los límites (derivados de estas exigencias constitucionales o de preceptos procesales) que no debe sobrepasar la actuación del funcionario. Si con lo anterior justifica Rebmann la utilización de estos funcionarios, niega por el contrario el carácter de fundamento de Derecho para esta utilización al § 34 StGB (estado de necesidad justificante del Código penal alemán) y a la «cláusula general policial».

Informa Rebmann de la jurisprudencia última relacionada con el tema, que justifica la actuación de «infiltrados» para casos similares a los recogidos por este autor, pero que no señala fundamentos de Derecho.

Se conciliaría bien con la obligación de persecución penal (incluida la obligación de denunciar) que tiene el funcionario, derivada del principio de legalidad, el esperar un tiempo, en vez de denunciar inmediatamente, cuando con ello se prevea conseguir un mejor esclarecimiento de los hechos. Esa espera no supondría por tanto un abandono de la persecución criminal. El proceso de averiguación o pesquisa sólo tendría sus límites allí donde hubiera una amenaza de lesión del mandato de prontitud o se pusiera en duda el esclarecimiento de los hechos.

Otros puntos analizados por el autor del artículo son las distintas medidas concretas de investigación y su enjuiciamiento jurídico, siendo muy interesante desde el punto de vista del Derecho penal material la afirmación de que el funcionario no está legitimado para cometer acciones delictivas, salvo que en el caso concreto concurra alguna causa de justificación (cita el estado de necesidad), es decir, como sucede para cualquier otro ciudadano.

Estudia Rebmann también el tema de la «promesa de (respetar el) carácter confidencial» y la relación entre la Fiscalía y la policía en los casos de utilización de los funcionarios que nos ocupan.

Por fin, dedica el autor un corto apartado al funcionario que opera de modo encubierto en el ámbito de los servicios de información, que hay que diferenciar claramente, en cuanto a los fundamentos y límites de su actuación, de los funcionarios que han sido centro del artículo.

**STEINHILPER, Udo: «Zur Betrugsstrafbarkeit der Kreditkartenmissbrauchs».**  
**(Acerca de la punibilidad como estafa del uso indebido de tarjetas de crédito), págs. 300-303.**

De la mano de dos sentencia (en primera y segunda instancia: LG Bielefeld, en NJW 1983, págs. 1335 y ss., y OLG Hamm, en NJW 1984, págs. 1633 y ss.)

que resuelven el caso de modo distinto y contradictorio, se plantea el autor el problema de si encaja en el tipo de estafa la conducta del titular de una tarjeta de crédito que la utiliza para pagar mercancías o prestaciones de servicio, sabiendo que ni quiere ni puede compensar el saldo negativo que tiene con la entidad emisora de la tarjeta de crédito.

El eje de la argumentación consiste en comprobar si en la conducta del titular de la tarjeta se puede apreciar una acción engañosa (elemento del tipo de estafa). La conclusión de Steinhilper es que hay que diferenciar dos casos: 1.º) Aquél en que la suma de dinero que se quiere pagar con la tarjeta no supera el límite de garantía de la misma. Aquí no habría acción engañosa con la presentación de la tarjeta para pagar, pues dicha presentación sólo supondría la declaración de que el titular es idéntico a la persona que presenta la tarjeta y que se respetará la garantía por la entidad emisora de la misma. Pero nada se dice sobre las relaciones entre titular y entidad emisora. Por tanto, no habría engaño a la empresa prestataria de los servicios o mercancías. Este sería el caso normal.

2.º) El caso anormal en que la cantidad a pagar supera el límite de garantía de la tarjeta y no se da una garantía especial para ese caso concreto. Según el autor del artículo, por diversas razones, la presentación de la tarjeta implica aquí algo más; la empresa prestataria sabe que el pago no depende ya de la garantía, sino de la solvencia y de la legitimación interna del titular de la tarjeta: así, la presentación de la tarjeta no dice sólo que la entidad emisora de la misma pagará, sino también que el que la presenta va, dado el caso, a (poder) hacerse cargo él mismo del pago frente a la entidad crediticia. Y, si el titular de la tarjeta sabe que no es así, entonces ya tenemos acción engañosa. Los demás requisitos típicos de la estafa también se darían (aproblemáticamente, según el autor), por lo que, frente a lo que pasaba cuando la mercancía o servicio no superaba la cantidad de dinero garantizada por la tarjeta, en este otro caso especial, si concurrirían los elementos del tipo de estafa.

**WESTERHOFF, Rudolf:** «Verkehrsrecht und Verfassung. Ein Beitrag zur Bindung des Richters an das Gesetz». (Derecho de la circulación y Constitución. Una contribución acerca de la vinculación del juez a la ley), páginas 457-462.

En un afán de llenar supuestas lagunas, la jurisprudencia alemana establece reglas de tráfico no contenidas en el Derecho escrito de la circulación. Suelen tratarse de axiomas que aconsejan actuar de un determinado modo en situaciones en que cualquiera de los comportamientos alternativos parecería jurídicamente correcto. Según el autor del artículo, el tema plantea una problemática distinta en Derecho penal que en Derecho civil. Si un participante en el tráfico es penado sólo según una de esas reglas jurisprudenciales, se plantea la cuestión del choque con el artículo 103 GG (Ley Fundamental, Constitución de la República Federal), que recoge el principio de legalidad penal. La condena civil a indemnizar el daño también sería problemática.

El artículo examina, de forma separada para el Derecho penal y el civil, hasta qué punto pueden los tribunales llenar esas lagunas; para el estudio y decisión de la cuestión, toma como base los puntos que pueden fundamentar una estricta vinculación del juez al texto de la ley, discutiendo la validez de cada uno de ellos en los dos ámbitos jurídicos a que nos hemos referido.

**BORK, Peter:** «*Klinische Versuche in der Psychiatrie*». (Experimentos clínicos en la psiquiatría), págs. 654-659.

El autor estudia la problemática jurídico-civil y penal que plantean estos experimentos, haciendo distinciones entre tipos de experimentos (curativos y científicos) y examinando los requisitos generales y específicos para la aceptabilidad de los mismos.

**SCHLOSSHAUER-SELBACH, Stefan:** «*Zurechnungszusammenhang und Selbstbestimmung bei ärztlicher Aufklärung*». (Relación de imputación y auto-determinación de los casos de información médica), págs. 660-663.

Aunque el autor del artículo no se ocupa directamente de los aspectos penales del problema que se plantea, sino más bien de la posibilidad de que solicite una indemnización civil el paciente al que el médico no informa de alguno de los riesgos de una intervención o tratamiento al que aquél va a someterse, me parece de interés reseñar aquí este trabajo, en especial porque en él se manejan temas importantes para el Derecho penal, como es el de la imputación (objetivo) y, en concreto, el criterio del fin de protección de la norma, como cosas distintas a la relación de causalidad, donde debe mantenerse como correcta la teoría de la equivalencia.

**MOLLENKOTT, Klaus:** «*Absolute Fahruntüchtigkeit von Radfahrern bei einer Blutalkoholkonzentration von 1,5‰*». (Incapacidad absoluta para conducir de los ciclistas con una concentración de alcohol en sangre del 1,5‰). págs. 666-667.

**SACK, Rolf:** «*Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktoren der guten Sitten*». (El sentimiento de decoro de todos los que piensan recta y justamente y la moral como factores de determinación de las buenas costumbres), págs. 761-769.

Sack trata de dilucidar desde qué perspectiva y con qué criterios ha de determinarse lo que son buenas costumbres. Este concepto no es ajeno al Derecho penal (§ 226 a StGB, por ejemplo, y, en nuestro Código penal, los artículos 431, 566, 5.º ó 567, 3.º).

**SOMMER, Ulrich:** «*Lücken im Strafrechtsschutz des § 240 StGB? Zum Verhältnis von Gewalt und Drohung bei der Nötigung*». (¿Lagunas en la protección penal del § 240 StGB? Acerca de la relación entre violencia y amenaza en las coacciones), págs. 769-773.

El § 240 StGB (coacciones) establece:

«1) El que antijurídicamente coacciona a otro, con violencia o amenaza de

un mal serio, a realizar, soportar u omitir algo, será castigado con pena privativa de libertad hasta tres años o con multa; en casos especialmente graves con pena privativa de libertad de seis meses hasta cinco años.

2) El hecho es antijurídico cuando deba considerarse reprobable el empleo de la violencia o la amenaza del mal para la consecución del fin pretendido.

3) La tentativa es punible».

Se plantea en la doctrina alemana el problema de que se producen lagunas de punibilidad, debido al espacio que queda entre la violencia (*Gewalt*) y la amenaza (*Drohung*). El autor de este trabajo, aceptando la existencia de esas lagunas, se pronuncia en contra de una interpretación muy amplia del término violencia para llenarlas. Por el contrario, la necesidad de concreción del tipo penal exigiría contemplar la violencia y la amenaza como dos modalidades distintas de agresión para la realización del § 240 StGB, y exigiría también una mayor determinación de esos conceptos. La necesaria absolución del autor en los casos de laguna no debe dar lugar a ampliaciones intolerables del tipo, sino ser aceptada como resultado del carácter fragmentario del Derecho penal.

**FRIEDECK, Harmut:** «Sozialprognose bei Totalverweigerern». (Prognosis social en el caso de objetores absolutos), págs. 782-783.

El autor se opone a la decisión del OLG de Koblenz de desestimar el recurso interpuesto contra una resolución de la Sala de ejecución de penas (*Strafvollstreckungskammer*), que negaba la suspensión condicional de la ejecución del resto de una pena de privación de libertad de nueve meses por eludir el servicio civil, impuesta según el § 53 I del ZivildienstG (Ley del servicio civil). El OLG de Koblenz argumentó que no se concedía la suspensión por no poder darse una prognosis favorable exigida por el StGB, ya que el sujeto, según declaración propia se negaba también en absoluto en el futuro a cumplir ese servicio sustitutorio.

v. **HARTLIEB, Horst:** «Gesetz zur Neuregelung des Jugendschutzes in der Öffentlichkeit». (Ley para la nueva regulación de la protección de los jóvenes en el medio público), págs. 830-835.

En el artículo se informa sobre esta nueva regulación y las cuestiones jurídicas, entre ellas las jurídico-penales, que suscita, sobre todo desde un punto de vista jurídico-constitucional. En la nueva ley (de 25 de febrero de 1985) se reforza la protección de los jóvenes, especialmente en los campos relativos a películas, videos y máquinas de juego.

**ISENSEE, Josef:** «Aussetzung des Steuerstrafverfahrens-rechtsstaatliche Ermessensdirektiven». (Suspensión del proceso penal fiscal-instrucciones para un enjuiciamiento conforme a los principios de un Estado de Derecho), págs. 1007-1010.

**OSTENDORF, Heribert:** «Im Streit: Die strafrechtliche Verfolgung der "Auschwitzlüge"». (En discusión: la persecución penal de la "mentira de Auschwitz"), págs. 1062-1065.

**GRUNDMANN, Stefan:** «Berücksichtigung ausländischer Rechtsvorstellungen im Strafrecht. Zur "Datumtheorie" im internationalen Strafrecht». (Toma en consideración de concepciones jurídicas foráneas en el Derecho penal. Acerca de la "teoría del dato" en el Derecho penal internacional), páginas 1251-1255.

El artículo intenta comprobar si la «teoría del dato», utilizada en Derecho internacional privado (tener en cuenta como «dato» a la hora de llenar cláusulas generales el carácter extranjero del sujeto y su Derecho nacional), puede ser trasladada al ámbito del Derecho penal internacional, en especial en el momento de la medición de la pena.

**HENTSCHEL, Peter:** «Die Entwicklung des Strassenverkehrsrechts im Jahre 1984». (El desarrollo del Derecho de la circulación en el año 1984), páginas 1313-1321.

En este trabajo se pasa revista a las novedades legislativas (cambios en leyes y disposiciones de rango inferior) y a la jurisprudencia del año 1984 en materia de Derecho de la circulación.

**LAUFS, Adolf:** «Die Entwicklung des Arztrechts 1984-85». (El desarrollo del Derecho médico en 1984-85), págs. 1361-1367.

En casi todos los temas seleccionados por el autor podemos encontrar aspectos penales que justifican la mención de este artículo en la presente reseña de los trabajos aparecidos en la NJW durante el primer semestre de 1985.

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA  
Encargado de Curso de Derecho penal  
Universidad de León

**ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE  
STRAFRECHTSWISSENSCHAFT**  
Tomo 96, 1984, Fascículo 2

El presente fascículo está dedicado a las contribuciones de autores alemanes al XIII Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en El Cairo del 1 al 7 de octubre de 1984. Los artículos se agrupan en torno a cuatro temas: la omisión, el Derecho penal económico, desvío y solución de conflictos, y estructu-

ras y métodos de la cooperación internacional y regional en el ámbito del Derecho penal. En general los trabajos coinciden en tener un carácter más expositivo que investigador, haciéndose referencia a los problemas más fundamentales que cada materia plantea. A continuación se desarrolla sucintamente el contenido de los artículos más relevantes que se incluyen en cada tema.

**SCHÜNEMANN, Bernd: «Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen» (Los delitos de omisión y la responsabilidad penal por omisiones).**

Schünemann comienza dando un repaso histórico a los delitos de omisión y llega a la conclusión de que los problemas que se plantean no se han resuelto, pero estima que en la actualidad se dan las condiciones necesarias para solucionarlos, dada la amplia discusión ya efectuada sobre el tema. Antes de entrar en la dogmática de la omisión impropia, el autor constata la tendencia del legislador alemán —sobre todo en el ámbito del Derecho penal especial— a crear nuevos tipos de omisión, lo que en su opinión se opondría al dogma liberal expresado por Feuerbach (los deberes del ciudadano deben estar dirigidos fundamentalmente a la omisión de acciones dañinas y sólo en base a una especial obligación se puede imponer un deber de actuar para conservar un bien jurídico) y a la función del Derecho penal de proteger únicamente bienes jurídicos (la tipificación de omisiones para preservar el orden público no protege en su opinión ningún bien jurídico). En la doctrina se plantean tres criterios de distinción entre omisiones propias e improprias: una primera perspectiva positivista entiende que las omisiones propias son las que están especialmente reguladas en la ley e improprias las que se castigan a partir de un tipo comisivo; según la opinión dominante basada en la teoría de las normas la omisión impropia se corresponde a los delitos comisivos de resultado, en tanto que la omisión propia es un correlativo de los delitos de mera actividad; por último, Schünemann adopta un criterio fundamentado en la lógica de las cosas: la omisión es impropia cuando puede ser equiparada penalmente a la realización del tipo mediante un hacer positivo y es propia cuando no se corresponde al cumplimiento de un tipo mediante un hacer positivo. Dentro ya de las omisiones improprias se destaca que el problema que representan respecto al principio de legalidad no ha sido, en Derecho penal alemán, completamente desterrado en cuanto que el § 13 StGB permite configurar omisiones impropias si la omisión equivale a la realización del tipo legal mediante un hacer, pero este precepto no indica *cuándo* se da tal equivalencia; con lo que en definitiva el legislador alemán no ha cumplido el mandato de certeza que se deriva del principio de legalidad. Por lo que respecta a la posición de garante, objeto de la máxima controversia en la doctrina alemana, se indica que en la actualidad se opera con una doble estrategia: por un lado se ha alcanzado la superación del concepto formal del deber de garante y se ha sustituido mediante la determinación de los contenidos materiales de las diversas posiciones de garante, estructurándose en torno a los deberes de tutela de determinados bienes jurídicos y a los deberes de control de ciertas fuentes de peligro; por otro lado, tanto la doctrina como la jurisprudencia procuran precisar y limitar las posiciones de garante para poner coto a la tendencia, moralizante y amplísima, que mantuvieron en este

punto los tribunales alemanes desde los años treinta a la década de los cincuenta de este siglo. Más interesante que referir las concretas posiciones de garante —a las que Schünemann dedica un apartado de su trabajo— es determinar la función de la llamada cláusula de equivalencia o de la correspondencia de una omisión impropia un hacer; en el artículo que se recensiona se analiza en primer lugar tal función en los delitos de resultado puros; la cuestión planteada en estos delitos es si además de una posición de garante, que equivaldría a la expresión legal de «tener que responder» (*einzuhesten haben*) del § 13 StGB, debe presentarse suplementariamente la cláusula de correspondencia: pues bien, frente a la regulación austriaca que sí exige tal cláusula suplementaria, la doctrina dominante alemana (en la que se encuentra el autor de este trabajo) entiende que el «tener que responder» y la cláusula de equivalencia son una misma cosa en los delitos de resultado puros. La cuestión es distinta cuando el legislador describe en las figuras delictivas no sólo un desvalor de resultado sino también un concreto desvalor de acción (delitos mixtos de actividad y resultado), como ocurre en la estafa en la que no basta el perjuicio patrimonial sino que es necesaria una acción fraudulenta; aquí no hay problema respecto a la posibilidad de la omisión —opina Schünemann—, pues el engaño puede realizarse tanto activamente como mediante omisión equivalente a la acción. Pero en los delitos de mera actividad (como el perjurio o la conducción de vehículos bajo la influencia de bebidas alcohólicas), tal conducta —piensa Schünemann frente al parecer de la jurisprudencia— nunca podrá sustituirse por la mera posición de garante: sólo comete perjurio quien jura en falso; en estos casos el garante únicamente responderá por complicidad mediante omisión. El comienzo de la tentativa no lo ve el autor de este trabajo ni en la omisión de la primera acción salvadora posible ni en la no realización de la última posibilidad de salvación, sino en el término medio de que la ausencia de la acción salvadora origine un peligro inmediato para el objeto de la acción o bien que aumente el peligro ya surgido de manera que una posterior espera suponga ya «disponerse inmediatamente» a la realización del tipo (§ 22 StGB); en cuanto a la tentativa imposible sólo la considera impune cuando la inidoneidad afecta al sujeto, pero punible cuando afecta a los medios o al objeto, en tanto que la doctrina dominante está a favor de la impunidad ante cualquier clase de inidoneidad. En el marco de la responsabilidad por omisión de las personas jurídicas, Schünemann no encuentra demasiados problemas en que el órgano de dirección de la empresa sea castigado por omisión impropia cuando posibilite culpablemente las infracciones de sus subordinados; más difícil le resulta el caso de la responsabilidad del subordinado en referencia a tipos especiales de omisión del Derecho penal especial que exigen una determinada cualificación de autoría en el titular o director de la empresa: puesto que el subordinado no cumple esa cualificación de autoría, la solución, en principio, consiste en acudir al § 14.2 StGB (actuación en virtud de autorización del titular de la empresa), pero Schünemann propone *de lege ferenda* que estos supuestos sean regulados por el legislador como un subcaso de la aceptación de una posición de garante.

**OTTO, Harro: «Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts (einschliesslich Verbraucherschutz). Dogmatischer Teil I» (Concepción y fundamentos del Derecho penal económico (con inclusión de la protección de los consumidores). Parte dogmática 1.º).**

Para acotar y definir el llamado Derecho penal económico, que es la primera labor que se aborda en este artículo, el autor rechaza las primitivas concepciones que miraban más al delincuente que al hecho, más a la criminalidad que a la dogmática penal, contraponiendo, por ejemplo, la criminalidad del trabajador de cuello blanco a la criminalidad del trabajador de cuello azul (Sutherland, 1939). Lo importante para Otto es determinar qué se hace y no quién lo hace, por lo que define los delitos económicos como aquellas conductas que lesionan la confianza en el vigente orden económico en general, o en alguna de sus instituciones en particular, y de esta manera ponen en peligro la existencia y la forma de trabajo de este orden económico. El elemento de la lesión de confianza no es una especialidad de estos delitos, sino que es algo común a toda delincuencia en cuanto que forma parte del concepto de bien jurídico. Por otro lado, el bien jurídico lesionado en la delincuencia económica es supraindividual y esto es lo que justifica y fundamenta que se pueda constituir como una categoría sistemáticamente independiente. Otto juega aquí con dos conceptos dogmáticos que deben delimitar el ámbito de protección penal: el merecimiento de pena, que presupone un juicio ético-social desaprobatorio de una conducta; y la necesidad de pena, que se presenta cuando no cabe otro remedio para evitar un comportamiento que su penalización.

A continuación se desarrollan en este artículo las consecuencias de tal definición del Derecho penal económico. Este no sólo abarca disposiciones como la Ley penal económica o la Ley de economía exterior, que hacen referencia al orden económico estatal, sino también aquellos tipos del Código penal, como la estafa o la infidelidad en el manejo de bienes ajenos (*Untreue*), que si bien sirven en primera línea a la protección de bienes individuales, pueden tener un significado en la lucha contra la criminalidad económica, especialmente cuando estos delitos se cometen contra una masa de individuos. Incluso existen simples contravenciones (*Ordnungswidrigkeiten*) que afectan a bienes económicos supraindividuales. En el Código penal alemán no existía anteriormente más que un solo tipo clasificable en el Derecho penal económico: la llamada estafa de seguros; con la entrada en vigor de la Primera Ley para la lucha contra la criminalidad económica de 1 de septiembre de 1976 se incorporaron al Código nuevas figuras delictivas como la estafa de subvención y la estafa de crédito; asimismo se modificaron los delitos de insolvencia punible y de usura. El Gobierno alemán ha presentado un Proyecto de Segunda Ley para la lucha contra la criminalidad económica en el que se pretenden incluir nuevos preceptos en el Código penal: la estafa de inversión de capitales, la estafa mediante ordenadores, la falsificación de datos almacenados en memoria y el abuso de confianza en la remuneración del trabajo (*Veruntreue von Arbeitsentgelt*); el Proyecto pretende además situar importantes ámbitos del Derecho penal económico en leyes penales especiales para relacionarlos más inmediatamente a las normas civiles o de Derecho público a las que se encuentran vinculados.

Otto estructura la delincuencia económica en cuatro apartados: existen normas penales para la protección de la economía pública; para la protección de la economía de empresas; para la protección de la economía financiera del Estado; y por último, para la protección de la comunidad y del consumidor.

La segunda parte de este artículo está dedicada a los principios fundamentales de la legislación penal económica. Entre ellos, se da especial relevancia a los conceptos de merecimiento de pena y de necesidad de pena. A la pregunta de cuándo una conducta económica se hace merecedora de pena, el autor parte de que la Constitución, y en especial el catálogo de derechos fundamentales, no determina directamente si el orden económico es digno de protección penal. La Ley Fundamental alemana únicamente prohíbe tanto una economía de planificación total como una economía de mercado con absoluta libertad de las partes. Constitucionalmente se garantiza una economía mixta social-liberal. Ahora bien, esta economía social de mercado permite todavía un amplio margen de movimiento de los sujetos económicos, por lo que no toda infracción de la legislación económica se puede hacer merecedora de una sanción penal. Se necesita todavía otro dato suplementario para penar estas conductas; este dato lo ve Otto en la lesión o en la puesta en peligro de un patrimonio ajeno. Con ello entra en la discusión acerca del concepto de patrimonio: mientras que la doctrina dominante alemana se inclina por una concepción económica del patrimonio, Otto reitera aquí de nuevo —ya lo hizo en su *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Berlín, 1970, pp. 34 ss.— su fórmula de un «concepto personal de patrimonio»; según ésta, la lesión patrimonial no se determina objetivamente por la disminución económica sufrida, sino conforme a los fines perseguidos por la víctima, que se ven frustrados en distinto grado según los actos de disposición a los que se dedique (por ejemplo: no es lo mismo estafar a un consumidor que a un comerciante). Pasando ya al principio de la necesidad de pena, se enuncian aquí dos máximas: que una apresurada penalización de conductas económicas irregulares puede tener efectos perjudiciales, en cuanto que provoquen mayores estímulos para su realización ilegal por las superiores ganancias que se puedan obtener; y que una sanción punitiva produce una cierta rigidez del sistema económico, por lo que siempre serán preferibles otras consecuencias jurídicas —civiles o de Derecho público— en orden a la canalización del tráfico económico. En definitiva, pues, se trata de que prevalezcan las medidas preventivas sobre las represivas.

A continuación el artículo se adentra en la técnica legislativa a usar en materia de Derecho penal económico. Puesto que el bien jurídico es supraindividual y puesto que el objeto material es de carácter espiritual, la configuración de los tipos adoptará normalmente la forma de los delitos de peligro abstracto. El riesgo que representan estos tipos es el de una ampliación excesiva del ámbito de protección penal; para evitar este riesgo Otto propone varias posibilidades: crear delitos de peligro abstracto-concreto, es decir, vincular la punibilidad de la conducta peligrosa en abstracto a la presencia de determinados acontecimientos peligrosos en concreto; introducir tipos con condiciones objetivas de punibilidad; o bien, por último, permitir que la evitación del perjuicio patrimonial, una vez consumado el delito, produzca los efectos de eximir de responsabilidad penal. En cuanto a la posibilidad de que se tipifiquen conductas cometidas por imprudencia temeraria, el autor de este trabajo la considera imprescindible para que la lucha contra la criminalidad económica sea eficaz.

El principio de determinación de los tipos tiene una especial relevancia en el Derecho penal económico; en el ámbito de las leyes penales en blanco, Otto estima que las llamadas remisiones internas y las remisiones externas dinámicas son conformes al principio de certeza, pero rechaza tajantemente las remisiones externas dinámicas: las cláusulas generales y la penalización de los fraudes de ley se consideran también recursos disponibles por el legislador, pero siempre que no se abuse de las primeras ni se deje absolutamente indeterminado el alcance de las segundas. El artículo concluye destacando la necesidad de que se armonicen en el ámbito internacional las legislaciones estatales sobre criminalidad económica, y especialmente en el ámbito de la Comunidad Económica Europea.

**BLAU, Günter/FRANKE, Einhard:** «*Diversión und Schlichtung*» (Desvío y solución de conflictos).

El tercer tema del Decimotercer Congreso Internacional de Derecho Penal hace referencia al desvío y solución de conflictos en el proceso penal. El «desvío» en este contexto es definido por los autores de este trabajo como «cualquier posibilidad de eludir el procedimiento penal normal antes de la declaración judicial de culpabilidad, que conduce a la participación del sospechoso en un programa que no tiene carácter juridicenal». La técnica del desvío procesal está siendo utilizada cada vez con mayor intensidad en los Estados Unidos, sobre todo en el Derecho penal juvenil, con el objeto de evitar la sobrecarga de los órganos jurisdiccionales. Los autores analizan los casos de desvío en la República Federal de Alemania; en este país la posibilidad de eludir el proceso penal se centra en la criminalidad juvenil, en la criminalidad «de bagatela» de adultos y en los consumidores de droga. La característica fundamental de la técnica del desvío en Alemania es la de estar prefijada legalmente: el principio de legalidad impone que el soslayo del procedimiento penal esté previamente determinado en la norma jurídica; en los Estados Unidos, por el contrario, el sistema es mucho más informal y se desarrolla dentro de las comunidades locales. Pese a estas sustanciales diferencias, en el presente artículo se aboga por un sistema de desvío en Alemania, puesto que evita el etiquetamiento de los autores primarios como delincuentes y conlleva importantes ventajas de economía procesal.

**CORVES, Erich/BARTSCH, Hans-Jürgen:** «*Strukturen und Methoden internationaler und regionaler Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Strafrechts*» (Estructuras y métodos de la cooperación internacional y regional en el ámbito del Derecho penal).

Ante la entrada de España en la Comunidad Económica Europea el cuarto y último tema del Congreso tiene especial interés: se trata de la cooperación internacional en materia penal. El presente artículo está centrado en el estado de la cuestión en Alemania, pero pienso que también se pueden extraer de él importantes consecuencias para España. A continuación ofrezco un extracto del mismo:

Tres razones determinan la importancia de la cooperación internacional para la República Federal de Alemania. Su situación geográfica, en el centro de Euro-

pa, y las intensas relaciones comerciales abocan a que los problemas penales desborden las fronteras alemanas; en segundo lugar, resulta cada vez más frecuente que los convenios internacionales impongan a los Estados que los suscriben la obligación de sancionar penalmente determinadas conductas; por último, según la moderna política criminal se considera más adecuado para la resocialización que los delincuentes extranjeros cumplan la condena en el país de su nacionalidad y no en aquél en que cometieron el hecho. Tras resaltar la importancia del tema para su país, los autores de este artículo abordan la estructura de la colaboración penal entre Estados. Esta se caracteriza por ser más intensa en las organizaciones internacionales de ámbito regional que en las de ámbito mundial: las relaciones entre los miembros del Consejo de Europa o de las Comunidades Europeas son más frecuentes y sencillas que las relaciones en materia penal en el marco de la Organización de las Naciones Unidas. El fundamento de esta mayor regionalización de la cooperación penal reside no en meras razones de cercanía geográfica, sino en las similitudes que presentan los ordenamientos jurídicos de los países de Europa occidental, especialmente en la idea de Estado de Derecho y en el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales. De esta manera ha sido posible llegar a acuerdos en el seno del Consejo de Europa que en el ámbito mundial serían impensables; así, por ejemplo, convenios sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias penales extranjeras, convenios sobre la vigilancia de personas sentenciadas condicionalmente y puestas en libertad condicional, y convenios sobre la transferencia de la acción penal y el traslado internacional de personas sentenciadas para el cumplimiento de pena. Este fenómeno de la regionalización de la cooperación internacional está provocando un curioso proceso, consistente en que algunos tratados adoptados en el ámbito del Consejo de Europa han ampliado su radio de acción a otros países no europeos, como Canadá y los Estados Unidos. Ya dentro de la colaboración penal entre los países europeos destaca la nota estructural de que en ocasiones se superponen las regulaciones del Consejo de Europa con las de las Comunidades Europeas. Por otro lado, los intentos de crear un «espacio judicial europeo» se van realizando muy paulatinamente: el Acuerdo de Dublín sobre la aplicación del Convenio para la lucha contra el terrorismo se firmó el 4 de diciembre de 1979 por los miembros de la CEE, pero todavía no ha entrado en vigor por faltar la ratificación de un Estado; tampoco ha tenido éxito el proyecto de Convenio sobre cooperación penal, que ha fracasado fundamentalmente por la dificultad de armonizar el sistema judicial continental con el sistema del «common law».

Entre los métodos de la cooperación internacional se encuentran en primer lugar convenios bilaterales; estos tratados entre dos Estados resultan especialmente indicados cuando se pretenden regular problemas determinados que no surgen de la misma manera o bien no con la misma intensidad respecto a otros Estados; característica especial de los convenios bilaterales es que posibilitan concesiones más amplias si existen relaciones de confianza entre los dos países. Los convenios multilaterales, como segunda forma de cooperación, se celebran cada vez con más frecuencia, habiendo firmado Alemania diferentes acuerdos sobre la persecución de determinados delitos, sobre la recepción de competencias en materia de acción penal y de cumplimiento de la pena, etc.; destaca especialmente el Convenio europeo sobre auxilio judicial en materia penal de 20 de abril de 1959. No obstante, la práctica de la celebración de convenios bilaterales o

multilaterales resulta dificultada por la normativa constitucional alemana, en cuanto que el artículo 59 de la Ley Fundamental exige que los acuerdos sobre materias reservadas a la ley sean ratificados también mediante una ley federal. Más allá de los convenios se encuentran las recomendaciones, decisiones o líneas de orientación, que cumplen un papel decisivo en la vida internacional, pues aunque no tienen carácter vinculante, marcan la pauta para la legislación o para la práctica de la administración de justicia o de la ejecución de penas (por ejemplo, el «Standard minimum rules for the treatment of prisoners»). En el último escalón de los métodos de cooperación se encuentran las consultas intergubernamentales, los encuentros y el intercambio de experiencias: las consultas entre Estados pueden ir desde las formales Conferencias de Ministros de Justicia en el seno del Consejo de Europa o de la CEE, hasta las efectuadas por escrito o telefónicamente, y sirven para obtener información recíproca o para resolver un problema concreto; los encuentros científicos celebrados por la ONU o por las sociedades penales internacionales cumplen la función de poner al día a los Estados en materias legislativas o prácticas relativas a Derecho penal, procesal o penitenciario; los programas de visitas o intercambio de funcionarios de prisiones a otros países permiten, en fin, conocer la normativa y la práctica de otros Estados.

Una vez estudiadas las cuestiones estructurales y metodológicas de la cooperación internacional, el presente trabajo se ocupa de los objetos sobre los que recae la colaboración. El más fundamental y de mayor frecuencia lo constituye el llamado «pequeño auxilio judicial»: en la República Federal de Alemania tienen lugar anualmente unas 20.000 solicitudes de auxilio judicial en sentido estricto y de notificación y se calculan en más de 80.000 las peticiones y entregas a otros Estados de información sobre antecedentes penales. Para regular este amplio tráfico internacional se cuenta con el Convenio europeo de auxilio judicial, que Alemania ha completado con diversos protocolos internacionales en relación a algunos países, pero además la reciente Ley alemana sobre el auxilio judicial internacional en materia penal de 23 de diciembre de 1982 completa el abanico normativo de este objeto de cooperación. Otras materias de la colaboración internacional en el marco europeo son aquellas que vienen reguladas por convenios relativos a la extradición o a la lucha contra el terrorismo, que Alemania ya ha ratificado; pero los tratados que todavía no han sido objeto de ratificación por este país son el Convenio sobre la transferencia de la acción penal y el Convenio sobre el traslado de personas sentenciadas. Este último tiene especial relevancia en cuanto que presenta dos tendencias innovadoras: de un lado su apertura a países no europeos (Canadá y Estados Unidos), de otro lado condiciona el traslado de la persona sentenciada a su consentimiento, de manera que prevalecen los criterios de resocialización del condenado por encima de la soberanía de los Estados. Como último objeto de la cooperación internacional se aborda en este artículo la creación de un Derecho penal material unitario, proyecto que en opinión de los autores todavía sigue siendo una utopía inviable: porque los Estados no se ponen de acuerdo sobre qué conductas deben ser objeto de sanción penal y porque no existe una instancia internacional capaz de imponer tales normas unitarias.

El artículo concluye con los conflictos que se pueden presentar en el marco internacional por la colisión de normas y con los diversos sistemas de arreglo de diferencias entre Estados.

En la sección extranjera del fascículo se incluyen varias aportaciones sobre el mismo tema de la cooperación internacional, haciendo dos de ellas referencia a esta materia respecto a Austria y Suiza. Asimismo se recoge información sobre las discusiones habidas en la reunión de trabajo de la Comisión especial de Derecho penal comparado.

ANTONIO CUERDA RIEZU

## ITALIA

### L'INDICE PENALE

Año XIX. Núm. 1. Enero-abril 1985

**NUVOLONE, Pietro:** «Il tossicodipendente nel quadro del diritto penale» (El tóxico-dependiente en el ámbito del Derecho penal).

El autor, tras señalar que el concepto de tóxico-dependencia no es un concepto penal sino médico, analiza la relación existente entre tóxico-dependencia e imputabilidad penal. En este sentido Nuvolone indica que el Código penal equipara las acciones cometidas bajo el influjo de sustancias estupefacientes, a las cometidas en estado de embriaguez, excluyéndose la imputabilidad únicamente en los supuestos en los que el resultado se produce por fuerza mayor o caso fortuito y en aquellos otros en los que la acción es obra de una persona que sufre una intoxicación crónica como consecuencia de la ingestión de estupefacientes. En los demás supuestos —no constancia de un estado crónico de intoxicación, etc.— hay que afirmar la plena imputabilidad, lo que a juicio del autor en nada ayuda a resolver el problema de la drogadicción.

También se analizan en este breve artículo los efectos de la Ley de 22 de diciembre de 1975 (Ley sobre la disciplina de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Prevención, cura y rehabilitación de los estados de tóxico-dependencia) que el autor considera poco eficaces en el ámbito de los comportamientos más graves relativos al tráfico de estupefacientes, abogándose por una reforma profunda al no haber sabido responder la legislación actual, mínimamente, a las exigencias que requiere la tóxico-dependencia desde una perspectiva penal.

**PAGLIARO, Antonio:** «Problemi generali del diritto penale dell'impresa» (Problemas generales del Derecho penal de la empresa).

En este artículo, que constituye una relación general del seminario celebrado en Siracusa sobre «el Derecho Penal de la empresa», los días 7-9 de diciembre de 1984, Pagliaro hace un breve repaso de los problemas que en la actualidad preocupan a la doctrina en el ámbito del Derecho penal de la empresa. Se comienza señalando que este sector del Derecho penal tiene por objeto la criminalidad eco-

nómica que se inserta en una actividad fundamentalmente lícita, organizada con miras a la producción y cambio de bienes y servicios. En este sentido, el autor considera que los intereses afectados múltiples el bien jurídico protegido es la economía pública. Se estudian los sujetos responsables y se analiza la posibilidad de considerar penalmente responsables a las personas jurídicas. El articulista hace un breve análisis de los problemas que plantean los delitos especiales en el ámbito del Derecho penal de la empresa y analiza las posibles vías para una reforma de esta rama del ordenamiento jurídico-penal.

**DEL RE, Michele C.: «Per un riesame della responsabilità colposa» (Por una revisión de la responsabilidad por culpa).**

Se parte de la base, en este trabajo, que el tratamiento fragmentario que durante mucho tiempo se ha dispensado a la responsabilidad por culpa, se debe fundamentalmente a la prevalencia que ostentaron los comportamientos dolosos, prevalencia que en la actualidad va dejando paso a un estudio más profundo de los comportamientos culposos. Para Del Re los delitos imprudentes no sólo interesan desde un punto de vista político criminal, sino también en base al principio constitucional de que toda responsabilidad por un hecho debe ser «personal». En este sentido, el autor no sólo analiza la estructura de los delitos imprudentes y la delimitación entre los supuestos de dolo eventual y culpa con representación, sino que, además, se plantea la problemática que representa el castigo de los supuestos de culpa inconsciente, postulado con el que el autor no se muestra del todo conforme. Desde este punto de vista, el articulista señala que la imputación de un resultado imprudente a quien ni tan siquiera se lo había representado supone una cierta responsabilidad objetiva que hoy debe de ser desterrada. Como alternativa a la punición de los supuestos de responsabilidad por culpa inconsciente, Del Re ofrece varias soluciones. En primer término, la sustitución de los delitos imprudentes por delitos de peligro abstracto en la línea propuesta por Radbruch. En segundo lugar, y en el supuesto que no se optase por la primera vía, introducir un *crimen culpae* en lugar de los *crimina culpae*. Por último existiría la posibilidad de crear un precepto como el establecido en los 152 y 153 del StPO conforme al cual se prevé la posibilidad de renunciar a la persecución penal en los supuestos de culpa en la medida que la restitución, reparación y compensación pecuniaria eliminan el daño que produce el hecho culposo en los delitos de bagatela, al no ser en éstos el ejercicio de la acción penal obligatoria.

CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ

**RIVISTA ITALIANA DE DIRITTO E PROCEDURA PENALE**  
Año XXVII. Fascículo 4. Octubre-Diciembre 1984

**BARBERO SANTOS, Marino: «La riforma penale della Monarchia costituzionale spagnola». (La reforma penal de la Monarquía constitucional española); págs. 1215 y ss.**

El autor en este artículo, destinado al libro-homenaje del profesor Hans-Heinrich Jescheck, analiza las reformas operadas en el ámbito del Derecho punitivo

desde 1975 hasta la actualidad. Partiendo de la promulgación del indulto general del 25 de noviembre de 1975 el profesor Barbero Santos recoge los Reales Decretos leyes que paulatinamente fueron modificando la legislación represiva del régimen anterior. Así, se pone de manifiesto cómo el Real Decreto Ley de 4 de enero de 1977 suprimió el Tribunal de Orden público, o como el también Real Decreto-Ley de 23 de diciembre de 1976 dejaba exentos del servicio militar a los jóvenes que alegasen objeción de conciencia de carácter religioso. Dichas modificaciones, entre otras no menos importantes, permitieron al autor y a otros miembros del Consejo de Dirección de la Asociación Internacional de Derecho Penal, aprovechando lo propicio de la ocasión, llevar a cabo un Coloquio Regional que sentase las bases para llevar a cabo una reforma penal en profundidad, señalándose como postulados básicos de la misma que el nuevo Derecho penal debería partir de los principios del hecho, de la culpabilidad, de legalidad y que las penas privativas de libertad no deberían sobrepasar en duración los 12 ó 15 años. Asimismo, el autor nos ilustra sobre la importante reforma llevada a cabo en 1978 por la que se suprimen los delitos de adulterio y amancebamiento, así como del Proyecto de Código Penal de 1980 y de la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983. A su vez resalta la importancia de la reforma operada por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983 y recoge los preceptos que al derecho punitivo dedica nuestra Constitución, resaltando finalmente que no obstante el proceso de reforma que tiene lugar en nuestro país no deja de llamar la atención la existencia de leyes que conculcan, a juicio del articulista, los presupuestos sobre los que se debe asentar un Derecho penal acorde con los principios que rigen el Estado Social y Democrático de Derecho, como es la ley antiterrorista de 15 de diciembre de 1984, que infringe numerosos preceptos constitucionales.

**CARBONI, G.: «Diritto ed etica». (Derecho y ética), págs. 1240 y ss.**

El articulista parte de la base que la relación entre derecho y ética constituye uno de los puntos cruciales de la teoría general del derecho, dado que afecta al ámbito de las fuentes del derecho, y entiende que entre el Derecho y la ética existe una relación de tal naturaleza que la ética se encuentra en grado de considerar la norma jurídica como justa o injusta, esto es, incompatible con un concepto de justicia al que el derecho, en opinión del autor, debe conformarse. En este sentido Carboni, en este breve trabajo, nos señala cómo la Constitución Republicana orientada éticamente podría operar como filtro para que el sistema jurídico excluyese del ordenamiento, especialmente del penal, toda la normativa legislativa de carácter ordinario que se mostrase en contradicción con los principios éticos, reconocidos por la Constitución. Asimismo señala el autor cómo el filtro constitucional podría operar para que los titulares de derechos éticamente relevantes en la medida en que reaccionen ejercitando el correlativo derecho constitucionalmente reconocido, no podrían ser obligados a consentir que una violación de sus derechos pueda llevarse a cabo por medio de una cominación penal contenida en una norma, que si bien a simple vista puede resultar neutral, puede convertirse en norma injusta si conculca un derecho o valor éticamente relevante.

**ANTONINI, E.: «La funzione delle condizioni obiettive di punibilità. Applicazioni in tema di rapporti fra incesto e violenza carnale presunta. (La función de las condiciones objetivas de punibilidad. Su aplicación en el ámbito de la relación entre incesto y violación presunta), págs. 1278 y ss.**

En este artículo la autora, más que realizar un estudio sobre la función de las condiciones objetivas de punibilidad en el ámbito de la teoría jurídica del delito, analiza la relación existente entre el delito de incesto previsto y penado en el artículo 564 del Código penal y el delito de violación presunta del artículo 519, números 1.º y 2.º. La referencia a las condiciones objetivas de punibilidad, a las que presta mínima atención, deriva de que el artículo 564 exige para imponer la pena que se produzca escándalo público como consecuencia del incesto, y esto condiciona la relación existente con el delito de violación presunta, en el que dicho requisito no es exigido. Por lo demás, se analizan las soluciones dadas por la doctrina y jurisprudencia, que oscilan desde un concurso de leyes regido por el principio de especialidad a un concurso de delitos, no pronunciándose la articulista de modo claro por ninguna de las soluciones.

\* \* \*

En este número también se incluyen dos artículos de marcado carácter procesal. El primero de ellos es de Comoglio, y lleva por título «La c. d. pregiudiziale facoltativa nel processo penale tributario: un problema vecchio in un contesto nuovo» (La así denominada cuestión prejudicial facultativa en el procedimiento penal tributario: un viejo problema en un nuevo contexto); el segundo es de Giambruno y su título «Il riesame dei provvedimenti restrittivi di libertà nei procedimenti minorili e militari» (La revisión de las medidas privativas de libertad en los procedimientos contra menores y militares).

CARLOS SUÁREZ GONZÁLEZ

# INDICE GENERAL DEL TOMO XXXVIII

## AÑO 1985

Páginas

### TOMO XXXVIII - FASCICULO III - SEPTIEMBRE-DICIEMBRE

#### SECCION DOCTRINAL

<i>Problemas del intrusismo en el Derecho Penal</i> , por Diego-Manuel Luzón Peña	669
<i>El tratamiento del error en la reforma de 1983: art. 6 bis a</i> , por Juan Bustos Ramírez	703
<i>Desarrollo jurisprudencial del Derecho constitucional a la presunción de inocencia</i> , por Esteban Mestre Delgado	721
<i>La aplicación pública de caudales a diferente destino, como delito de malversación</i> , por Ramón Blecua	747
<i>La prisión abierta</i> , por Carlos Mir Puig	767

#### CRONICAS EXTRANJERAS

<i>¿«Atribución objetiva» en el delito doloso?</i> , por Armin Kaufmann	807
---	-----

#### SECCION LEGISLATIVA

Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España	828
Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas	844
Ley Orgánica de 21 de marzo, de Extradición Pasiva	866
Ley 13/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español	878
Ley 6/1985, de 27 de marzo, sobre modificación del artículo 849, 2º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal	911
Instrumento de Ratificación del Convenio sobre Traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983	912
Instrumento de Ratificación del Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición (número 86), hecho en Estrasburgo el 15 de octubre de 1975	924
Instrumento de Ratificación del Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición (número 98), hecho en Estrasburgo el 17 de marzo de 1978	928
Instrumento de Ratificación de 20 de diciembre de 1984 del Protocolo número 6 al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983	935
Instrumento de adhesión de 17 de enero de 1985, de España al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966	938

**CIRCULARES Y CONSULTAS**

Circulares, consultas e instrucciones de la Fiscalía General del Estado.	945
--	-----

**SECCION DE JURISPRUDENCIA**

En el límite entre dolo e imprudencia, por Mirentxu Corcoy Bidasolo.	961
Jurisprudencia Constitucional, por Antonio González-Cuéllar García ...	977
Jurisprudencia Penal, por Luis Felipe Ruiz Antón ... ... ... ...	997

**SECCION DE BIBLIOGRAFIA**

Revista de libros ... ... ... ...	1017
Revista de revistas ... ... ... ...	1031

# ÍNDICE

	Páginas
<b>SECCION DOCTRINAL</b>	
<i>Problemas del intrusismo en el Derecho Penal</i> , por Diego-Manuel Luzón Peña	669
<i>El tratamiento del error en la reforma de 1983: art. 6 bis a</i> , por Juan Bustos Ramírez	703
<i>Desarrollo jurisprudencial del Derecho constitucional a la presunción de inocencia</i> , por Esteban Mestre Delgado	721
<i>La aplicación pública de caudales a diferente destino, como delito de malversación</i> , por Ramón Blecua	747
<i>La prisión abierta</i> , por Carlos Mir Puig	767
<b>CRONICAS EXTRANJERAS</b>	
<i>¿«Atribución objetiva» en el delito doloso?</i> , por Armin Kaufmann	807
<b>SECCION LEGISLATIVA</b>	
Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España	828
Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas	844
Ley Orgánica de 21 de marzo, de Extradición Pasiva	866
Ley 13/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español	878
Ley 6/1985, de 27 de marzo, sobre modificación del artículo 849, 2º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal	911
Instrumento de Ratificación del Convenio sobre Traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983	912
Instrumento de Ratificación del Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición (número 86), hecho en Estrasburgo el 15 de octubre de 1975	924
Instrumento de Ratificación del Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición (número 98), hecho en Estrasburgo el 17 de marzo de 1978	928
Instrumento de Ratificación de 20 de diciembre de 1984 del Protocolo número 6 al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983	935
Instrumento de adhesión de 17 de enero de 1985, de España al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966	938
<b>CIRCULARES Y CONSULTAS</b>	
Circulares, consultas e instrucciones de la Fiscalía General del Estado.	945
<b>SECCION DE JURISPRUDENCIA</b>	
En el límite entre dolo e imprudencia, por Miren Txu Corcoy Bidasolo.	961
Jurisprudencia Constitucional, por Antonio González-Cuéllar García	977
Jurisprudencia Penal, por Luis Felipe Ruiz Antón	997
<b>SECCION DE BIBLIOGRAFIA</b>	
Revista de libros	1017
Revista de revistas	1031

### **PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS**

1. Antonio HERNÁNDEZ GIL, *El testamento militar*, 1946, 241 págs. (tela, 400 ptas.).
2. Antonio HUERTA FERRER, *La relación de causalidad en la teoría del delito*, 1948, 377 págs. (tela, 500 ptas.).
3. José MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *La condición jurídica del «nasciturus» en el Derecho español*, 1946, 270 págs. (tela, 400 pesetas).
4. José M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, 1946, 251 págs. (tela, 400 ptas.).
5. Juan DEL ROSAL, *Estudios penales*, 1948, 348 págs. (tela, 500 pesetas).

### **AVISO IMPORTANTE**

Hay existencias limitadas de números sueltos de años anteriores, con excepción de los fascículos I y II del año 1948, fascículos I y III del año 1953, fascículos I, II y III del año 1954, fascículos I, II y III del año 1955, fascículos I y II del año 1956, fascículo II del año 1958, fascículo I del año 1957, fascículo III del año 1961, fascículos I y II del año 1964, fascículo III del año 1965 y fascículo II del año 1966.

Formulen sus pedidos a través de su librería habitual o directamente al Servicio de Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, núms. 6 y 8, teléfono 429 25 51, Madrid-28014.

### **NUEVO TELEFONO DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS**

**TEL. 429 25 51**

**Suscripción anual: España, 3.700 pesetas  
Extranjero, 4.100 pesetas**

**Número suelto: España, 1.500 pesetas  
Extranjero, 1.900 pesetas**