

**ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES**

TOMO XXXIX
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMLXXXVI

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 IPIÑA

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.^a 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.^a 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.^a 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.^a 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

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 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

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

Periodicidad: CUATRIMESTRAL.

Precio de suscripción: España, 4.300 ptas. Extranjero, 4.900 ptas.

Precio del fascículo suelto: España, 1.700 ptas. Extranjero, 2.200 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Ultimo fascículo aparecido: Septiembre-Diciembre 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. 8, teléfono 429 93 12. 28014-Madrid.

La relativa a Dirección y Colaboraciones, al Secretario del ANUARIO, Duque de Medinaceli, núm. 8. 28014-Madrid.

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXXIX
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMLXXXVI

**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

In memoriam

JOSE ANTONIO SAINZ CANTERO (†)

El pasado día 22 de diciembre fallecía en Granada José Antonio Sáinz Cantero, Catedrático de Derecho Penal en aquella Universidad, en la que estudió y sirvió con ejemplar dedicación desde todos los grados de la docencia y como Vicerrector en los últimos años. Su muerte, inesperada, ya que nada hacía preverla, ha sorprendido a todos los que durante largos años gozamos de su entrañable amistad. Cuando el día de Nochebuena en todas las casas se preparaban los festejos tradicionales, deposité unas flores, en compañía de sus familiares más cercanos, en su tumba en el romántico cementerio granadino. La emoción y el recuerdo se agolparon en mi pensamiento. Su fuerte personalidad, científica y humana, su trato, su ejemplo de vida universitaria y las innumerables anécdotas compartidas durante los muchos años de la amistad que nos unió entrañablemente, acudieron a mi memoria.

José António Sáinz Cantero vivió y murió en su Universidad granadina, con la que comparte el luto toda la Universidad española y, especialmente, las Universidades de Santiago, donde desempeñó su primera Cátedra durante cinco años, y la de Murcia, en la que enseñó hasta su vuelta a Granada, su Universidad de origen. Estas Universidades recuerdan y agradecen los años de magisterio en ellas impartido por Sáinz Cantero. Especialmente lo estamos quienes ahora dirigimos los respectivos Departamentos de Derecho Penal, Gerardo Landrove y yo, que recibimos durante años en la vieja Facultad de Derecho de la Universidad Compostelana enseñanza y amistad. Desde entonces —veinte años transcurridos— las pruebas de afecto entre nosotros jamás se aflojaron, antes al contrario, las permanentes relaciones profesionales y humanas tensaron la distancia.

Pero no sólo hemos perdido al amigo y compañero. Su prematura muerte truncó asimismo la vida de un hombre que ha honrado su profesión; una vida plena y rica de contenido en el diario quehacer docente de sus amenas y brillantes clases, y en el contacto con sus alumnos en seminarios, cursos monográficos de doctorado y cursillos de especialización, en una relación directa y personal con discípulos y colaboradores, que tanto contribuye a la formación de éstos, durante largas horas de permanencia en el seminario universitario.

La otra vertiente de su vida profesional, la investigación, corre a la par, y aún supera, su actividad docente. El original pensamiento

de Sáinz Cantero, lúcido y profundo, se manifiesta con rigor científico en variados trabajos sobre cuestiones siempre de máxima actualidad. Se pueden recordar al respecto «El contenido sustancial del delito de injurias», «Derecho Penal y Criminología», «La circunstancia de premeditación conocida», «La influencia de las ideas políticas en las penales» y «El delito de omisión del deber de socorro».

No pueden olvidarse importantes estudios de evolución histórica como «El informe de la Universidad de Granada sobre el Proyecto que dio lugar al Código penal de 1822» y su libro sobre «La Ciencia del Derecho Penal y su evolución», así como el interesantísimo estudio sobre las «Ideas criminológicas en los "Estudios Penitenciarios" de Concepción Arenal», «El correccionalismo», «Cesare Beccaria», «La Escuela Positiva» y «Raffaele Garofalo». Y más recientemente, «El Proyecto de Código Penal a la luz del movimiento mundial de reforma de las leyes penales».

Su atención a la sociedad cambiante con su repercusión en las leyes penales, en esa inicial y primera labor de desbroce sin previos comentarios de la doctrina científica y jurisprudencial, donde se pone a prueba la preparación y sensibilidad del auténtico jurista, se puede apreciar con la sola enumeración de su estudio sobre «Nueva delincuencia y reforma penal». Este seguir el pulso de la sociedad día a día con aguda crítica de las nuevas normas que la rigen o de las que se anuncian también se puede observar en «Los delitos laborales cinco años después», «Sondeo a la opinión estudiantil de Granada sobre la incriminación del aborto y su regulación actual», «La reforma del Derecho Penal sexual», «Política criminal moderna y reforma del ordenamiento penal español», «La condición jurídica de la mujer ante el Código Penal» y «Normas penales y psiquiatría», y se aprecia acaso mejor aún en sus recientes y agudas críticas sobre «La reforma penal de 1983», «Reflexión de urgencia sobre la Reforma parcial y urgente del Código Penal» y «Realidad social y Política Criminal en la España de la Transición».

Pero quizás de todas las facetas que se plasman en su infatigable labor investigadora es la humanidad de Sáinz Cantero y su respeto por sus semejantes, la que se acusa en los trabajos dedicados a la pena y a su ejecución. Además del antes citado, sobre las ideas criminológicas de Concepción Arenal, hemos de recordar «El arresto de fin de semana y el tratamiento del delinquiente», «La sustitución de la pena de privación de libertad», «El Proyecto de Código Penal a la luz del movimiento mundial de reforma de las leyes penales», «El futuro de la pena de prisión: la vía de sustitución» y «Las alternativas a la pena de prisión contenidas en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal en el panorama del Derecho Penitenciario». Este humanitarismo también se aprecia en variados estudios, cursos impartidos y dirección de trabajos sobre la delincuencia juvenil, especialmente en «Trabajo de jóvenes y menores y delincuencia» y «El Tribunal de Menores».

Su pensamiento científico, magistralmente expuesto en los artículos y monografías citadas, es ya un legado que se manifiesta en su libro «Lecciones de Derecho Penal. Parte General» en tres volúmenes, el segundo de ellos, aparecido, en su segunda edición, días después del fallecimiento de su autor.

Además de esta ingente labor docente e investigadora Sáinz Cantero fue miembro de la Sección 4.^a de la Comisión General de Codificación, formó parte de una de las Comisiones creadas en la Dirección General de Instituciones Penitenciarias para la elaboración de la Ley General Penitenciaria y colaboró en la elaboración del Proyecto de Código Penal de 1980.

Su formación, que se inició, al lado de su maestro Stampa Braun en la Universidad de Granada y se completó en la Universidad de Munich con Edmund Mezger, dio jugosos frutos, como muestra su ingente labor y los muchos títulos de los estudios que publicó. Desgraciadamente todo se truncó, cruel e inesperadamente, para dolor de sus compañeros y amigos.

Que descanse en paz, y que el ejemplo de su vida y su labor actúe como acicate para todos, y especialmente para quienes nos honramos con sus continuadas pruebas de enseñanza, afecto y amistad.

AGUSTÍN FERNÁNDEZ ALBOR

SECCION DOCTRINAL

Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada (*)

Por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. HANS-HEINRICH JESCHECK
Friburgo de Brisgovia

La conferencia del «Dies Universitatis» de este semestre, casi cuando se cumplen 31 años de mi lección inaugural en Friburgo sobre «Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung» (1), me brinda la ocasión de mostrar cómo se me presenta hoy mi especialidad. Si entonces quise poner de manifiesto lo que me proponía en el futuro como sucesor de Adolf Schönke, me gustaría informar ahora del estado que durante este tiempo han alcanzado la dogmática penal y la política criminal alemanas y qué significan en el ámbito internacional.

El tema requiere, sin duda, acotamiento. Por ello, de todo el campo de la dogmática penal, examinaré solamente algunas teorías generales que son especialmente representativas del estado actual de la doctrina alemana. A continuación seleccionaré, dentro del ámbito de la política criminal, tres temas actuales que pueden entenderse como ejemplos de la tendencia general: el abandono de la ideología del tratamiento, el papel de la pena privativa de libertad como «ultima ratio» del sistema de penas y el trabajo en provecho de la comunidad como sanción penal. También al comparar la dogmática y la política criminal con la situación en el extranjero tengo que fijarme límites y por ello sólo me referiré a los Estados liberales de Derecho del occidente europeo (en sentido espiritual) como puntos de contraste con las propias posiciones. Lo nuevo, en la situación en que nos encontramos, es que vuelve a existir un lenguaje común europeo, e incluso universal, sobre los problemas de mi especialidad y en este contexto merecen especial atención

(*) Conferencia dictada por el autor el día 12-6-1985 con motivo del «Dies Universitatis» de la Universidad Albert Ludwig en Friburgo de Brisgovia. La versión alemana aparecerá en la ZStW 1986, fasc. 1.

Traducción directa del alemán por el Dr. Angel Sanz Morán, Profesor Colaborador de Derecho penal en la Universidad de Valladolid.

(1) JESCHECK, *Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung*, Tübingen 1955.

tanto la dogmática penal alemana como el compromiso alcanzado en la política criminal tras la reforma del Derecho penal alemán (2).

La dependencia cultural internacional en que vuelve a encontrarse hoy el Derecho penal alemán, no es sólo de fecha reciente, sino que tiene un gran trasfondo histórico (3). De ahí que tanto en la parte dogmática como en la parte político criminal de mi conferencia antepondré algunas consideraciones que aclaren la relación del tema con el pasado.

A. NUEVA DOGMATICA PENAL EN PERSPECTIVA COMPARADA

I. *Trasfondo histórico*

1. La dimensión común a Europa de la dogmática penal, de la que volvemos hoy a hacernos conscientes, se inicia con las sucesivas fases de la recepción del Derecho penal romano-italo-canónico en la Edad Media. Se implantó en España ya en el siglo XIII (4) y desembocó durante el período del humanismo, es decir, en los siglos XVI y XVII, en una literatura penal común influida fundamentalmente por los Tratados de los eminentes italianos Julius Clarus, Prosper Farinacius y Tiberius Decianus (5), la cual, además del país de origen, incluyó pronto a España, Francia, Portugal, Alemania y los Países Bajos. La temprana codificación del Derecho penal alemán por la Constitutio Criminalis Carolina de 1532, en el período del Derecho común, no condujo a un aislamiento nacional, lo que debe agradecerse a la conexión internacional —facilitada por la utilización del latín como lenguaje jurídico común— de la ciencia penal europea, de cuyos primeros representantes pudo decir más tarde Joseph Ortolan, el gran criminalista francés de la primera mitad del siglo XIX: «Droit romain, Droit canonique, Jurisprudence. Voilà ce qui appartient à toute l'Europe. Voilà ce qui fait que le jurisconsulte criminaliste est de tous les pays et fait autorité dans tous» (6).

(2) Una primera ojeada sobre este lenguaje común proporcionan, entre otras, desde la perspectiva alemana, la parte extranjera de la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW) y, desde la perspectiva internacional, sobre todo las publicaciones a cargo de la Association Internationale de Droit Pénal en la «Revue Internationale de droit penal».

(3) Cfr. sobre los comienzos SCHAFFSTEIN, *Die europäische Strafrechtswissenschaft im Zeitalter des Humanismus* 1954, págs. 9 y ss. [Hay traducción española a cargo de J. M. RODRÍGUEZ DE VESA, *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*, Madrid 1957]; Moos, *Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert*, 1968, págs. 54 y ss.

(4) Cfr. v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, t. I, pág. 409; v. WEBER, *Zur Entwicklung des gemeinen deutschen Strafrechts unter besonderer Berücksichtigung spanischer Einflüsse*, *Studi in Memoria di Paolo Koschaker*, t. I, 1954, págs. 343 y ss.

(5) Sobre Decianus, cfr. SCHAFFSTEIN (nota 3), págs. 38 y ss.

(6) ORTOLAN, *Cours de législation pénale comparée. Introduction historique*, París 1841, pág. 106.

La codificación de las leyes penales nacionales desde la mitad del siglo XVIII promovió, por supuesto, una evolución particular pero condujo, a la vez, a sobrepasar de nuevo las fronteras nacionales, ya que algunos significativos trabajos legislativos como el Code penal francés de 1810, el italiano Codice Zanardelli de 1889, el Código penal austriaco de 1803, el Código penal bávaro de Feuerbach de 1813, el Código penal prusiano de 1851 y, finalmente, también el Código penal imperial de 1871, fueron tomados como modelo en el extranjero y por esta causa merecieron la atención de la ciencia penal de los países receptores (7). Sin embargo, sólo gracias a una labor planificada de derecho comparado, implantada ya antes del cambio de siglo, se consumó la completa reconstrucción de una ciencia penal común a Europa. Fue un portentoso trabajo comparado interno, «Die schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung zusammengestellt», del año 1890, debido al legislador suizo Carl Stooss (8), el que proporcionó estímulo para la ambiciosa recopilación del derecho legislado «Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung», obra en dos volúmenes elaborada por encargo de la Unión Internacional Criminalista en los años 1894 y 1899 (9). A ello siguió, con motivo de la reforma penal alemana y por iniciativa del Ministerio de Justicia, la primera gran obra de genuino derecho penal comparado, en el sentido de contraposición y valoración: la «Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts», 16 tomos aparecidos entre los años 1905 y 1909, obra común prácticamente de toda la ciencia penal alemana (10).

2. El eco en otros países europeos no se hizo esperar. En principio fueron solamente algunas voces aisladas las que tendieron el puente hacia el coro de la ciencia común europea del derecho penal del momento presente. Aparte de los austriacos (p. ej., Julius Glaser, Wilhelm Emil Wahlberg) y suizos (p. ej., Carl Stooss, Heinrich Pfenniger, Ernst Hafter), quienes muy tempranamente se situaron al lado de la ciencia penal alemana, quiero mencionar, en Italia, a Arturo Rocco, quien más tarde sería el creador del Codice penale de 1930, con su lección de ingreso en la Universidad de Sassari el año 1910: «Il problema ed il metodo della scienza del diritto penale» (11); en Es-

(7) En especial, el Code penal francés se convirtió en modelo jurídico de numerosas codificaciones en Europa y en el próximo oriente; y el Codice penale italiano, de los Códigos de América Latina.

(8) STOOS, *Die Schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung zusammengestellt*, Basel, Genf 1890.

(9) *Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung*, comp. por la Unión Internacional Criminalista, t. I: *Das Strafrecht der Staaten Europas*, comp. por Franz v. LISZT, 1894; t. II: *Das Strafrecht der aussereuropäischen Staaten*, comp. por Franz v. LISZT y Georg CRUSEN, 1899.

(10) *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform*, comp. a iniciativa del Ministerio de Justicia por los Profesores Karl BIRKMEYER, Fritz VAN CALKER, Reinhard FRANK, Robert v. HIPPEL, Wilhelm KAHL, Karl v. LILIENTHAL, Franz v. LISZT, Adolf WACH, 1905 a 1909.

(11) Rocco, *Il problema ed il metodo della scienza del diritto penale*, Opere giuridiche, t. III, Roma 1933, págs. 263 y ss.

paña, Luis iménez de Asúa con su lección de apertura del año académico 1931/32 en Madrid: «La teoría jurídica del delito» (12); en Portugal, José Beleza dos Santos, Manuel Cavalleiro de Ferreira y Eduardo Correia, con diversos trabajos posteriores a 1930 (13) y en Francia, Emile Garçon, con su introducción comparada a la traducción del Tratado de Liszt el año 1911 (14). Por lo demás, encontramos aquí una puntualización, psicológicamente instructiva, que muestra ya cómo Francia no perderá nunca su propia vía en la dogmática penal. Dice, en efecto, Garçon a propósito de la caracterización de los métodos, más bien conceptual en la ciencia penal alemana, y orientado a la práctica en la francesa: «Il y a entre ces deux méthodes toute la distance qui sépare la génie germanique du génie latin. A l'un, l'autre paraît profond mais obscur, ou reciprocamente clair mais superficiel, et il y a dans ces deux jugements une double injustice. La vérité est que ces deux mentalités ont beaucoup de peine à se pénétrer et à se comprendre pleinement et complètement» (15).

3. En el marco del derecho comparado, la ciencia penal alemana, si bien vinculada a las obras del pasado, ha vuelto también, desde el final de la Segunda Guerra Mundial, a ingresar plenamente en el lenguaje internacional por medio de sucesivas contribuciones a los trabajos de la Association Internationale de Droit Pénal (16). Veamos cuáles son los resultados, en primer lugar en el ámbito de la dogmática penal.

II. *El concepto tripartito del delito*

1. El sentido del concepto de delito es dividir teóricamente por medio de categorías formales la acción punible —la cual, en cuanto corte de la realidad, se presenta naturalmente como un todo, por ej., un homicidio, un hurto o un incendio—, de tal manera que el juez pueda incluir el caso individual en los elementos generales de la punibilidad y aprehenderlo así jurídicamente de modo fidedigno (17). En

(12) JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito*, Madrid 1931. Sobre ello, MATTES, Jiménez de Asúa. *Leben und Werk*, ZStW 84 (1972), págs. 170 y ss.

(13) Sobre estos autores, HÜNERFELD, *Strafrechtsdogmatik in Deutschland und Portugal*, 1981, págs. 144 y ss.

(14) V. LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, traduit par René Lobstein avec une préface de M. E. Garçon, París 1911, págs. V y ss.

(15) Nota 14, págs. X y s.

(16) En relación a todos los temas de los Congresos de la AIDP desde el VI Congreso Penal Internacional del año 1953 en Roma, se han aportado Informes Nacionales alemanes, e incluso en algunos de estos Congresos; el Informe General. Cfr. la relación de los Congresos en JESCHECK/LÖFFLER, *Quellen und Schrifttum des Strafrechts*, t. I; 1972, págs. 8 y s.. Entretanto, hay que completarlo con los Congresos XI de Budapest (1974); XII de Hamburgo (1979) y XIII de El Cairo (1984).

(17) Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil, 3.^a ed., 1978, págs. 155 y ss. y el denominado «Caso-Mignonette», allí comentado. [Hay traducción española de este Tratado a cargo de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona 1982, 2 vols.]; además, NAUCKE, *An Insiders Perspective on the Significance of the German Criminal Theory's General System for Analyzing Criminal Acts*, Brigham Young University Law Review 1984, págs. 305 y ss.

la tarea de formular los presupuestos conforme a los cuales se determina de forma general la punibilidad de una acción, parte todavía la moderna dogmática penal alemana del concepto tripartito de delito como acción típica, antijurídica y culpable, que surgió hacia el cambio de centuria y está vinculado a los nombres de Franz v. Liszt y Ernst Beling (18). Ahora bien, el contenido de estos concepto ha variado desde entonces en un largo proceso de renovación. Hoy la tipicidad de una acción significa que ésta coincide con las características objetivas y subjetivas de una determinada clase de delito, p. ej., se presenta como el tomar una cosa que está bajo el dominio ajeno, con ánimo de apropiación, correspondiendo así a los caracteres del hurto. Antijuridicidad significa que la acción contradice el derecho, es decir, no está, p. ej., justificada por estado de necesidad. Por fin, denominamos culpabilidad a la totalidad de las circunstancias en base a las cuales puede hacerse al autor un determinado reproche material por el hecho realizado, es decir, por ejemplo, que él, con plena capacidad de culpabilidad, ha matado dolosamente a un hombre (19).

2. El concepto tripartito de delito sugiere determinadas nociones básicas sobre la naturaleza del delito. Aquí entra en consideración la distinción entre injusto y culpabilidad, considerada fundamental por la doctrina alemana. El injusto consiste en el menoscabo de un valor, protegido por el ordenamiento jurídico, al que denominamos bien jurídico, p. ej., la lesión del dominio sobre una cosa ajena a través de la ruptura de la custodia ajena y la creación de una nueva con intención apropiatoria. Culpabilidad es la actitud negativa del autor, puesta de manifiesto en el hecho antijurídico, frente a los valores protegidos jurídicamente. Injusto y culpabilidad tienen que concurrir conjuntamente para que sea procedente la pena criminal, pues ésta cumple la doble tarea de poner públicamente de manifiesto la lesión del Derecho y, asimismo, hacer personalmente responsable al autor por tal motivo (20). Además, la exacta formulación del tipo obliga al legislador a aprehender, de manera inteligible para todos, las propiedades de la clase de delito que se regula en unas características determinadas que pueden señalar, bien el modo y manera del comportamiento del autor —el denominado injusto de la acción—, bien el resultado del hecho —el denominado injusto del resultado— (21) para de esta manera delimitar claramente el delito frente al ámbito de lo no punible. La

(18) Cfr. LK (JESCHECK), 10.^a ed., 1979, núm. 12 antes del parágrafo 13; caracterizado allí como cuatripartito (el concepto de delito) por la inclusión del concepto de acción. Raramente se cuestiona este sistema en Alemania; sin embargo FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pág. 505, parece querer introducir ahora una nueva vía.

(19) SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, StGB, 21.^a ed. 1982, núm. 12 antes del parágrafo 13.

(20) Cfr. LK (HIRSCH) 10.^a ed. 1985, núm. 172 antes del parágrafo 32; *Systematischer Kommentar* (SAMSON), 3.^a ed., 4.^a entrega, noviembre 1983, número 2 antes del parágrafo 32; JESCHECK (nota 17), págs. 157 y s.; SCHMIDHÄUSER, *Über den axiologischen Schuld begriff des Strafrechts: die unrechtl. Tatgesinnung*, Jescheck-Festschrift, t. I, 1985, págs. 489 y ss.

(21) *Systematischer Kommentar* (SAMSON), núm. 5 antes del parágrafo 32.

contraposición de tipo y antijuricidad posibilita además la comprensión de las causas de justificación como preceptos permisivos autónomos por medio de los cuales el ordenamiento jurídico proporciona, en una determinada situación, una solución vinculante a un conflicto entre valores. Quien obra amparado por una causa de justificación acude así a un derecho de intervención de forma que, caso de darse los presupuestos, la persona afectada tiene que soportar la acción típica (22). Desde este punto de vista hay que preguntarse, p. ej., si la indicación de estado de necesidad en el aborto (parágrafo 218 a, pfo. 2, núm. 3 StGB) supone realmente una causa de justificación o habría más bien que incluirla en la categoría de la exigibilidad y por tanto en la culpabilidad (23).

En el procedimiento penal, el valor del concepto tripartito de delito reside en que los niveles tipicidad, antijuricidad y culpabilidad se suceden unos a otros en el proceso de obtención de la resolución, con lo cual se posibilita, o al menos se facilita, una jurisprudencia ponderada y contrastable, que garantiza así la seguridad jurídica.

3. En la ciencia penal extranjera, el tipo, la antijuricidad y la culpabilidad se han impuesto en muchos países como presupuestos básicos de la punibilidad, constituyendo el marco de referencia común para toda argumentación comparatista; así, p. ej., en Austria, Suiza, los Países Bajos, España, Portugal y los Estados nórdicos. Una posición singular adopta Italia donde, si bien es cierto que *Delitala* en su obra «Il 'fatto' nella teoria generale del reato», aparecida en 1930 (24), sostiene el concepto tripartito de delito apoyándose en fundamentos normativos, y Bettioli (25), coincidiendo con Mezger (26), ha edificado una teoría del delito referida a valores, sin embargo sigue siendo dominante, en último término, la distinción puramente descriptiva del clásico Carrara entre elemento objetivo y subjetivo del delito (27). Apelando a esto, una sentencia de los Senados Unidos de la Corte di Cassazione, de 26 de febrero de 1972, ha persistido en considerar las

(22) GALLAS, *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*, Bockelmann *Festschrift*, 1979, pág. 167; CEREZO MIR, *Las causas de justificación en el Derecho penal español*, *Jescheck-Festschrift*, t. I, 1985, pág. 442.

(23) Así, sobre todo, DREHER/TRÖNDLE, *Kommentar zum StGB*, 42.^a ed. 1985, núms. 8 y ss. antes del parágrafo 218. Como mera «causa de exclusión del injusto penal» entiende el parágrafo 218 a, pfo. 2.^a, n. 3 StGB GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss*, 1983, págs. 319 y ss.

(24) DELITALA, *Il 'fatto' nella teoria generale del reato*, Padua 1930. Sobre ello BETTIOL, *Wesenzüge und Probleme der italienischen Strafrechtswissenschaft der Gegenwart*, ZStW 87 (1975), pág. 170: «cambio decisivo».

(25) BETTIOL, *Diritto penale*, 11.^a ed. 1982, págs. 78 y ss.

(26) MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3.^a ed., 1949, págs. 89 y ss.

(27) RIZ, *Zum derzeitigen Stand der Verbrechenslehre in Italien. Überlegungen zum dreiteiligen Verbrechensaufbau*, ZStW 93 (1981), págs. 1005 y ss. La construcción tripartita está, sin embargo, en la base del nuevo Tratado de FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 1985, págs. 71 y ss. Cf. también VASSALLI, *Il fatto negli elementi del reato. Studi in memoria di Giacomo Delitala*, t. III, 1984, págs. 1647 y ss., quien se ocupa minuciosamente de la doctrina alemana, así como el mismo, *La dottrina dell'antigiuridicità*, *Jescheck-Festschrift*, t. I, 1985, págs. 427 y ss.

causas de justificación al margen del concepto de delito, por lo cual sólo deben conducir a la absolución caso de prueba segura y no en la duda (28). Aún más divergente es la clásica división francesa de los «éléments constitutifs de l'infraction» en «élément légal», «matériel» y «moral», tal como se encuentra en los Tratados más importantes (29). Los elementos objetivos del tipo se sitúan aquí dentro del «élément matériel», los subjetivos en el «élément moral» y la culpabilidad y las causas de justificación fuera del concepto de delito bajo la rúbrica «responsabilité pénale». De ahí que tampoco exista en Francia una teoría que relacione el injusto y la culpabilidad. Todavía más peculiar es la clasificación en el Tratado de Merle/Vitu (30), donde se presta una atención ocasional a la doctrina alemana. Aquí se sitúan las causas de justificación en el «élément légal» y los elementos del tipo se incluyen en parte en la «structure matérielle de l'infraction», en parte en la «culpabilité». De esta manera se pierden de vista las conexiones más elementales.

III. La deducción de la dogmática penal desde su vinculación a sus puestas realidades previas lógico-objetivas

1. Fascinados por la teoría final de la acción de Welzel (31), considera su escuela, esto es, una parte significativa de la ciencia penal alemana (32), que la formación del sistema del delito es dependiente de la estructura final de la acción humana consciente y de las realidades previas lógico-objetivas que de ahí se derivan. En particular, se equiparan el dolo como categoría jurídica y la finalidad como propiedad natural de la acción. De esta identidad se extrajo la conocida consecuencia de que el dolo no es elemento de la culpabilidad, sino que pertenece al tipo, pues la tarea del tipo es aprehender la acción con todas sus características. De ahí resultarían modificaciones básicas en dos momentos clave de la teoría del delito. Por una parte, la conciencia de la antijuricidad tuvo que separarse del dolo y convertirse en un factor central del reproche de culpabilidad. Por otra parte, hubo de distinguirse, en el campo del error, entre el error de tipo, que excluye el dolo, y el error de prohibición, que excluye la culpabilidad del autor cuando es inevitable, mientras que si es evitable conduce a la pena

(28) *Giurisprudenza penale* 1972, 433. Traducción del pasaje correspondiente (pág. 435) en RIZ (nota 27), pág. 1008. Expresamente en contra HIRSCH, *Die Diskussion über den Unrechtsbegriff in der deutschen Strafrechtswissenschaft und das Strafrechtssystem Delitala*, Studi in Memoria di Giacomo Delitala, t. III, 1984, págs. 1933 y ss.

(29) Así, por ejemplo, STÉFANI/LEVASSEUR/BOULOC, *Droit pénal général*, 12.^a ed., París 1984.

(30) MERLE/VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, 5.^a ed., París 1984.

(31) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., 1969, págs. 30 y ss., 33 y ss., 37 y ss., 59 y ss., 129 y ss.

(32) Un repaso de los autores que se amparan en el concepto final de la acción lo proporciona HIRSCH (nota 28), pág. 1941. Contra esta doctrina, ya tempranamente ROXIN, *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, ZStW 74 (1962), págs. 522 y ss.

del dolo atenuada. También la aceptación errónea de una situación justificante tendría, según esto, que tratarse como un supuesto de dolo con atenuación de la pena, pues en estos casos el autor realiza dolosamente el tipo y sólo yerra sobre la antijuricidad.

2. La doctrina penal alemana no perteneciente a la escuela de Welzel llega, en la mayor parte de estas cuestiones, a los mismos resultados, pero no por la aceptación de una vinculación a estructuras previas lógico-objetivas, sino a partir de consideraciones jurídicas (33). Los conceptos de acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad son vistos como niveles de imputación en los que habrá que decidir en qué medida puede ponerse el hecho a cargo de su autor y precisamente en conexión con la tarea de la pena de caracterizar de un modo general el injusto y hacer de ello responsable al autor en el marco de su culpabilidad (34). De ahí resultarían para la doctrina alemana actual las siguientes consecuencias: en primer lugar, el concepto de acción, que comprende de modo general todo «comportamiento humano socialmente relevante» (35) no tendría una significación constitutiva, sino solamente negativa: separa aquellas formas de comportamiento que en ningún caso vienen en consideración para el enjuiciamiento penal, bien porque son de naturaleza puramente anímica, bien porque siendo cierto que poseen una conformación externa, no son, sin embargo, dominables por la voluntad, como ocurre con los movimientos corporales reflejos. Además, el dolo no es idéntico a la finalidad, sino que se determina según el siguiente criterio normativo: qué características subjetivas de la dirección de la acción hay que exigir para la forma de delito más grave y cómo se pueden delimitar convincentemente el dolo y la culpa consciente.

Pero también para las teorías más recientes resulta ser el dolo el momento central del injusto de la acción; no, por supuesto, a partir del concepto de acción, pero sí desde dos consideraciones normativas. Por una parte, es tarea del derecho penal guiar al hombre a un querer correcto (en cuanto a su contenido) en relación a la protección de bienes jurídicos. El injusto radica ya, según esto, en la realización de la decisión de actuar contraria al mandato de la norma (36). En segundo lugar, el grado de la puesta en peligro por el autor del bien jurídico

(33) JESCHECK, *Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, ZStW 93 (1981), págs. 17 y ss., con ulteriores precisiones.

(34) Así, especialmente JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1983, págs. V y s. y ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, págs. 145 y s. [Existe versión española: «Problemas básicos de derecho penal», trad. por D. M. Luzón Peña, Madrid 1975]; también la tendencia general de las contribuciones a un sistema penal «funcional», en correspondencia con el trabajo de ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtsystem* (2.ª ed., 1973) [hay traducción española de la 1.ª ed.: «Política criminal y sistema de derecho penal», Madrid 1973, a cargo de F. Muñoz Conde], en SCHÜNEMANN (comp.), *Grundfragen des modernen Strafrechtsystems*, 1984.

(35) Cfr. LK (JESCHECK), núms. 28, 31 y ss. antes del parágrafo 13.
 (36) Cfr. LK (JESCHECK), núm. 39 antes del parágrafo 13; NOWAKOWSKI, *Wiener Kommentar*, 1984, núm. 9 antes del parágrafo 3.

protegido depende esencialmente de si aquél actúa dolosa o culposamente (37).

Finalmente, la sanción de un hecho realizado con error evitable de prohibición no se decide con arreglo a la teoría estricta de la culpabilidad que conduce siempre a la pena del dolo (si bien atenuada) y mucho menos en los supuestos de aceptación errónea de una situación objetiva de justificación, p. ej., caso de legítima defensa putativa. El enjuiciamiento más severo o más atenuado del error de prohibición no se hace depender de su situación en el sistema, sino de la cuestión de si, y en base a qué es merecida la pena criminal (38).

3. En el extranjero, no se ha transitado en la mayor parte de los casos por la vía de la doctrina final de la acción y la vinculación a determinadas deducciones lógico-objetivas para la construcción del delito, de manera que tampoco hay nada que corregir ahora. En Suiza, Hans Schultz (39) ha mantenido la sistemática teleológica de Mezger (pero sin los elementos subjetivos del injusto), mientras que O. A. Germann (39 a) sostuvo ya tempranamente la ubicación del dolo en el tipo. Las otras exposiciones doctrinales siguen también la nueva sistemática (40). Asimismo, la doctrina dominante en Austria, bajo la dirección de Nowakowski y tras el espectacular giro de éste en 1972 (41) se ha adherido a la doctrina alemana más moderna (42), pero sin haber transitado anteriormente por la fase finalista. En Italia, el impulso ontológico consiguió en todo caso sólo unos pocos seguidores (43); mientras que el influyente Tratado de Bettoli (44) se orienta en la misma línea que el sistema referido a valores de Mezger (incluyendo en el tipo los elementos subjetivos del injusto). En España se sostiene por algunos autores (45) el concepto tradicional de delito de Mezger, dado a conocer por la traducción de su Tratado a cargo de Rodríguez Muñoz. Este mismo autor se enfrentó expresamente a la doctrina de la acción finalista (46), mientras que otros autores, bajo la dirección

(37) Cfr., p. ej., NOWAKOWSKI, *Probleme der Strafrechtsdogmatik*, JB1., 1972, pág. 23.

(38) JAKOBS (nota 34), págs. 465 y ss.

(39) SCHULTZ, *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts*, t. I, 4.^a ed., 1982, págs. 258 y ss.

(39 a) GERMAN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, Zurich 1942, pág. 29.

(40) Así, STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht*. Allgemeiner Teil I, 1982, págs. 142 y ss.; NOLL, *Schweizerisches Strafrecht*. Allgemeiner Teil I, 1981, páginas 78 y s.; también HAUSER/REHBERG, *Strafrecht I*, 3.^a ed., 1983, pág. 66.

(41) NOWAKOWSKI (nota 37), págs. 22 y ss.

(42) Cfr. TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht*. Allgemeiner Teil, 1985, págs. 90 y ss.; además las precisiones en TRIFFTERER, *Die Theorie der objektiven Zurechnung in der österreichischen Rechtsprechung*, Klug-Festschrift, t. II, 1983, pág. 434, nota 66. En sentido opuesto, sobre todo KIENAPFEL, *Österreichisches Strafrecht*. Allgemeiner Teil, 2.^a ed., 1979, pág. 244.

(43) DANNERT, *Die finale Handlungslehre Welzels im Spiegel der italienischen Strafrechtsdogmatik*, 1963.

(44) BETTIOL (nota 25), págs. 296 y ss.

(45) Así RODRÍGUEZ DEVESAS, *Derecho penal. Parte general*, 8.^a ed., 1981, págs. 348 y ss., 391, 437.

(46) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, Anales de la Universidad de Valencia, t. XXVII, fasc. 1, 1953.

de Cerezo Mir (47), adoptaron la construcción finalista. Sin embargo, este sector de la doctrina fundamenta la ubicación del dolo en el tipo del injusto no a partir de la estructura ontológica de la acción, sino en base a consideraciones normativas y proporcionan una solución autónoma española al problema del error de prohibición. En Portugal, Ca-valleiro de Ferreira y Correia (48) siguen la doctrina de Mezger, y el propio Correia opone expresamente su modo de consideración normativo a la doctrina de la acción finalista. En los Países Bajos, se enfrenta Remmelink en su excelente Tratado a la teoría final de la acción y sus consecuencias (49). Esta doctrina jamás logró penetrar en Francia y en los países nórdicos.

IV. La doble posición del dolo en el injusto y en la culpabilidad

1. La teoría final de la acción había extraído, como hemos visto, el dolo de la culpabilidad y lo había situado, como elemento personal central, en el tipo del injusto. La más reciente dogmática ha consumado este paso, pero fundamentándolo en consideraciones normativas. Pero esta cualidad del dolo como portador del injusto de la acción no le «agota», por así decirlo (50), sino que conserva también significación en la culpabilidad y ello en cuanto expresión de una actitud del autor desvinculada de los valores a proteger, actitud que determina hacia el hecho la dirección de los impulsos (51). Hay que distinguir entre dirección de la acción y dirección de los impulsos. Supone una diferencia, no sólo para el contenido de injusto del hecho, sino también para la clase y gravedad del reproche de culpabilidad, que el autor se decida con «*dolus malus*» a la comisión de un delito o que, por el contrario, quiera evitar el resultado delictivo y fracase solamente el cuidado debido y posible. Caso de completa conciencia de la antijuricidad se afirmará siempre la falta de adhesión a los valores protegidos jurídicamente. Cuando está ausente la conciencia de la antijuricidad habrá entonces que inquirir si ya el conocimiento de los elementos típicos habría, por sí solo, apartado del hecho a un autor apegado al bien jurídico protegido. Así pues, puede caber perfectamente culpabilidad dolosa con error evitable de prohibición, pero también puede faltar aquella, absolviéndose entonces al autor del tipo doloso. La teoría de la doble posición del dolo, tanto en lo injusto de la acción como en la culpabilidad, sostenida hoy con frecuencia en el ámbito de habla alemana (52) abre de esta forma la posibilidad de, en caso de error

(47) CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte general I*, 2.^a ed., 1982, págs. 316 y ss.

(48) Sobre esto, HÜNERFELD (nota 13), págs. 162 y ss.

(49) HAZEWINKEL/SURINGA/REMMELINK, *Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Strafrecht*, 9.^a ed., 1984, pág. 132.

(50) NOWAKOWSKI (nota 36), núm. 11).

(51) JESCHECK (nota 17), pág. 194, con argumentos. En contra, sobre todo, HIRSCH, *Der Streit um Handlung- und Unrechtslehre* (II), ZStW 94 (1982), páginas 257 y ss.

(52) Cfr. la síntesis de NOWAKOWSKI (nota 36), núm. 11, *in fine*.

evitable de prohibición, no aplicar automáticamente la pena del dolo atenuada, sino volver a diferenciar según que la decisión de ejecutar el hecho sea al mismo tiempo expresión de una actitud defectuosa del autor respecto a los valores protegidos jurídicamente o se base únicamente en la falta de cuidado en el análisis de la situación jurídica.

De esta forma encuentran mejor solución dos constelaciones de casos resueltos hasta ahora de manera insatisfactoria. Por un lado, en el supuesto de aceptación errónea de los presupuestos de una causa de justificación (p. ej., legítima defensa putativa), está presente sin duda el dolo en tanto portador del injusto de la acción, pues el autor ha matado o lesionado dolosamente al presunto agresor; lo que falta es, sin embargo, el dolo como expresión de una actitud contraria al derecho, pues el autor ha creído hallarse justificado para la muerte o lesión del supuesto atacante. Si ha errado por falta de cuidado y de ahí que haya llevado a cabo la lesión del bien jurídico en la creencia de estar justificado para ello, existirá entonces, según el injusto y la culpabilidad, únicamente una imprudencia, que será enjuiciada conforme al correspondiente tipo culposo. También en el derecho penal accesorio y en las infracciones administrativas pueden evitarse, mediante la teoría de la doble posición del dolo, condenas excesivamente severas a causa de un hecho doloso en los supuestos no infrecuentes en que el autor realiza efectivamente el tipo de forma dolosa, pero ha creído, aunque erróneamente y debido a la falta de cuidado, obrar conforme a Derecho. La falta de cuidado únicamente puede fundamentar, en tales supuestos, el reproche a título de culpa (53).

2. La teoría de la doble posición del dolo se ha impuesto rápidamente en Austria, toda vez que allí se había mantenido siempre, siguiendo a Rittler, la pertenencia del dolo a la culpabilidad (54). En Suiza (55) y en España (56) ha sido divulgada, considerándose sostenable. En Portugal, ha impulsado Figueiredo Dias (57) la teoría de la doble posición del dolo aclarando la relación entre culpabilidad dolosa y conciencia de la antijuricidad. Aparte de ello, no hay todavía en el extranjero ninguna reacción a este novísimo cambio de rumbo en la teoría del delito alemana.

V. El doble baremo de la imprudencia

1. En la ciencia penal alemana ya no se considera hoy la imprudencia únicamente como una forma de culpabilidad junto al dolo, sino como una clase especial de comportamiento punible que muestra ca-

(53) SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER (nota 19), núms. 120 y ss. antes del parágrafo 13.

(54) NOWAKOWSKI (nota 36), núm. 11; Moos, *Zum Stand der österreichischen Verbrechenslehre aus der Sicht einer gemeinrechtlichen Tradition*, ZStW 93 (1981), págs. 1031 y ss.

(55) Cfr. SCHULTZ, en Gillmeister, ZStW 93 (1981), pág. 1050.

(56) CEREZO MIR, *Die Doppelstellung des Vorsatzes aus der Sicht der spanischen Strafrechtswissenschaft*, ZStW 93 (1981), págs. 1018 y ss.; Susana HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, 1984, págs. 113 y ss.

(57) FIGUEIREDO DIAS, *Schuld und Persönlichkeit*, ZStW 95 (1983), pág. 246.

racteres propios tanto en el campo del injusto como en el de la culpabilidad. Según se acepta hoy de forma dominante, la imprudencia viene determinada por un doble baremo (58). Por una parte se examina qué comportamiento viene objetivamente ordenado, en una situación de peligro, para la evitación de daños indeseados. Por otra parte se cuestiona si este comportamiento puede también serle exigido personalmente al autor según sus capacidades individuales. Según esto, el injusto típico del hecho culposo no se determina exclusivamente por la causación del resultado (por ejemplo, en el homicidio culposo por la muerte de una persona); antes bien habrá que añadir a esto, como injusto de la acción, que el resultado haya sido objetivamente previsible y provenga de una lesión de los deberes de cuidado que, para la evitación del resultado, incumben en la situación concreta a aquellas personas prudentes que pertenecen al mismo sector del tráfico que el autor. Por ejemplo, si alguien muere de noche a causa de la caída en una zanja cuya barrera de protección habían apartado, por gamberrismo, personas ebrias, habrá que preguntar qué precauciones eran necesarias para la seguridad de las obras en relación a la puesta en peligro de quienes por allí pasan, considerando también la posibilidad de intervenciones de terceros. Sólo cuando se ha determinado la vertiente objetiva del hecho imprudente, puede ulteriormente examinarse si el mandato general de cuidado (aquí el afianzamiento debido de las obras) podría ser también colmado por las personas que vienen en consideración como autores, según su inteligencia, experiencia y posición social.

2. La utilidad práctica (59) de la consideración separada de los momentos objetivos del injusto de acción del hecho imprudente frente al injusto del resultado estriba, en primer lugar, en que, con la valoración autónoma de las exigencias de cuidado por el juez se fija un contrapeso frente a la responsabilidad por el resultado, a menudo excesivamente acentuada. Además se le conduce al juez, de esta manera, a la cuestión decisiva de a quién, de entre los diversos partícipes, ha incumbido el deber de cuidado cuya lesión causó el accidente; es decir, en el caso del ejemplo, si a los borrachos, a los trabajadores, al director de la obra, al empresario o a la policía. Finalmente, cuando la jurisprudencia parte, en el enjuiciamiento de los hechos imprudentes, del deber objetivo de cuidado, se ve entonces en la precisión de condensar en reglas generales los mandatos de cuidado que se repiten con cierta frecuencia (p. ej., en principios sobre el afianzamiento de fuentes de peligro frente a comportamientos irracionales de terceros), lo

(58) Así, siguiendo a WELZEL, *Fabrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, 1961, la doctrina dominante; cfr., p. ej., BOCKELMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., 1979, págs. 158 y ss.; ESER, *Juristischer Studienkurs. Strafrecht* II, 3.^a ed., 1980, págs. 20 y ss.; JESCHECK (nota 17), págs. 456 y ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER (nota 19), núm. 119 al parágrafo 15. De forma diversa en cuanto a la ubicación de la lesión del cuidado subjetivo, que se sitúa como característica típica, JAKOBS (nota 34), pág. 263; STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* I, 3.^a ed., 1981, núm. 1099; el mismo, *Zur Individualisierung des Sorgfaltmasstabs beim Fabrlässigkeitsdelikt*, Jescheck-Festschrift, t. I, 1985, págs. 285 y ss.

(59) JESCHECK (nota 17), pág. 458.

cual fortalece la certeza de los tipos imprudentes y facilita así a los ciudadanos la orientación.

3. La doctrina extranjera ofrece una imagen variopinta en el campo de la imprudencia. Al igual que en Alemania, también en Austria constituye la lesión del cuidado objetivo el momento de injusto y la reprochabilidad personal de la falta de cuidado el momento de la culpabilidad de la imprudencia, lo cual viene sugerido ya por la definición de la culpa en el parágrafo 6 del StGB austriaco (60). A ello se ha adherido en los Países Bajos Remmelink (61). Entretanto, también en Suiza se distingue entre el cuidado objetivamente debido y los conocimientos y capacidades personales del autor para lo cual da pie en todo caso la definición del artículo 18, párrafo 3.^o, inciso 2.^o del StGB suizo. La objetivación del baremo de la imprudencia se llevaba a cabo hasta ahora —como antes en Alemania— en el marco de la culpabilidad (62) mientras que, de forma inversa, la nueva doctrina ubica las características individuales de la imprudencia en el tipo del injusto (63). En Italia se encuentra en los autores más modernos (64) la doctrina nueva; en los más antiguos, la doctrina tradicional (65). La doctrina dominante en España y el Tribunal Supremo están en la línea de la nueva concepción alemana (66). Totalmente diversa se presenta la imagen en Francia, donde lo decisivo para el enjuiciamiento de los hechos culposos no es la culpabilidad del autor, sino las exigencias de la seguridad pública y el orden (67). La imprudencia se concibe aquí de manera puramente objetiva con base en la teoría de la «identité de la faute pénale et civile», igual que ocurre en Alemania con el concepto civil de culpa, que no presupone determinación individual de culpabilidad alguna (68). Además, en las contravenciones y en ciertos delitos menos graves asimilados a ellas (los «délits purement matériels») es ya suficiente para la punición incluso la mera transgresión en sí, que sólo deja de imputársele al inculpado en caso de fuerza mayor, incapacidad de culpabilidad o violencia, con carga de la prueba para aquél.

(60) BURGSTALLER, *Das Fahrlassigkeitsdelikt im Strafrecht*, 1974, págs. 21 y ss.; el mismo, *Wiener Kommentar*, núm. 26 al parágrafo 6; KIENAPFEL (nota 42), pág. 434; PLATZGUMMER, *Die «Allgemeinen Bestimmungen» des Strafgesetzentwurfs*, JBl., 1971, pág. 240. De modo diverso en cuanto a la ubicación del cuidado subjetivo (como JAKOBS y STRATENWERTH en la nota 58), TRIFFTERER, *Lehrbuch* (nota 42), págs. 303 y s.

(61) HAZEWINKEL/SÜRINGA/REMMELINK (nota 49), pág. 192.

(62) Así SCHULTZ (nota 39), págs. 205 y ss.

(63) Así NOLL (nota 40), pág. 212; HAUSER/REHBERG (nota 40), págs. 165 y s.; STRATENWERTH (nota 40), págs. 401 y s.

(64) Así FIANDACA/MUSCO (nota 27), págs. 288 y s.

(65) Así BETTIOL (nota 25), pág. 474; NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, 2.^a ed., 1982, pág. 287.

(66) Cfr. JESCHHECK, *Tres conferencias de Derecho penal comparado*, «Estudios penales y criminológicos», t. VIII, 1985, pág. 102.

(67) STÉFANI/LEVASSEUR/BOULOC (nota 29), págs. 254 y ss.; MERLE/VITU (nota 30), págs. 695 y ss., 706 y ss.

(68) DEUTSCH, *Fabrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, 1963, págs. 76 y ss.; JAUERNIG/VOLKOMMER, BGB, 2.^a ed., 1981 núm. III 1 al parágrafo 276.

VI. Conciencia de la antijuricidad y error de prohibición

1. A través del reconocimiento de la conciencia de la antijuricidad como base del reproche de culpabilidad ha alcanzado su cima el proceso de eticización del Derecho penal alemán. La conciencia de la antijuricidad como exigencia de la culpabilidad se fundamenta en el principio de culpabilidad, que posee rango constitucional. Se deriva tanto del principio de Estado de Derecho como de la dignidad humana (69). Ya antes del cambio de posición del dolo se sostenía en amplia medida por la doctrina que la conciencia de la antijuricidad debe distinguirse del dolo y representa un momento autónomo de la culpabilidad. Pero sólo en el año 1952 se ha adherido a esta tesis una decisión del Gran Senado para cuestiones penales del Tribunal Supremo Federal (BGH St 2, 194, 201). El legislador ha llevado a término esta evolución mediante la introducción del parágrafo 17 StGB. Este precepto regula el error de prohibición, es decir, lo opuesto a la conciencia de la antijuricidad, de la siguiente forma: si el autor carece del conocimiento de la prohibición actuará sin culpabilidad siempre que el error fuera inevitable para él. Si pudo evitar el error, se mantiene la pena del dolo, pero pudiendo ser atenuada conforme al parágrafo 49, párrafo 1.º StGB. Según la teoría de la doble posición del dolo (supra A, IV, 1.), habrá que entender el parágrafo 17, párrafo 2, StGB de tal modo que si falta la culpabilidad dolosa queda excluida la pena del dolo, incluso si el error era evitable, pues en otro caso se lesionaría el principio de culpabilidad, y en tales supuestos sólo puede venir en consideración la pena correspondiente a un tipo culposo.

La significación práctica del parágrafo 17 StGB es más bien escasa en el núcleo central del derecho penal, pues son infrecuentes los supuestos de desconocimiento inevitable de una norma prohibitiva cuando se trata de prohibiciones reforzadas con pena criminal. Recientemente, sin embargo, en los casos de obstrucción de carreteras por iniciativas pacifistas frente a la instalación de armas nucleares o por acciones de protesta de los camioneros o los agricultores, los participantes han reclamado para sí una especie de derecho natural a intromisiones en el tráfico rodado, afirmando obrar bajo una amenaza existencial, sin que con todo eso haya prevalecido su opinión. El precepto del parágrafo 11, párrafo 2.º OWiG (paralelo al del parágrafo 17 StGB) tiene, por el contrario, notable significación práctica, pues en el campo de los «delicta mere prohibita» no son raros los supuestos en que el autor se ha encontrado de forma inevitable en el desconocimiento de una norma prohibitiva. Si, caso de desconocimiento evitable, falta la culpabilidad dolosa, se puede aplicar sin más en el campo de las infracciones administrativas el precepto culposo, pues en el parágrafo 11, párrafo 2.º OWiG no se introdujo ninguna regla paralela a la del parágrafo 17,

(69) SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER (nota 19), núm. 103 antes del parágrafo 13.

párrafo 2.^o StGB. De esta forma, cabe tomar en consideración una vieja demanda de Richard Lange (70).

2. En el extranjero sólo de modo parcial se ha impuesto la conciencia de la antijuricidad como exigencia de la culpabilidad. Asimismo, el error de prohibición, caso de que sea tomado en consideración, se valora de diversa forma. En Austria han sido largo tiempo discutidos tanto el reconocimiento como el tratamiento del error de prohibición (71). Ahora, a través del párrafo 9 en conexión con el párrafo 34, n. 12 StGB austriaco la cuestión se ha decidido en el sentido de admitir la conciencia de la antijuricidad como elemento de la culpabilidad y tratar el error evitable de prohibición como caso de dolo (72). Idéntica regulación ha recogido Portugal en el nuevo Código penal de 1982 (art. 17) (73). En Austria, por otra parte, regula el párrafo 8 de su Código penal el error sobre la presencia de los presupuestos de una causa de justificación de tal forma que desaparece la pena del dolo, siendo posible sin embargo la pena de la imprudencia si el autor ha errado de forma reprochable (74). En Suiza, por el contrario, el error de prohibición, aunque se asiente en fundamentos suficientes, no conduce a la absolución, sino a una dispensa facultativa de la pena o a su atenuación, también facultativa (art. 20 del Código penal suizo). El error de prohibición culpable no aparece regulado y tampoco se toma en consideración por la práctica (75). En España, aparecía debatido en la doctrina y jurisprudencia el problema del tratamiento del error de prohibición (76). El artículo 6 bis a), párrafo 3.^o, en conexión con el artículo 66 del Código penal en la nueva redacción de 1983 reconoce ahora, sin embargo, el error inevitable de prohibición como causa de exclusión de la culpabilidad y castiga el error evitable de prohibición con la pena del dolo atenuada. Lo mismo se pretende en Bélgica en el Proyecto de futuro Code penal (77). En los Países Bajos, numerosas resoluciones desde el año 1923 han concedido valor de causa de exclusión de la culpabilidad al error de prohibición ine-

(70) LANGE, *Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre*, JZ 1956, pág. 79; el mismo, *Die Magna Charta der anständigen Leute*, JZ 1956, págs. 519 y ss.; el mismo, *Nur eine Ordnungswidrigkeit?*, JZ, 1957, págs. 233 y ss.; GÖHLER, OWiG, 6.^a ed., núms. 14 y 20 al párrafo 11, soluciona el problema de la siguiente manera: imputando al tipo el deber jurídico en los casos en que éste no resulte de las circunstancias, de forma que, caso de desconocimiento, desaparece, según el párrafo 11, pfo. 1.^o OWiG, el dolo del tipo.

(71) NOWAKOWSKI (nota 36), núm. 43 antes del párrafo 3.

(72) BURGSTALLER (nota 60), págs. 195 y s.; PLATZGUMMER, *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart*, t. I, 1973, págs. 50 y ss.; TRIFFTERER (nota 42), página 271.

(73) Fundamental respecto a esto FIGUEIREDO DIAS (nota 57), págs. 252 y ss.

(74) Sobre esto TRIFFTERER (nota 42), págs. 429 y s.

(75) Crítica de esta praxis en HAUSER/REHBERG (nota 40), pág. 161; NOLL (nota 40), pág. 135; SCHULTZ (nota 39), pág. 232; STRATENWERTH (nota 40), págs. 261 y s.

(76) MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 1984, págs. 162 y s., con numerosos detalles, también en relación a la nueva regulación.

(77) VERHAEGEN, *La révision du Code pénal belge, entreprise d'actualisation et de réanimation*, SchwZStr 98 (1981), págs. 8 y s.

vitable, sobre todo en los casos de información digna en sí misma de confianza, pero incorrecta en sus resultados; no se ha tomado en consideración, sin embargo, el error de prohibición evitable (78). En Suecia el error de prohibición conduce especialmente a la absolución cuando viene causado por la conducta de una autoridad; se concede una atenuación de la pena si el error no parece disculpable en tal medida que justifique una absolución (79). Otros sistemas jurídicos importantes se mantienen, por contra, fieles al viejo principio «error iuris nocet», en todo caso atenuado, como ocurría en la jurisprudencia del Reichsgericht, cuando se trata de error sobre una norma extrapenal. Así la praxis francesa, por vía de una presunción irrefutable de culpabilidad, se apoya en el principio «nul n'est censé d'ignorer la loi» (80) y el artículo 5 del Código penal italiano excluye expresamente la consideración del error de prohibición, lo cual es criticado por Bettoli con las siguientes palabras: «la norma è indubbiamente in contrasto con la realtà psicologica ed umana ed è solo dettata da ragioni politiche» (81).

B. NUEVA POLITICA CRIMINAL EN PERSPECTIVA COMPARADA

I. *Trasfondo histórico*

El lenguaje científico internacional sobre política criminal ha venido dirigido en las últimas décadas sobre todo por las grandes sociedades penales. Antes de la Primera Guerra Mundial fue la Unión Internacional Criminalista (UIC) el receptáculo de los modernos viajeros. Los temas fundamentales con los que ejerció influjo sobre la legislación de muchos Estados fueron: la introducción de la condena condicional, la limitación de las penas cortas privativas de libertad, la extensión de la pena de multa, la lucha contra formas peligrosas de criminalidad mediante medidas, la introducción de alternativas a la pena privativa de libertad y la separación del derecho penal de menores y el de adultos. La labor reformadora de la UIC fue proseguida a partir de 1924 por la Association Internationale de Droit Pénal (AIDP). Entre sus reivindicaciones figuraban: el principio de legalidad como fundamento y límite de la intervención estatal, la regulación legal de la ejecución de la pena, la introducción del juez de ejecución

(78) HAZEWINKEL-SURINGA/REMMELINK (nota 49), págs. 318 y ss.

(79) THORNSTEDT, *Der Rechtsirrtum im schwedischen Strafrecht*, Jescheck-Festschrift, t. I, págs. 508 y ss.

(80) STÉFANI/LEVASSEUR/BOULOC (nota 29), págs. 383 y ss., con la indicación de que el error inevitable de prohibición deberá conducir, según el Avant-Projet de Code pénal de 1983, a una causa de exclusión de la pena; MERLE/VITU (nota 30), págs. 684 y ss.

(81) BETTIOL (nota 25), págs. 509 y s. FIANDACA/MUSCO (nota 27), pág. 195, hacen referencia a una cauta evolución de la jurisprudencia en dirección al reconocimiento del error de prohibición en las faltas.

de penas, la sustitución de la pena privativa de libertad por la multa y otras sanciones que no llevan aparejada la privación de libertad, la supresión de las penas infamantes, la creación de la asistencia a los excarcelados, la rehabilitación de los condenados mediante la reforma del derecho del registro penal y la indemnización por la comunidad a las víctimas de los delitos violentos (82). Al asumir el Secretariado General de las Naciones Unidas en el año 1950 las tareas de la Comisión Internacional de Derecho Penal e Instituciones Penitenciarias (83), queda situada la reforma del derecho penal en un contexto mundial y vuelve a recordársele, al menos como postulado, a la comunidad internacional. A fin de colaborar científicamente con el Departamento del Secretariado General de las Naciones Unidas competente para la política criminal, las cuatro grandes sociedades penales (84) se han concertado para un Comité Internacional de Coordinación, con sede en Milán, que ha cobrado creciente importancia de cara a la preparación de los temas de los Congresos de la ONU que tienen lugar cada cinco años (85). En el marco del Consejo de Europa, ha influido notablemente en la reforma de la política criminal, elaborando Proyectos para las resoluciones del Consejo de Europa, el Comité européen pour les problèmes criminels (85 a).

II. *El abandono de la ideología del tratamiento*

1. Una muestra de la nueva orientación de la política criminal ha sido, desde la mitad de los años sesenta, el abandono de la ideología del tratamiento (86). Hasta este momento se confiaba, allí donde se creyó en esta ideología, en la fuerza curativa de la ejecución penal, mientras ésta se orientara sólo terapéuticamente y pudiera influir durante un período suficiente en los reclusos. Los principios básicos del concepto de tratamiento eran: elección de la clase y duración de la sanción según la necesidad de tratamiento del autor, investigación de la personalidad con ayuda de expertos, introducción de privaciones de libertad temporalmente indeterminadas como pena o como medida, determinación del momento de la excarcelación por expertos sin «status» judicial, aplicación de tratamiento médico, farmacológico y socialterapéutico sin consentimiento del afectado, vinculación del momento de

(82) CORNIL, *Bemerkungen zum 50 jährigen Bestehen der Association Internationale de Droit Pénal*, ZStW 87 (1975) págs. 438 y ss.; JESCHECK, *Der Einfluss der IKV und der AIDP auf die internationale Entwicklung der modernen Kriminalpolitik*, ZStW 92 (1980), págs. 997 y ss.

(83) JESCHECK (nota 1), págs. 20 y ss.

(84) Estas son: la Association Internationale de Droit Pénal (fundada en 1924), la Société Internationale de Criminologie (fundada en 1939), la Société Internationale de Défense Sociale (fundada en 1947) y la Fondation Internationale Pénale et Pénitentiaire (fundada en 1951).

(85) Cfr. la relación de los Congresos en JESCHECK/LÖFFLER (nota 16); página 11; hay que añadir, entretanto, los Congresos de Ginebra (1975), Caracas (1980) y Milán (1985).

(85 a) JESCHECK/LÖFFLER (nota 16), págs. 18 y ss.

(86) KAISER, *Kriminologie*, 1980, pág. 287.

la excarcelación con la participación en programas de tratamiento, introducción del tratamiento predelictual, por medio de privación de libertad, para formas de vida desviada y rechazo de las garantías procesales frente a los abusos en las alternativas mencionadas, argumentando que ese modo de tratamiento criminal se llevaba a cabo precisamente para bien del afectado (87).

2. En USA (88), en Suecia y en Dinamarca (89) donde se había impuesto con mayor fuerza la idea del tratamiento, se ha dejado notar, entretanto, un abandono de esa dirección. A ello han contribuido diversas causas, tales como la consideración de la casi nula eficacia de los esfuerzos terapéuticos en una situación de falta de libertad del afectado; el menoscabo de la dignidad humana a través del tratamiento obligatorio; el reconocimiento del derecho a «ser distinto» a aquellas personas que no quieren integrarse; la posibilidad de abusos de autoridad por parte de los responsables debido a la carencia de garantías jurídicas, especialmente procesales; utilización inexacta del vocabulario médico; deslealtad en la decisión sobre el momento de la excarcelación y, finalmente, los costes, en un período de recensión económica y creciente criminalidad. La nueva evolución supone el retorno a la culpabilidad por el hecho como baremo, o al menos como límite superior en la medición de la pena; la orientación, en tanto que tarea del derecho penal, a una prevención general entendida en sentido ético-social; la limitación de la pena privativa de libertad y del proceso penal mismo a la función de «ultima ratio» del control social; el tránsito a la asistencia social de los condenados en el marco de programas comunitarios al margen de la ejecución penal.

3. En Alemania y el resto de los países europeos, aparte, como se dijo, de Suecia y Dinamarca y, en menor medida, también Finlandia, la ideología del tratamiento, prescindiendo de círculos académicos estrictamente limitados, no encontró nunca apoyo, por lo que ahora no se precisa ninguna reorientación. Es importante, sin embargo, en esta situación de brusca transformación, mantenerse firme en que una pena retributiva absoluta, tal como viene recomendada en parte en USA bajo el lema «*just desert*» (90), no entra en ningún caso en consideración (91). Tampoco tiene este sentido la supresión de los

(87) JESCHECK, *Die Krise der Kriminalpolitik*, ZStW 91 (1979), págs. 1037 y ss.

(88) WEIGEND, *Entwicklungen und Tendenzen der Kriminalpolitik in den USA*, ZStW 90 (1978), págs. 1114 y ss.; el mismo, *Neoklassizismus-ein transatlantisches Missverständnis*, ZStW 94 (1982), págs. 805 y ss.; DAMASKA, *Versuche zur Rationalisierung der Strafzumessung in den USA*, ZStW 93 (1981), págs. 704 y ss.

(89) Inkeri ANTTILA, *Neue Tendenzen der Kriminalpolitik in Skandinavien*, ZStW 95 (1983), págs. 742 y ss.

(90) Así, por ejemplo, v. HIRSCH, *Doing Justice*, 1976.

(91) Esta era también la opinión de la inmensa mayoría de los participantes en el Coloquio de la International Penal and Penitentiary Foundation, sobre el tema «*New Trends in Criminal Policy*» en el año 1982; cfr. *Proceedings of the Fifth International Colloquium of the IPPF*, Syracuse, 15-19 February 1982, Bonn 1984, con el informe final de Peter LEJINS, págs. 133 y ss.

establecimientos de terapia social, como medida de seguridad a disposición del juez, por una ley de 20-12-1984, pues pervive como modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad exigiéndose, con razón, la conformidad del interno (parágrafo 9 StVollzG) y, puesto que los resultados obtenidos son buenos, acabará también imponiéndose. Fundamento de toda política criminal es y seguirá siendo la cuestión de si la sociedad está dispuesta a aceptar al autor y sus dificultades, ayudándole así a llevar en el futuro una vida sin delitos (92). La disposición para un acuerdo con el delincuente es presupuesto imprescindible de toda administración humana de la justicia penal. Sólo bajo estas premisas cobran sentido y perspectiva la vuelta al principio de culpabilidad como fundamento y límite de la pena, la aceptación del criterio de «ultima ratio» para la pena privativa de libertad, la introducción de alternativas a la pena privativa de libertad, la extensión de la ayuda durante el período de prueba y la adhesión a una prevención general dirigida al fortalecimiento de la conciencia jurídica de la generalidad.

III. El papel de la pena privativa de libertad como «ultima ratio» del sistema de penas

1. Como es sabido, la pena privativa de libertad es, en efecto, en Alemania la «ultima ratio» del sistema de penas, pero también su espina dorsal (93). Por razón de la prevención general es irrenunciable la pena privativa de libertad en los delitos graves, especialmente los violentos, en la reincidencia contumaz, en el campo, asimismo, de la criminalidad intermedia y como sanción sustitutoria cuando fracasen las alternativas. Bajo el influjo del principio de la «ultima ratio» se ha reducido notablemente en Alemania la significación de la pena privativa de libertad (94). Sólo en aproximadamente el 18 por 100 de todas las condenas de adultos se pronuncia todavía una pena privativa de libertad. En el 82 por 100 de los casos, la pena es de multa. Además, el 65 por 100 de las penas privativas de libertad se someten a suspensión condicional. De éstas, aproximadamente un promedio del 35 por 100 vienen en último término a ser ejecutadas debido al incumplimiento por el condenado de las exigencias impuestas durante el período de prueba; pero, en definitiva, la mayor parte de los condenados a penas privativas de libertad no llega a conocer por dentro un establecimiento penitenciario, viéndose únicamente afectados por el repro-

(92) Así WÜRTENBERGER, *Erziehung, Kommunikation, Begegnung im Strafvollzug*, Leferenz-Festschrift, 1982, pág. 194: «se trata, ante todo, de defender frente a ataques no cualificados el núcleo de la idea de resocialización, conquistada en el curso de un largo período de reforma...»; cfr. también JESCHECK, (nota 87), pág. 1050, así como SCHULTZ, *Krise der Kriminalpolitik*, Jescheck-Festschrift, t. II, 1985 págs. 796 y ss.

(93) JESCHECK (comp.), *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate im deutschen und ausländischen Recht*, t. III 1984, pág. V; KÜRZINGER, *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in der Bundesrepublik Deutschland*, ebenda, pág. 1898.

(94) Cfr. para lo que sigue HEINZ, *Strafrechtliche Sozialkontrolle - Beständigkeit im Wandel?* Bewährungshilfe, 1984, 17, 27.

che público que supone el pronunciamiento de dicha pena. De las penas privativas de libertad sometidas a suspensión condicional, en el 15 por 100 de las inferiores a un año y en el 48,3 por 100 de las de uno a dos años se ordena asistencia durante el período de prueba (95). Mientras que las penas cortas privativas de libertad han disminuido en los últimos años hasta la mitad, aumenta paulatinamente otra vez la cifra de las penas privativas de libertad de media y larga duración, lo cual posiblemente —prescindiendo del incremento de los delitos graves— está relacionado también con el hecho de que la custodia de seguridad, con un total de 38 condenas en el año 1982, ha quedado prácticamente en desuso, por lo que las penas privativas de libertad de larga duración tienen que asumir también la función de aseguramiento. El número total de internos en la República Federal de Alemania alcanzaba el 1-2-1984 la cifra de 64.000, de los cuales aproximadamente 16.000 eran preventivos (96). En consideración a la alta cifra, superior al medio millón, de penas de multa que anualmente se imponen, se presenta con singular agudeza el problema de la pena privativa de libertad sustitutoria, que entra en juego cuando no puede pagarse la multa. El porcentaje de las penas privativas de libertad sustitutorias ejecutadas se mantuvo hasta 1980, con aproximadamente el 5,5 por 100 (97) de todas las penas de multa, dentro de ciertos límites, siendo ya entonces considerable la cifra absoluta de ejecuciones anuales (entre 25.000 y 28.000). Entretanto, esta cifra ha aumentado notablemente a causa del paro creciente y cada vez más acuciante para quien lo sufre (97 a). De ahí que sea especialmente importante la posibilidad, prevista en el artículo 293 de la EGStGB, de cancelar mediante trabajo voluntario las multas no cobradas. Esta posibilidad ha sido ahora introducida en todos los Länder y se utiliza también en la práctica (98). Volveremos inmediatamente a ocuparnos de ello.

2. Al contrario que en Alemania, la pena privativa de libertad sigue siendo con frecuencia en el extranjero la sanción más utilizada por el derecho penal (99), pese a que los reparos que suscita el clima más bien desocializador de las prisiones y el daño al afectado por la separación de su familia y trabajo, se han convertido entretanto en lugar común de la ciencia penal, que paulatinamente comienza también a penetrar en la legislación. Estados que, como Alemania, han reducido notablemente el número de las penas privativas de libertad son Austria, los Países Bajos y Suecia. Suiza tiene una cifra de penas privativas de

(95) Cfr. HEINZ, *Entwicklung, Stand und Struktur der Strafzumessungspraxis*, MschrKrim, 1981, pág. 166.

(96) «Bulletin d'information pénitentiaire», 3/84, pág. 21.

(97) ALBRECHT, *Strafzumessungspraxis und Vollstreckung bei Geldstrafen*, 1980, págs. 26 y ss.; HEINZ (nota 95), pág. 169.

(97 a) Cfr. las cifras en ALBRECHT, *Ansätze und Perspektiven für die gemeinnützige Arbeit in der Strafrechtspflege*, Bewährungshilfe, 1985, pág. 127.

(98) Cfr. el repaso de los preceptos de los Länder en Krieg y otros, *Weil du arm bist, musst du sitzen*, Mschr 1984, pág. 28.

(99) JESCHECK (nota 93), *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in rechtsvergleichender Darstellung*, t. III, págs. 1975 y ss.

libertad relativamente alta, pero posee al mismo tiempo un porcentaje especialmente elevado de suspensiones condicionales, con una cuota notablemente menguada de revocaciones, de forma que el resultado final, con 4.400 reclusos el 1-2-1984, de los cuales el 38,8 por 100 son preventivos, se presenta incluso sustancialmente más satisfactorio que en Alemania (100). Al igual que en Alemania, se prevé en casi todos los países una privación de libertad subsidiaria como sustitutivo de las penas de multa no satisfechas. Una laudable excepción supone, sin embargo, Italia (101) en tanto que allí la pena privativa de libertad sustitutoria fue declarada anticonstitucional por lesionar el principio de igualdad, según una resolución del Tribunal Constitucional del año 1979; y en el año 1981 ha sido, también de modo formal, sustituida por libertad controlada policialmente o, a petición del condenado, por trabajo voluntario. La pena privativa de libertad sustitutoria queda así limitada en Italia al supuesto de incumplimiento de las condiciones bajo las cuales se ejecutan cualquiera de los dos sustitutivos de la pena de multa. En casi todos los países, la privación de libertad que hay detrás de la pena de multa es una pena criminal en sentido propio. Solamente Francia, con el «contrainte par corps», conserva todavía el viejo sistema del arresto coactivo (102). En muchos países, en lugar del rígido automatismo del sistema alemán de días-multa (un día-multa = un día de privación de libertad sustitutoria) entra en juego una regulación más flexible de diversa índole, pudiendo ponderarse mejor, de esta forma, la situación económica del condenado y el grado en que es responsable de su incapacidad de pago.

IV. Trabajo en provecho de la comunidad como alternativa de la pena privativa de libertad.

1. El trabajo en provecho de la comunidad como alternativa de la pena privativa de libertad goza de una larga tradición en Alemania (103). Así, ya en el «Preussisches Allgemeines Landrechts (ALR) de 1794 existía la conversión de la pena de multa en trabajos penales: en el derecho sajón y turingio, desde el siglo XVIII, la pena de trabajo manual y en las leyes penales forestales particulares del siglo XIX, la posibilidad de trabajo forestal o comunal en lugar de las multas no pagadas. La ley de multas de 1921 introdujo en el parágrafo 28 b StGB (vieja redacción) la posibilidad de extinguir una pena de multa no satisfecha por trabajo voluntario. Esta regla quedó, sin embargo, en letra muerta, pues solamente en el Land de Turingia se aprobaron los preceptos necesarios para su puesta en práctica. A pesar de esta experiencia poco alentadora, la Ley de Introducción al Código penal (EGStGB) del año 1974, en su artículo 293, ha facultado de nuevo a los gobiernos de los Länder para establecer reglas conforme a las cu-

(100) Vid. nota 96.

(101) Johanna BOSCH, *Neues Strafrecht in Italien*, JZ, 1985, pág. 476.

(102) JESCHECK (nota 99), pág. 2000.

(103) KÜRZINGER (nota 93), págs. 1758 y s.

les las autoridades encargadas de la ejecución de la pena puedan permitir al condenado cancelar, mediante trabajo voluntario, una multa no pagada. Este precepto condujo, en un primer momento únicamente en los Länder Berlín y Hamburgo, a tentativas que, decepcionantemente, tuvieron en su comienzo escaso resultado. Sólo el número creciente de los multados carentes de medios y el retorno a la superpoblación de las cárceles motivaron que, durante los años 1981 a 1984, todos los Länder hayan ido introduciendo, como se dijo, la cancelación mediante trabajo voluntario de las multas no abonadas, si bien únicamente en algunas jurisdicciones y, en parte, a modo de ensayo (104). Con la presión de las necesidades han mejorado los resultados. Significativamente, del 25 al 35 por 100 de los multados morosos, al recibir la citación para el cumplimiento de la pena privativa de libertad sustitutoria, optan por el trabajo que simultáneamente se les ofrece, fijándose la equivalencia entre una tarea diaria de 6 a 8 horas y un día-multa (105). Parece necesaria en este momento una regulación unitaria para toda la Federación, sobre todo con un baremo único de equivalencias, el cual debería también tener presente el montante eventualmente muy escaso del día-multa, que puede descender (parágrafo 40, pfo. 2, inciso 2.º StGB) hasta dos marcos. El éxito final depende también de que un servicio social eficaz establezca y mantenga, de una forma no burocrática, la conexión entre quienes quieren trabajar, las oficinas de empleo y las autoridades penitenciarias. Las otras posibilidades de utilización del trabajo en provecho de la comunidad como sanción en el derecho vigente —p. ej., en cuanto carga en la suspensión condicional de la pena (parágrafo 56 b, pfo. 2 n. 3 StGB) o en el sobreseimiento condicional del proceso penal (parágrafo 153 a, pfo. 1 n. 3 StPO)— han alcanzado hasta este momento en el derecho penal de adultos muy escasa significación (105 a). Esto debería, sin embargo, cambiar ahora si se quiere que la organización del trabajo en servicio de la comunidad llegue a operar correctamente como sustitutivo de la pena pecuniaria.

2. En el extranjero conocen el trabajo como sustitutivo de la multa no satisfecha Suiza (106) e Italia (107), donde incluso se ha abolido, según la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional del año 1979, la pena privativa de libertad sustitutoria. Como carga durante el período de prueba introdujo Francia el trabajo en prove-

(104) Cfr. KRIEG y otros (nota 98); HEINZ, *Neue Formen der Bewährung in Freiheit in der Sanktionspraxis der Bundesrepublik Deutschland*, Jescheck-Festschrift, t. II, págs. 963 y s.

(105) SCHALL, *Die Sanktionsalternative der gemeinnützigen Arbeit als Surrogat der Geldstrafe*, NStZ, 1985, pág. 106.

(105 a) De forma diversa, las instrucciones y obligaciones de trabajo en el derecho penal de menores; cfr. HEINZ (nota 104), pág. 969.

(106) SCHULTZ, *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts*, t. II, 3.ª ed., 1977, pág. 112; LANG, *Die Geldstrafe in der Schweiz*, en JESCHECK/GREBING (comp.), *Die Geldstrafe im deutschen und ausländischen Recht*, 1978, págs. 831 y s.

(107) Johanna BOSCH, *Die Freiheitsstrafe und ihre Surrogate in Italien*, en JESCHECK (nota 93), t. I, 1983, págs. 338 y s.

cho de la comunidad en 1983. A modo de ensayo se han adherido a este sistema Dinamarca y Noruega (108).

3. El trabajo en provecho de la comunidad como pena principal primaria se introdujo en Inglaterra en 1972 bajo la denominación «community service» (109). Consiste en que el acusado se compromete con su aceptación a ejecutar, bajo la dirección de un asistente en el período de prueba, una actividad no remunerada en provecho de la comunidad, cuya duración se fija entre 40 y 240 horas. Es admisible la nueva sanción en todos los delitos cometidos con prisión, es decir, en un campo muy amplio, y por ello mismo es también bastante frecuente. El condenado puede elegir por sí mismo la posibilidad de trabajo más adecuada para él de una lista que le ofrecen los funcionarios del período de prueba. Viene en consideración los más diversos servicios sociales y caritativos. El valor político criminal del «community service» radica en que el autor queda sensiblemente afectado por la pérdida de su tiempo libre sin verse, sin embargo, privado de su libertad y, con ello, del contacto con su ambiente normal y también en que la sanción consiste en una prestación activa para la sociedad como compensación del daño que idealmente se le causó. Si no se sigue el plan de trabajo preestablecido, cabe pronunciar con posterioridad una pena privativa de libertad. Según el mismo modelo han introducido Francia (110), Holanda (111) y Portugal el trabajo en provecho de la comunidad como sanción autónoma. Caso de que las experiencias que se llevan a cabo, en Alemania y fuera de Alemania, con el trabajo en provecho de la comunidad resulten estimulantes, tendrá éste que cuestionarse también entre nosotros como sanción autónoma para la criminalidad leve y media. Las dudas en relación a la prohibición del trabajo obligatorio por el artículo 12, párrafo 2.º, 3 de la Ley Fundamental, pueden disiparse exigiendo el consentimiento del afectado, exigencia que debería preverse ya también por la razón de que en otro caso no podría llevarse a la práctica de forma conveniente el trabajo en provecho de la comunidad (112). De todas formas, no cabe esperar ningún milagro de esta sanción, pues en la práctica sustituiría de modo parcial probablemente no a la pena privativa de libertad sino, a lo sumo, a la pena de multa (113).

(108) TAK/VAN KALMTHOUT, *Dienstverlening en sanctiestelsels*, 1985, páginas 35 y ss. y 177 ss (citado según el manuscrito, en vías de publicación).

(109) Barbara HUBER, *Community service order als Alternative zur Freiheitsstrafe*, JZ, 1980, págs. 638 y ss.

(110) Escéptico a este respecto, según las experiencias habidas hasta ahora con las alternativas en Francia, GASSIN, *La crise des politiques criminelles occidentales*, en «Problèmes actuels de science criminelle», Aix-Marseille, 1985, página 37, que reconduce la crisis de la política criminal a la sobrecarga de la justicia penal y a su pérdida de eficiencia.

(111) En relación a esto, SCHAFFMEISTER, *Durch Modification zu einer neuen Strafe*, Jescheck-Festschrift, t. II, 1985, págs. 999 y ss.

(112) Cfr. en relación a esto PROHL, *Gemeinnützige Arbeit als strafrechtliche Sanktion*, 1983, págs. 149 y ss.

(113) ALBRECHT (nota 97 a), pág. 130.

Dogmática penal y política criminal se implican recíprocamente. La dogmática penal establece los presupuestos de los que depende la punibilidad de una acción. La política criminal determina las sanciones que vienen en consideración frente al autor. Todo ello en relación a la tarea del derecho penal: elevar la lesión del Derecho a conocimiento de la opinión pública, como prueba de la inviolabilidad del ordenamiento jurídico y hacer responsable por ello al autor en la medida de su merecimiento. Si se quiere caracterizar el sentido más profundo de la dogmática penal alemana, habrá que decir que ésta se apoya en la persona, en el modo y manera de su toma de decisiones, sus posibilidades de actuación y su capacidad para distinguir lo justo y lo injusto y para obrar cuidadosamente en su relación con los bienes jurídicos. Sin embargo, el sistema del derecho penal no contempla al hombre solamente en su individualidad, a la que ciertamente debe prestarse consideración, sino también como miembro de una comunidad que precisa de un orden basado en normas para poder subsistir. De ahí que la comunidad imponga a los individuos deberes cuya realización —que, por supuesto, puede exigir esfuerzos— tiene que ser asegurada, ya que con el derecho penal no se trata solamente de proteger bienes, sino también de garantizar exigencias básicas ético-sociales que posibilitan la vida en común en paz y en seguridad. Es más fácil restituir los bienes que la confianza perdida en el orden interno de la comunidad. Al mismo tiempo, el sistema del derecho penal introduce en el derecho vigente las distinciones objetivas necesarias para reagrupar correctamente los casos penales y juzgarlos equitativamente. La política criminal está cimentada sobre la consideración de la libertad y dignidad de la persona, la imposición de sanciones sólo en el marco de la culpabilidad por el hecho y la configuración de estas sanciones de tal manera que no pesen sobre el afectado más que lo estrictamente necesario para asegurar la prevención general. La dogmática penal y la política criminal no aparecen aisladas dentro de un marco nacional, sino que se ensamblan en un contexto cultural internacional, en una relación que vuelve ahora a sentirse fuerte y conduce a recíprocos intercambios y múltiples influjos. El derecho penal humano, liberal y social que les he presentado queda hoy, en efecto, limitado solamente a un pequeño círculo de países, pero es de agradecer el poder pertenecer a ellos. Nuestra esperanza es que este derecho penal se experimente también como un ideal allí donde todavía no está vigente.

Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva (*)

Por ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

I.—La teoría de la imputación objetiva despliega una función central actualmente en la doctrina de la antijuricidad, en la que se destaca que la conexión causal entre la acción y el resultado no fundamenta todavía la responsabilidad por el hecho. Esta requiere además la imputación objetiva, es decir, que *la acción haya creado un peligro, jurídicamente desaprobado, que se ha realizado en el resultado típico* (1). Causación no equivale aún a imputación. La causación señala

* El presente trabajo aparecerá en el Libro Homenaje al Prof. D. Luis Jiménez de Asúa (Colombia).

(1) JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal*, parte general (trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde), vol. 1, 1981, págs. 389 y ss. La definición es coincidente con la ofrecida en la literatura. La teoría de la imputación objetiva es aceptada en España por LUZÓN PEÑA, D., quien ha contribuido especialmente a su desarrollo, *Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: Valoración de las aportaciones causales*, en Rev. D. Circ., 1984, págs. 375 y ss. En su difusión en la literatura española ha pesado considerablemente ROXIN, C., *Problemas básicos de derecho penal* (trad. de LUZÓN PEÑA, D.), 1976 y, por su contribución al desarrollo del pensamiento material de la teoría, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966. La terminología *reprochabilidad objetiva* frente a *reprochabilidad subjetiva*, que evoca el plano valorativo del concepto mejor que la designación imputación objetiva, frente a imputación subjetiva, se encuentra en este autor, que en trabajos sucesivos ha mostrado su discrepancia con la comprensión de la culpabilidad como juicio de reproche. En el presente estudio se deja imprejujizada la cuestión lingüística, necesitada sin duda de una revisión, puesto que los problemas de lenguaje parecen tener un gran peso. Sobre esto, nuestro trabajo publicado en Anuario de Derecho Penal, 1985, págs. 287 y ss., *El concepto individual de culpabilidad* (redactado para el Homenaje al Prof. Dr. López Rey), en el que se considera la función del lenguaje (*culpabilidad, reproche*), emocionalmente contaminado, en la crítica a los conceptos jurídicos. El concepto de imputación objetiva es tenido presente, como una noción central, en los manuales y tratados españoles más recientes; en este sentido, MIR PUIG, S., *Derecho penal*, Parte general (Fundamentos y Teoría del delito, 1984), págs. 189 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal español*, 1984, págs. 227 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría Jurídica del Delito*, Derecho penal, Parte General, 1984, págs. 173 y ss. Una valoración de la dudosa recepción de la categoría en la jurisprudencia la ofrece HUERTA TOCILDO, S., *La Teoría de la Imputación Objetiva y su versión jurisprudencial*, en La Ley, número 717 (11-7-1983); SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Límites de la responsabilidad*

solamente que la acción ha promovido materialmente el resultado, es decir, ha condicionado de hecho ese resultado. En la imputación objetiva se cuestiona, por el contrario, si la acción ha originado un peligro, desaprobado por el derecho, que progresivamente se ha materializado en el resultado típico. Esto implica la formulación de un juicio de pronóstico sobre el peligro dimanante de la acción, peligro que dinámicamente ha conducido a la causación del resultado. En la definición proporcionada, compartida por la doctrina dominante, están presentes sin embargo algunas ambigüedades, que procede desde el comienzo corregir. La tesis sostenida en este trabajo es que el concepto de imputación objetiva descansa sobre la acción peligrosa, es decir, sobre aquellas propiedades de esa acción que permiten considerarla como fuente posible del peligro. De esta forma los momentos conducentes a la imputación objetiva en los delitos materiales se presentan detalladamente de la siguiente forma: a) Es preciso, en primer lugar, una acción peligrosa. b) Esa acción ha de encontrarse jurídico penalmente prohibida, es decir, hallarse en contradicción con la norma base del tipo. c) La peligrosidad de la acción ha de conducir progresivamente al peligro y, en su caso, al resultado lesivo descrito en el tipo de delito. Lo que contesta matización quiere indicarse es que la imputación objetiva descansa fundamentalmente en la acción peligrosa prohibida causal del ulterior resultado prohibido.

En el concepto están presentes planos diversos. El examen de la doctrina evidencia que no es totalmente diáfano cuál es su centro de gravitación. Un concepto jurídico puede poseer diversos elementos —causales, teleológicos, normativos—. Estos elementos no se hallan simplemente amalgamados, sino articulados jerárquicamente, de modo que la función rectora corresponde fundamentalmente a uno de tales elementos. Las fórmulas doctrinales acentúan la exigencia de que el resultado típico proceda de una acción peligrosa (momento teleológico) pero dejan relativamente en la sombra la necesidad de que la acción esté en contradicción con la norma jurídica (momento normativo o valorativo). Esta cuestión es objeto de algunas aclaraciones en las siguientes páginas. En segundo lugar, la doctrina actual estima que la imputación objetiva es una noción que cumple una función en los delitos materiales, es decir, en los delitos de resultado. La presente exposición estima, por el contrario, que este punto de vista es excesiva-

por imprudencia (Comentario a la Sentencia del T. S., Sala 2.^a, de 27 de enero de 1984), en La Ley, núm. 1049, 18-10-1984). La disseminación de la noción de imputación objetiva es hoy muy amplia: RODRÍGUEZ MOURULLO, G., admite la teoría de la relevancia, pero en conexión con el pensamiento de la imputación objetiva. Vid., *Derecho penal*, P. Gen., 1977, págs. 299 y ss.; criticamente, respecto a la viabilidad del concepto de imputación objetiva en los delitos dolosos, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal*, parte general, 1981, páginas 394 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General del Delito*, 1984, págs. 22 y ss., atribuye prioridad a la teoría de la relevancia jurídica de MEZGER, que materialmente asimila a la de la imputación objetiva, y destaca que los criterios de la previsibilidad objetiva y de la diligencia objetiva son demasiado vagos e imprecisos en orden a delimitar los procesos causales jurídicamente relevantes.

mente angosto y limitado. Pensamos que la imputación objetiva es un principio metódico superior, o la manifestación en los delitos materiales de un principio metódico general, que se ramifica y disemina realmente a través de todo el sistema. También informa los delitos de simple actividad, las teorías de la tentativa y de la partición criminal, etc. Es dudoso, en tercer término, si la imputación objetiva es *objetiva*, es decir, si la valoración en que consiste recae únicamente sobre el lado objetivo del comportamiento. Esta cuestión es sólo sugerida aquí. Pero parece muy oscura que el lado objetivo del comportamiento, o sea, la acción peligrosa objetiva, con el peligro por ella determinado, pueda ser objeto de la valoración jurídico penal, sobre todo pueda considerarse como el objeto decisivo de la valoración penal por aquellos autores que consideran que el dolo forma parte del injusto. En la actual teoría del delito predomina el criterio de que la acción antinORMATIVA es una unidad compleja, constituida por elementos objetivo —causales y subjetivo— finales. La teoría de la imputación objetiva parece orientarse en diversa dirección y considerar que el peligro (objetivo) materializado en el resultado típico exterior puede hallarse por sí sólo *jurídicamente desaprobado* (2).

II.—Como ha sido señalado, en la noción se pueden observar planes diversos. En primer lugar un plano causal, antepuesto realmente al propio concepto, en el que se considera si la acción es *causa*, en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones, del resultado sobrevenido. La afirmación de la imputación objetiva presupone, por tanto, un *juicio de hecho*, dado que un resultado únicamente puede ser atribuido (=imputado) a una acción cuando ésta ha sido su causa. En esta fase se opera con el paradigma causal de la equivalencia de las condiciones, sin que penetren aún consideraciones teleológicas, relativas a la peligrosidad inherente a la acción, ni valorativas, referentes a la antinormatividad del comportamiento.

III.—La imputación objetiva exige, por otra parte, un examen de la conexión teleológica entre la acción peligrosa y el resultado producido. Este resultado no puede proceder de cualquier acción, sino únicamente de una acción peligrosa, determinante de un peligro efectivo, que progresivamente haya causado la lesión del bien jurídico protegido. El momento examinado despliega en el concepto una función de extraordinaria importancia, dado que conduce a excluir del ámbito de la imputación objetiva las causaciones materiales de resultados procedentes de acciones no peligrosas, es decir, de acciones cuyas propiedades materiales no hacían previsibles o pronosticables tales resultados. Se trata de aquellas conexiones causales que emergen más allá de la previsibilidad humana, o de acciones que no poseen las propiedades precisas para permitir pronosticar un peligro racional, ponderable, calculable por el hombre. En la literatura suele reiterarse el ejemplo del so-

(2) La definición de JESCHECK, *loc. cit.*, parece acentuar que no la acción misma, sino el peligro determinado por ella, es el objeto de la desaprobación jurídica. La tesis de este trabajo es, precisamente, la inversa. La acción peligrosa es el objeto prioritario del reproche general jurídico penal.

brino que envía al tío al bosque en la tarde de tormenta a fin de que sea alcanzado por una descarga eléctrica. El análisis de esta acción pone de relieve que el sujeto trata de servirse de elementos fuera de su posible control. Quien intenta conseguir el resultado mediante acciones como la indicada no emplea medios que racionalmente pueden conducir al resultado, sino que más bien acude al azar para lograr la causación. No se distingue de quien para solucionar sus problemas económicos acude a la suerte. Estas situaciones suelen caracterizarse diciendo que en ellas está ausente la posibilidad objetiva de emprender la producción del resultado típico. La acción no puede, pues, concebirse como un intento real, efectivo, de conseguir su realización. En el comportamiento falta la dominabilidad objetiva (*objektive Zweckbarkeit*) del curso causal y su resultado. El hecho puede presentar un intento subjetivo de producir un homicidio, pero no una tentativa objetiva de realizarlo. Lo que se quiere decir cuando se afirma que en tales casos falta la posibilidad objetiva de emprender es, precisamente, que la acción emprendida no puede considerarse, según una apreciación racional, más que como un intento no racional de lograr el resultado típico. Tampoco en el ámbito del delito intentado se toman en cuenta la tentativa supersticiosa y la tentativa irreal. En la primera el autor acude a medios sobrenaturales para conseguir el resultado pretendido. La punición de la tentativa supersticiosa no sólo supondría restablecer los procesos de brujería en el derecho penal contemporáneo, sino el reconocimiento de que éste se ocupa de conexiones causales irracionales. En la tentativa irreal, por otra parte, el autor se sirve de acciones que implican una probabilidad infinitesimal, o prácticamente nula, o estadísticamente muy pequeña, de que el resultado sobrevenga. El grado de probabilidad es tan insignificante que *ex ante* no puede concederse que la realización de la acción introduzca verdaderamente un medio que pronosticablemente pueda conducir al logro del fin. La circunstancia de que la acción de hecho haya conducido al resultado, es decir, la verificación *ex post* del enlace causal, no puede retrospectivamente cambiar la naturaleza de la acción emprendida. Esta no podrá en ningún caso ser definida como una tentativa de emprender la producción del resultado, es decir, como un medio dirigido objetivamente a su consecución. La acción es indudablemente *causa* del efecto sobrevenido, pero no es *medio* racional para sobreeterminarlo. En este sentido, si el marido envía a la esposa a un viaje aeronáutico con la esperanza de que se produzca un accidente, como de hecho sucede, su comportamiento habrá causado el resultado, pero deberá ser considerado como una tentativa irreal para conseguirlo, excedente al tipo de la tentativa.

La idea de que las causaciones incalculables entre acción y resultado no pueden ser imputadas se debe, con base en la filosofía hegeliana del espíritu objetivo, a Karl Larenz, quien en el año de 1927 indicaba que «como imputación objetiva designamos nosotros el juicio relativo al problema de si un acontecimiento es obra de un sujeto... La imputación significa la pretensión de distinguir un hecho propio

del acontecer causal...» (3). Larenz alude al ejemplo, reiterativamente citado después en la literatura, del sobrino que induce al tío a ir al bosque en la tarde tormentosa. Dado que el tío ha sido alcanzado efectivamente por el rayo, dice, no hay duda de que desde el punto de vista científico natural se halla presente la conexión causal entre la acción del sobrino y la muerte del tío. Pero el sentido del problema no es sólo determinar si la acción ha causado el resultado, sino si la muerte puede ser concebida como obra propia del autor, es decir, si ese resultado puede serle imputado... En tanto que el error propio de todas las teorías causales —señala Larenz— es preguntar sobre *la* o *las* causas de un acontecimiento, la pregunta pertinente es, por el contrario, *¿qué puede ser considerado efecto de un comportamiento voluntario?* Larenz enseña que la peculiaridad de la causalidad propia de la voluntad es ser teleológica... Sólo la voluntad que domina el proceso causal puede transformar la sucesión causal de los fenómenos en una obra propia: imputación a la acción es referencia de un suceso a la voluntad, y únicamente a un ser titular de la voluntad, a la persona, puede serle imputado algo... (4).

Este criterio, ulteriormente desarrollado por Honig, se ha reincorporado a la teoría contemporánea del delito. El resultado sobrevenido aleatoriamente, más allá de toda racionalidad o calculabilidad, en el que está ausente la posibilidad de control real por el hombre, no puede ser objetivamente imputado. En él falta la dominabilidad objetiva (*objektive Zweckbarkeit*), es decir, la posibilidad objetiva de conseguir con la acción la producción del resultado típico. La acción no puede entonces ser entendida como tentativa real o verdadera, sino como pretensión ilusoria de que el resultado efectivamente se produzca.

La imputación objetiva aparece así como una noción supracausal, es decir, teleológica. En ella no se cuestiona la relación *causa-efecto*, sino la conexión *medio-fin* entre acción humana y sus consecuencias. La relación entre la causa y el efecto pertenece a una región óntica diversa de aquélla en que asienta la relación entre los medios y los fines. En la primera el pensamiento retrocede desde el resultado a la búsqueda de la causa, como visión retrospectiva de los fenómenos, mientras que en la segunda nos hallamos ante una comprensión distinta de la realidad, ponderando si la acción puede objetivamente emprenderse como medio para la transformación de esa realidad. El comportamiento deja de ser visto como *suceso* para ser entendido como *proyecto*. El modo retrospectivo propio del conocimiento causal es así sustituido por una consideración prospectiva del comportamiento.

La teoría expresiva de la orientación causal de los problemas penales es la de la equivalencia de las condiciones. La concepción que en el campo de la causalidad anticipa la problemática de la imputación objetiva es la de la adecuación, en la que se toma en cuenta *ex ante*, aunque con conocimiento del curso causal acaecido (pronóstico poste-

(3) LARENZ, K., *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektive Zurechnung*, 1927 (reimpresión de 1970), págs. 62 y ss.

(4) LARENZ, K., loc cit., pág. 63.

rior) si según un criterio racional (el criterio del espectador objetivo) la acción era concibible como medio para causar el resultado típico. La teoría de la adecuación pretende excluir, en el ámbito mismo de la causalidad, es decir, antes del tipo, aquellas conexiones causales que Hippel califica de absurdas, en que el resultado sobreviene por la concurrencia de condiciones totalmente extraordinarias, incalculables desde el punto de vista del normal juicio de los hombres. Estas hipótesis, además de los delitos calificados por el resultado, son aquéllas en que sobreviene una desviación no pronosticable del curso causal o los casos en que el sujeto acude a medios excepcionales, sobreviniendo un curso causal incalculable racionalmente, como cuando los conjuros o rezos dirigidos a que un individuo muera conducen, contra todo pronóstico, al fallecimiento. La adecuación faltará cuando el curso causal era totalmente imprevisible para el juicio normal de los hombres, o de tal manera improbable, que su posibilidad aparece como irrelevante para la conducta práctica del hombre normal en su vida de relación (5).

El análisis ulterior de la teoría de la adecuación —prescindiendo de su encaje sistemático— revela que el juicio de adecuación es implícitamente un juicio de pronóstico que encubre el grado de tendencia real de la acción para la producción del resultado. En todo juicio de pronóstico, si se siguiera el camino emprendido en la jurisprudencia norteamericana de tratar científicamente el problema, se cuestionaría el grado exacto de probabilidad que la acción presenta para determinar el resultado, entre dos límites dados por una probabilidad nula ($= 0$) y una seguridad total ($= 100 : 100$), equivalente a una relación no de probabilidad, sino de necesidad, entre la acción y el resultado. La teoría de la adecuación presupone un grado de idoneidad de la acción para la producción del resultado típico, por ej., una tendencia del 49,009, o más intensivamente, del 50,001, expresiva de que en el porcentaje correspondiente de hipótesis el resultado es causado por la acción.

Es evidente que un criterio tan fluido difícilmente puede constituirse en fundamento de la responsabilidad por el hecho. Binding indicaba que estas consideraciones estadísticas pueden ser definitivas para una compañía de seguros, pero no para la determinación de la responsabilidad penal, en la que están en juego consideraciones normativas, es decir, valorativas (6). La reducción del problema de la imputación objetiva a una cuestión de adecuación encontraría ulteriores objeciones.

De estimarse que la responsabilidad por el hecho es función de la adecuación, el tipo se encontraría abierto al juicio de adecuación —podría decirse que se trataría de un tipo abierto al juicio de adecuación—, o sea, a la aprehensión estadística del grado de adecuación, y todavía peor, a la captación profana, precientífica, de ese grado de adecuación. Es indiscutible, sin embargo, que la incorporación de

(5) La referencia a HIPPEL, de acuerdo con la síntesis de MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, I (trad. de Rodríguez Muñoz, J. A.), 1955, págs. 238 y siguientes.

(6) BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. I, (reimpresión de la ed. 4.^a, 1965), pág. 379, nota 21.

la adecuación al juicio de imputación constituye un indudable progreso, puesto que contribuye a introducir en el tipo —o en la imputación objetiva— consideraciones teleológicas, con las que se supera una primitiva visión causal de los conceptos penales. La adecuación es así momento codeterminante, aunque no momento fundamental, o razón de ser, de la tipicidad penal. El momento causal, el teleológico y el normativo —como fue al principio indicado— pertenecen a la imputación objetiva, pero entre ellos no existe simple acumulación o yuxtaposición, sino una característica relación dialéctica. El momento fundamental es, sin embargo, normativo.

Lo que demuestra que la adecuación no es más que un elemento constitutivo, pero no el fundamento, es decir, la *ratio essendi* de la imputación objetiva, lo ponen de relieve algunas observaciones concretas.

El derecho penal no hace depender la imputación objetiva de una prefijada, rígida, tendencia de la acción para causar el resultado. La imputación no depende de un grado de probabilidad estático o preterminado de probabilidad. La atribución del hecho puede ser función, por el contrario, de factores que relativizan el juicio de adecuación. Excluidas las hipótesis en que se asiste a cursos causales irrationales, extravagantes, atípicos, irreales, fuera de toda calculabilidad o pronosticabilidad, no hay duda de que el grado de adecuación de la acción para producir el resultado no es idéntico en el delito doloso y en el delito culposo. El que lanza una piedra contra una persona hemofílica —en el conocido caso de la jurisprudencia alemana— no responderá por un delito de homicidio si la enfermedad era desconocida para él. Por el contrario, deberá considerarse que el resultado sobrevenido es generalmente imputable en la hipótesis de que la acción se dirija dolosamente a producir una hemorragia incoercible habida cuenta de la constitución corporal del ofendido. En el ámbito de la estafa no faltará la imputación objetiva si el autor cuenta con la inexperiencia o la debilidad intelectual del ofendido, datos que favorecen el éxito de un engaño fantástico que efectivamente causa el error y el acto de disposición patrimonial. Estas hipótesis muestran que la valoración jurídico penal es diversa según se trate de acciones dolosas o no dolosas. La valoración jurídico penal no depende, pues, de una prefijada, rígida o estática adecuación de la acción, sino de las circunstancias concretas que posean relevancia.

En los delitos culposos se ofrece una situación invertida. Un alto grado de adecuación puede no fundamentar, sin embargo, la imputación objetiva. Es este el caso del atropello del peatón, causal de su muerte, no prohibido, sin embargo, por la norma general de cuidado. Está admitido actualmente en la literatura que en el delito culposo el desvalor de acción, dado por la discordancia entre la acción que debería emprenderse (= deber objetivo-general de cuidado) y la acción empírica, efectivamente realizada, es momento integrante de la tipicidad. En un plano prenormativo, puramente teleológico, no habrá duda de que la acción consistente en producir un impacto sobre el cuerpo del

peatón es una acción adecuada (= peligrosa) para la vida, cuyo peligro se ha materializado efectivamente en el resultado sobrevenido. El planteo teleológico de la imputación objetiva está aquí sin duda presente. Esto no prejuzga, sin embargo, el enjuiciamiento normativo de la hipótesis. En tanto el conductor se haya mantenido dentro de los límites del riesgo permitido, o haya observado el deber objetivo-general de cuidado, o su acción no discrepe de la que hubiera realizado un conductor prudente y diligente, la imputación objetiva deberá denegarse.

Las consideraciones anteriores muestran que una peligrosidad mínima de la acción puede fundamentar en los delitos dolosos la imputación objetiva. Por el contrario, presente un alto grado de peligrosidad de la acción, la imputación objetiva puede estar ausente en los hechos no dolosos.

Triffterer afirma que, según la opinión científica actual, la imputación objetiva pertenece como elemento constitutivo a los delitos dolosos y a los culposos, pero que permanece abierta la cuestión de si los criterios sobre ella son coincidentes en ambas modalidades de delitos. Podemos anticipar nuestra opinión de que el grado de peligrosidad de la acción exigido en el delito doloso y en el culposo no es necesariamente el mismo. En el delito culposo ha de ser ordinariamente sobrepasada la medida del riesgo permitido. El médico ha de determinar un peligro más intensivo que el pertinente según la *lex artis* para que pueda serle imputado el resultado típico. En la práctica de la medicina es observable que están autorizadas acciones que llevan un alto grado de peligrosidad —intervenciones quirúrgicas arriesgadas, a vida o muerte— y que sólo cuando la intervención sobrepasa una medida de riesgo autorizada cabe afirmar la tipicidad. La situación no es en este campo idéntica, ni siquiera semejante a la del hecho doloso, en el que toda acción que introduzca un peligro, incluso mínimo, aunque apreciable y real, de que el resultado sobrevenga es predeterminante de la imputación. Este criterio diferencial no es admitido por la doctrina dominante, para la cual —observa Triffterer— la esencia y misión de la imputación objetiva es proporcionar una base de valoración independiente del tipo subjetivo (7). Contra este criterio bastaría recordar que en la actual dogmática no sólo se considera que los hechos no intencionables no pueden ser materia de la valoración jurídico penal, es decir, de lo injusto, sino que esta valoración es distinta según se trate de hechos dolosos o culposos. El pensamiento de que el dolo codetermina lo injusto —un criterio hoy difundido en la dogmática penal austriaca, antes alineada en un claro objetivismo— lleva a Moos a sostener que la imputación objetiva no se refiere sólo al tipo objetivo, sino que más bien tiene por objeto el injusto descrito en un tipo complejo, de modo que ha de ser entendida como imputación general, es decir, como imputación del hecho a cualquiera, frente a la imputación eminentemente personal en que consiste la culpabilidad. En esta línea señala que debería ser sustituida la expresión impu-

(7) TRIFFTERER, Ö. *Osterreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1985, páginas 138 y ss.

tación objetiva por *imputación del injusto* (8). Este criterio no puede ser ulteriormente analizado aquí. En su dirección fundamental conduce, a nuestro juicio, a equiparar imputabilidad general con tipicidad, un punto de vista al que se aproxima el presente estudio.

IV.—La imputación objetiva, de acuerdo con lo expuesto, debe ser entendida como un concepto teleológico y normativo. La valoración normativa es, sin embargo, el centro de gravitación del concepto. En él aparece presupuestado el juicio de hecho de que la acción ha causado el resultado. El examen de la conexión causal, a realizar según la teoría de la equivalencia de las condiciones, posee carácter científico natural y se desenvuelve en el mundo, anterior a toda consideración teleológica y, por supuesto, a toda apreciación normativa, en que rige la conexión causa-efecto. Presupone, pues, la imputación objetiva el *juicio de hecho* de que la acción como suceso empírico ha determinado, en su caso, el resultado. En segundo lugar la noción reclama que la acción pueda ser concebida como posibilidad objetiva de producir el resultado, es decir, como intento real, no irracional, de sobredeterminar el resultado típico. Es éste un *juicio de pronóstico*, donde opera el pensamiento de la adecuación, mediante el que se excluyen del ámbito de la categoría las conexiones causales absurdas o extraordinarias, incalculables para el hombre. En este plano es desbordada la consideración causal. No se trata ya de determinar la relación causa-efecto sino la conexión medio-fin. En último término, la imputación objetiva es caracterización como antinormativo del comportamiento. Ahora se trata de la formulación de un definitivo *juicio de valor* en el que se decide la antinormatividad del comportamiento, es decir, el contraste del comportamiento con una norma jurídica concreta. Esta valoración señala que la acción peligrosa para el bien jurídico, cuyo peligro se ha materializado en la causación del resultado, no sólo se encuentra en contradicción con el sistema penal, sino con una norma jurídico penal específica. La aclaración de este momento posee la mayor significación. En las definiciones usuales de la imputación objetiva no deja de reclamarse que la acción produzca un peligro jurídicamente desaprobado —con lo que se desplaza el problema de la antinormatividad desde la acción peligrosa misma al peligro originado por ella—, pero este plano normativo no parece poseer la significación principal. Como todo concepto jurídico la imputación objetiva contiene una dimensión teleológica y otra normativa. La teoría dominante asigna la función rectora a la exigencia de que la acción produzca el peligro y de que éste se materialice en el resultado típico. El punto de vista aquí sostenido es que el papel rector, como Binding puso bien de relieve, le corresponde a la valoración jurídica de la hipótesis concreta.

Esto no supone que la imputación objetiva dependa de la valoración judicial y que exista el peligro de que esta valoración decida discrecionalmente sobre si un comportamiento es objetivamente imputable. En primer lugar, hay que destacar que el problema de la imputa-

(8) La referencia a Moos, según TRIFFTERER, loc. cit., pág. 140.

ción objetiva se plantea dentro del marco formal trazado por el tipo. Este cumple la función de seleccionar las acciones punibles. El punto de partida de toda consideración teleológica posible es, pues, la tipicidad. De esta forma queda plenariamente salvaguardado el principio *nullum crimen sine lege*. Sobre esto no debe existir ninguna ambigüedad, ni ninguna confusión. Es dentro del marco formal del tipo donde se desenvuelve la consideración teleológica en que se interroga si la acción es peligrosa o lesiva del objeto de protección. Lo que queremos indicar es que esta referencia teleológica, pese a su elevada significación, no es teóricamente definitoria. Como hemos señalado, existen acciones altamente peligrosas —como una intervención quirúrgica sumamente arriesgada— que no son objetiva (= generalmente) imputables por no encontrarse en tensión o contradicción con la norma jurídica. Por el contrario, hay acciones cuyo grado de peligrosidad es mínimo o muy tenue, que se hallan comprendidas en el radio de acción de la norma. Esto ocurre, p. ej., cuando el autor persigue dolosamente el resultado contando con la singular vulnerabilidad de la víctima, como cuando mediante un shock psíquico logra causar el fallecimiento de un enfermo cardíaco. El dolo y los factores concretos concomitantes pueden conducir en hipótesis semejantes a que el comportamiento, pese a la reducida peligrosidad abstracta de la acción, se valорice como discrepante de la norma prohibitiva del homicidio doloso. Es evidente que en tal caso la acción ha causado el resultado, con lo que no puede sostenerse que el principio *nullum crimen sine lege* no aparezca estrictamente respetado. Dentro del tipo, sin embargo, la valoración jurídico penal conduce a sostener que el contenido material es coincidente con la descripción formal del comportamiento.

La concepción expuesta presenta una imagen dialéctica del problema. La imputación objetiva no puede considerarse rígida o estáticamente. Presupuesta la subsunción formal del comportamiento en el tipo, entre plano teleológico y plano valorativo-normativo existe sin duda una relación de intercambio. La peligrosidad de la acción puede ser muy tenue, pero en atención a los demás factores, entre los que el dolo ocupa un puesto fundamental, ser muy alta la desaprobación jurídico penal. Por el contrario, puede ser muy alta la peligrosidad de la acción, pero dada la ausencia del dolo, ser considerada —como muestra el ejemplo precedente de la intervención quirúrgica— como una acción jurídicamente permitida. No es posible, por tanto, entender que la imputación objetiva presupone un coeficiente idéntico de peligro en el delito doloso y en el delito culposo. Más bien cabe decir que la materia concreta valorada puede conducir a una valoración jurídica diferente.

V.—La teoría de la imputación objetiva es generalmente considerada como una construcción relativa a los delitos materiales o de resultado. Esta idea es, sin embargo, controvertible. En el concepto están presentes dos planos o niveles. Contiene una doble exigencia, es decir, que el desvalor de acción (a) conduzca precisamente al desvalor de resultado (b). Esta doble valoración puede ser efectuada con rela-

tiva autonomía. El desvalor de acción, en cuanto tal, se presenta como momento constitutivo de la imputación objetiva, lo que abre la puerta a una consideración menos limitada o más general.

Triffterer señala que la doctrina dominante restringe el concepto a los delitos materiales. Desde esta perspectiva, dice, la imputación objetiva equivale a la valoración de la conexión causal entre la acción y el resultado y, en consecuencia, limita su operatividad a los delitos de resultado. Esta concepción es demasiado estrecha, indica, si se admite que la infracción del cuidado objetivo —o más claramente, la discordancia entre la acción real y la acción jurídicamente debida— es un criterio de la imputación objetiva. Entonces adquiere la imputación objetiva significación en los delitos de simple actividad, lo que se confirma por el hecho de que la doctrina dominante exija el examen de la infracción del cuidado objetivo en los delitos culposos de simple actividad. La posibilidad, probabilidad y el riesgo —concluye de acuerdo con Frisch— no sólo despliegan una función en los delitos de resultado, sino también en los delitos de simple actividad (9).

En nuestra opinión este punto de vista no sólo debe de ser aceptado sino objeto de mayor amplificación. La imputación objetiva es una exigencia general interna al sistema. Es la manifestación de un principio metódico superior, que se disemina por todos y cada uno de los campos del sistema penal. La doctrina lo ha tenido preferentemente en cuenta en los delitos dolosos de resultado, en los delitos culposos de resultado y en los delitos de comisión por omisión. La opinión indicada estima que opera también en los delitos formales. La amplificación creciente de la categoría muestra su tendencia interna a constituirse en principio general, intrasistemático, que trascendería a todo campo particular, susceptible de ser verificado en los más diversos contextos. Este criterio es acogido aquí. Como manifestaciones de tal punto de vista tomamos en cuenta hipótesis tan diversificadas como los delitos de peligro posible y un caso tan alejado aparentemente de la discusión como el fenómeno de la instigación.

A) Los delitos de peligro posible, o más precisamente, de peligro hipotético, requieren que la acción posea aquellas propiedades materiales que, en virtud de un juicio de pronóstico, permiten estimarla como factor conformador del peligro concreto o de la lesión de bienes jurídicos. Este grupo se afirma progresivamente en la literatura penal. Es distinto de los delitos de peligro abstracto, en los que el peligro es sólo motivo del legislador, o sea un dato extrínseco al tipo, que no se ha incorporado a éste, ni opera como causa (= *ratio essendi*), según hemos señalado en otra ocasión, de la prohibición jurídico penal. Los delitos de peligro hipotético requieren, por el contrario, que la acción sea peligrosa, de modo que en la hipótesis de un contacto entre esa acción y el objeto de protección pueda surgir un peligro concreto.

(9) Según TRIFFTERER, loc. cit., pág. 139. También MIR PUIG, S., loc. cit., pág. 193, señala que «en los delitos de mera actividad la realización del tipo debe suponer la imputación objetiva».

En éstos se reclama la efectividad del peligro, pero en los delitos de peligro posible o hipotético basta un peligro potencial, no efectivo, susceptible de realizarse (10).

El grupo de los delitos de peligro hipotético contiene numerosas figuras pertenecientes al núcleo clásico, histórico cultural, del derecho penal. Es casi seguro que el delito de injuria es una figura de peligro hipotético. La acción injuriosa ha de ser apta para lesionar el honor del ofendido, pero no necesita siquiera ponerlo en peligro efectivo ni, en consecuencia, menoscabarla o lesionarlo. Existe injuria aunque la víctima no se sienta en absoluto afectada ni la acción la haga desmejorar en el círculo social a que pertenece. Lo único que reclama la acción —aparte la cuestión del *animus iniurandi*— son aquellas propiedades que la hacen peligrosa para el honor ajeno.

La amenaza ocupa un puesto fundamental entre los delitos de peligro posible. La acción ha de ser peligrosa para la libertad de decisión o de actuación, pero no precisa poner en efectivo peligro este bien jurídico. El delito quedará consumado incluso si por su imperturbabilidad o fortaleza de ánimo, el sujeto pasivo no resulta en absoluto afectado en su esfera psíquica. Es suficiente, por el contrario, con que la acción posea las propiedades que permiten mediante el juicio de pronóstico estimarla como comportamiento peligroso para el bien jurídico.

El centro de gravitación de la amenaza es, desde otra perspectiva, su contradicción con la norma prohibitiva. La doctrina destaca que la amenaza ha de ser injusta. En esta característica radica, decisivamente, su reprochabilidad general, es decir, su cualidad de acción generalmente imputable. Las amenazas de divorcio, con querellas criminales, etc., pueden ser peligrosas para la libertad de actuación y decisión, pero sólo si se encuentran en contraste con la norma prohibitiva presentarán la cualidad de comportamientos objetivamente imputables.

En algunos sistemas penales existen tipos relativos a las amenazas condicionales. Esto sucede en el sistema penal español. La amenaza condicional exige, en primer lugar, un hecho susceptible de ser valorado como delito de amenaza simple, al que ha de conectarse, en segundo término, un comportamiento —por ej., una entrega de dinero— del amenazado. Esta figura es particularmente ilustrativa, puesto que pone de manifiesto el sentido esencial de la llamada imputabilidad objetiva. En la acción básica, es decir, en el delito de amenaza simple, han de estar presentes todos los elementos, teleológicos y normativos, que ulteriormente han de transitar progresivamente al delito de resultado. Este es un *total* constituido por un originario desvalor de acción al que se conecta posteriormente el desvalor de resultado. La acción

(10) TORÍO LÓPEZ, A., *Los delitos de peligro hipotético* (*Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto*), en Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, 1981, págs. 825 y ss. En la amenaza simple, aludida seguidamente por el texto, estará ausente la reprochabilidad objetivo-general cuando la acción, no adecuada o peligrosa, perturba la tranquilidad, libertad o paz jurídica del sujeto, dada su excesiva pusilanimidad, influenciabilidad, carácter supersticioso, etc.

peligrosa para la libertad, jurídicamente desaprobada, determina progresivamente la producción del resultado lesivo, jurídicamente desaprobado. La unidad que es el delito de resultado es susceptible, pues, de una comprensión diversificada. No existe inconveniente, en la línea de amplificación del concepto sugerida por Frisch, en considerar la amenaza simple como acción generalmente imputable cuando muestra aquellas propiedades que la caracterizan como peligrosa y jurídico penalmente prohibida. La reprochabilidad objetivo general es un juicio normativo que primariamente recae sobre la acción y sólo ulteriormente se refiere al resultado típico.

B) Otro modelo que confirma este punto de vista es la instigación. Al igual que cualquier otro comportamiento la inducción ha de ser caracterizada como injusto para poder conectar a ella la pena. La antijuricidad de la inducción, en un derecho penal dirigido a la protección de bienes jurídicos, dependerá de que pueda ser concebida como acción peligrosa para los bienes jurídicos desaprobada por la norma prohibitiva. Esto conduce a estimar improcedente la teoría de la culpabilidad o de la corrupción, en que la reprochabilidad objetiva de la instigación se hace radicar en la causación de la culpabilidad del inducido, no en la potencialidad de la inducción para desatar originariamente el proceso causal (11).

Las diversas modalidades de la codelincuencia aparecen prohibidas por razón de su peligrosidad para los bienes jurídicos. El sistema normativo de la codelincuencia debe concebirse como un cuadro de prohibiciones jurídico penales de comportamientos que, cooperando causalmente a la producción del resultado descrito en el tipo, poseen un contenido teleológico y valorativamente diferenciable. Las conductas del cómplice y del cooperador necesario, se distinguen en el plano teleológico —grado de peligrosidad de la acción— y en el normativo —reprochabilidad objetiva diferenciada de cada comportamiento de acuerdo con una consideración concreta.

La instigación es paralelamente reconducible a la noción de imputación objetiva o general. En ella están presentes también los planos de la noción examinada. En primer lugar, reclama la determinación en otro de la resolución delictiva. Esta primera exigencia tiene carácter formal y traza, en el sentido del principio *nullum crimen sine lege*, la zona penal libre, protegiendo a quien no es inductor, es decir, a quien no ha determinado la resolución criminal en otro, frente al *ius puniendo* estatal.

La causación de la decisión criminal no equivale tampoco aquí, sin embargo, a imputación general. En la inducción es preciso que la actividad del instigador pueda ser caracterizada como comportamiento en el que no está presente una conexión causal absurda, es decir, como acción en que radica la posibilidad real de la producción de la decisión de delinquir en otro. El juicio teleológico inherente a la imputación

(11) RUIZ ANTÓN, L F., *El fundamento material de la pena en la participación*, en Cuadernos de Política Criminal, 1980 (núm. 11), págs. 47 y ss.

objetiva también forma parte de la noción de instigación. El sentido de esta exigencia puede ser aclarado con alguna referencia al campo de la instigación al suicidio. Ejemplos controvertibles de imputación objetiva pueden ser el del marido que mediante graves desprecios y malos tratos trata de conseguir la decisión suicida de la mujer. En la hipótesis de que realmente sobrevenga la resolución suicida de la esposa es preciso determinar si el comportamiento presenta la peligrosidad que le hace estar en contraste con la norma prohibitiva de la inducción. El caso resuelto por la jurisprudencia alemana en que se estima presente la instigación respecto a quien habiendo consumado una violación previa, pregunta —«¿tú no?»— sugerentemente al taxista que había transportado a la pareja, originando en él la decisión de un nuevo hecho, se halla también en el límite de la contradicción con la norma base del tipo. Estas hipótesis no pueden ser decididas abstractamente, sino tomando en cuenta todas las circunstancias concomitantes que posean relevancia para la valoración penal. También aquí procede recordar que la consideración teleológica y normativa se desenvuelve dentro del marco formal del tipo de la inducción, como causación en otro de la determinación de delinquir, o de realizar un hecho, por lo que la discusión no abandona nunca el principio *nullum crimen sine lege*. La imputación objetiva no está llamada a ampliar, sino por el contrario a restringir con arreglo a criterios racionales (teleológicos) y valorativos (axiológicos) conexiones causales extensivas, accidentales e incluso absurdas.

El ejemplo de la instigación es altamente ilustrativo. En ella es indispensable el nexo causal entre el acto del instigador y la decisión del inducido de cometer el hecho. La existencia de este enlace, al tratarse de una conexión anímica, psíquica, presenta siempre gran problemática. Un trabajo judicial inteligente y escéptico ha de tener en cuenta la facilidad con que puede confundirse el nexo de sucesión con la relación de causalidad (*post hoc, ergo propter hoc*). La decisión del inducido ha de ser en todo caso, no obstante, efecto del comportamiento del instigador. Cabe concluir que no toda causación será, sin embargo, generalmente imputable. Aquí han de tenerse también en cuenta los criterios examinados. En la instigación al suicidio la actividad causal del inductor será objetivamente reprochable con mayor facilidad cuando esté presente el llamado síndrome previo al suicidio, es decir, una situación psíquica caracterizada por la inestabilidad psicológica, la depresión, la obturación del horizonte existencial, etc. Estos datos concretos hacen inteligible la acción como intento objetivo de conseguir la decisión suicida, mientras que en situaciones en que la labilidad psíquica del instigado se encuentra ausente, la reprochabilidad objetiva —diversa, por supuesto, de la reprochabilidad ética— difícilmente podrá ser afirmada. En el campo frecuente de la entrega de cantidades de dinero para lograr la inducción de otro deberá ser también establecido que la acción no sólo ha causado, sino que ha causado de forma objetivamente imputable la decisión de delinquir. Se da por sobreentendido, por supuesto, que ulteriormente, de conformidad con el prin-

cipio de la accesорiedad, ha de existir un principio de ejecución típica por parte del instigado. Esto pertenece, sin embargo, a un contexto distinto del examinado.

VI.—La exposición precedente ha tratado de mostrar dos cosas. En primer término, que la imputación objetiva gravita prioritariamente sobre la contradicción entre la acción peligrosa y la norma jurídica concreta. Es esta una matización frente a la doctrina dominante, en la que persiste una concepción causal del problema. Las definiciones usuales destacan la necesidad de que la acción produzca un peligro jurídicamente desaprobado, lo que supone tomar en cuenta, más que la acción peligrosa, los efectos de ella. La exposición ha tratado de destacar que la acción peligrosa normativamente desaprobada es el núcleo o el centro sobre el que gravita la imputación objetiva.

Esta comprensión del concepto permite extender su operatividad a campos diversos de los delitos de resultado, donde despliega su función según la doctrina penal dominante. La imputación objetiva es una categoría que ha de ser tenida presente no sólo en los delitos materiales, o en los delitos de comisión por omisión, sino en todos los sectores del sistema penal. Establecido que la acción corresponde formalmente al tipo habrá que interrogar acerca de su reprochabilidad objetivo-general. Esto ha de hacerse respecto a acciones subsumibles en tipos de simple actividad, en el tipo de la tentativa, en los distintos tipos de la participación, etc. El que, p. ej., induce al prestamista a que consienta en pactar con él un negocio usurario, en el que desempeña la función de prestatario y víctima, no hay duda de que ejecuta una acción subsumible en el tipo de la inducción a la usura. Esta acción de instigación no es, sin embargo, objetivamente imputable. La solución dogmática de que en los delitos que presentan el fenómeno de la participación necesaria, no es punible el partícipe en cuya protección está establecido el tipo penal, es una manifestación, aunque esto no sea frecuentemente señalado, del criterio de la imputación objetiva.

La segunda conclusión del trabajo es que esta categoría es la manifestación de un principio rector superior, de una idea metódica general, que se disemina y ramifica por todos los sectores particulares del sistema. Unicamente determinados fenómenos asistémáticos, o irregulares, pueden aparecer como excepciones al principio metódico general. Entre ellos cabe mencionar los delitos de peligro abstracto y la tentativa imposible.

La afirmación de que la teoría de la imputación objetiva es algo menos que una verdadera teoría, con un campo material específico, no deja de ser visible en las exposiciones doctrinales. Es observable que la noción se disuelve en aplicaciones concretas —principios de disminución y de aumento de riesgo, doctrina del ámbito de protección de la norma, consideración de los cursos causales hipotéticos, etc. (12)—, o a lo sumo, en un elenco de reglas directrices del tratamiento de

(12) JESCHECK, H. H., *loc. cit.*, págs. 389 y ss.

casos, por los que la acción causal del resultado se considera carente de relevancia jurídica penal. ¿Es la teoría de la imputación objetiva una duplicación de la teoría de la tipicidad? Un conjunto de preguntas significativas podrían ser dirigidas aún al concepto, al que quizá una amplificación definitiva haga coincidir con la exigencia metódica y político criminal de que toda acción punible pueda ser definida como acción peligrosa para bienes jurídicos en contradicción con una norma jurídico penal.

Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva (*)

Por el Prof. Dr. SANTIAGO MIR PUIG
Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Barcelona

— I —

El problema de la función de la pena jurídica se plantea en diferentes sentidos. Desde una perspectiva sociológica importa cuál es la función que efectivamente cumple la pena jurídica en un determinado sistema social. Desde el prisma de la Dogmática jurídica se trata de averiguar qué función se atribuye a la pena en el Derecho vigente. Ninguno de estos aspectos constituirá el objeto de las reflexiones que a continuación efectuaremos. Vamos a adoptar el punto de vista *filosófico-jurídico* que corresponde a esta primera parte del presente Seminario. El análisis de la teoría de la prevención general positiva que realizaremos no partirá de la comprobación de cuál es la función social o atribuida por el Derecho vigente a la pena, sino de cuál *debe ser* dicha función.

— II —

1. Las respuestas que se han dado a esta cuestión han pasado por distintas fases, bien conocidas, desde los orígenes del Derecho penal contemporáneo. A principios del siglo XIX predominaban concepciones preventivo-generales, como las de Feuerbach, Filangieri y Bentham, junto a posiciones retribucionistas como la de Kant. Los hegelianos insistieron, más avanzado el siglo, en la retribución. Apareció luego la nueva dirección del positivismo naturalista en favor de la prevención especial. La «lucha de Escuelas» que ello motivó entre los partidarios de la pena retributiva y los prevenciónistas se resolvió mediante un compromiso por las teorías eclécticas, que combinaron con distintos matices la retribución, la prevención general y la prevención especial. Pero el compromiso suponía la renuncia al punto de partida que servía

* Ponencia presentada al Seminario sobre «Pena y prevención», celebrado en junio de 1985 en la Universidad Autónoma de Barcelona.

de fundamento a una verdadera concepción retributiva: suponía dejar de considerar a la pena como una *exigencia ética de Justicia*, pues ciertamente la Justicia no admite componendas derivadas de la utilidad social. Era fácil dar el paso siguiente y trasladar el centro de gravedad a la prevención, de la que la retribución sería sólo un *límite* máximo y/o mínimo. Se llega, así, al modelo de un Derecho penal entendido al servicio de la función de prevención, aunque limitada ésta por las ideas de proporcionalidad y/o culpabilidad. La fórmula, sintética como la de Estado social y democrático de Derecho y coherente con ésta, pretende conciliar la necesidad de protección de la sociedad a través de la prevención jurídico-penal, por una parte, y la conveniencia de someter dicha intervención preventiva a ciertos límites, derivados en parte de la consideración del individuo y no sólo de la colectividad.

Ahora bien, este planteamiento entraña la admisión de una relación de tensión entre principios que se acepta que puedan resultar contradictorios. Se reconoce la posibilidad de las llamadas «*antinomias de los fines de la pena*». Según ello, lo que puede resultar aconsejable para la prevención general, puede oponerse a lo exigible por el principio de culpabilidad o por el de proporcionalidad, y ambas cosas, a su vez, pueden entrar en colisión con las necesidades de prevención especial. Ello supone conflictos tanto en el momento de la conminación penal por parte de la ley, como en las fases de determinación judicial y determinación penitenciaria de la pena. Para evitar o limitar estas antinomias y conflictos, en los últimos años se viene proponiendo, por distintos caminos, la doctrina de la «*prevención general positiva*». A ella dedicaremos nuestra atención.

Antes de analizarla, añadiremos que también ha contribuido a su difusión la llamada «*crisis de la resocialización*». Ultimamente ha ido desvaneciéndose el optimismo que se extendió durante los años cincuenta y sesenta ante las posibilidades de un tratamiento penitenciario individualizado. Es cuestionable la eficacia del tratamiento en condiciones de privación de libertad, como lo prueban los altos índices de reincidencia; pero también se advierten los peligros que supondría para las garantías individuales una ideología del tratamiento llevada al extremo. Aunque en general ello no ha determinado a renunciar por completo a la función de prevención especial, sí que ha puesto en entredicho su capacidad para ofrecer una fundamentación general del Derecho penal. Como entre tanto la concepción retributiva ha ido retrocediendo frente al cometido de protección social que hoy se atribuye al Estado, es comprensible que se vuelva la vista a la prevención general (1).

2. La concepción clásica de la prevención general veía en la pena la amenaza de un mal destinada a *intimidar* a los posibles delincuentes que pudieran surgir de la colectividad. Si en el Antiguo Régimen ello

(1) Cfr. sobre esta evolución, HASSEMER, Generalprävention und Strafzumessung, en HASSEMER-LÜDERSSEN-NAUCKE, Hauptprobleme der Generalprävention, Frankfurt, 1979, págs. 34 s.; ZIPF, Kriminalpolitik, 2.^a ed., Karlsruhe, 1980, páginas 84 s.

se esperaba conseguir principalmente a través de la ejemplaridad de la ejecución del castigo, Feuerbach vinculó a la ley la función de intimidación de la pena mediante su famosa «teoría de la coacción psicológica». Frente a ello, la doctrina de la prevención general positiva no busca intimidar al posible delincuente, sino afirmar por medio de la pena la «conciencia social de la norma» (2), confirmar la vigencia de la norma (3). Ha cambiado el punto de mira: la pena no se dirige sólo a los eventuales delincuentes, pues no trata de inhibir su posible inclinación al delito, sino a todos los ciudadanos, puesto que tiene por objeto confirmar su confianza en la norma.

Esta concepción pretende superar las antinomias entre las exigencias de prevención y retribución, convirtiendo éstas últimas en necesarias para la propia prevención. Así, la confirmación de la vigencia de la norma requiere, según la nueva doctrina de la prevención general, que se imponga una pena proporcionada cuando se infrinjan las normas jurídicas fundamentales.

La teoría de la prevención general positiva ha sido objeto de apreciaciones críticas contrapuestas. Mientras que un sector doctrinal la ha recibido favorablemente como teoría que limita de forma racional la tendencia de la intimidación penal al terror penal (4), otros autores ven en ella el intento de legitimar tendencias irrationales que permitirían ampliar la prevención penal (5) o, en cualquier caso, de eliminar límites liberales materiales de la intervención penal (6). Esta diferencia de interpretaciones responde, a mi juicio, a la existencia de distintas orientaciones y formulaciones de la teoría de la prevención general positiva. Antes de tomar posición ante esta doctrina conviene exponer sucintamente algunos ejemplos de ello.

— III —

Los partidarios de la prevención general positiva pueden ser agrupados en dos direcciones. Por una parte, quienes defienden aquella forma de prevención como *fundamentadora*, y en su caso *ampliatoria*, de la intervención del Derecho penal. Por otra parte, los que con aquella concepción pretenden *poner freno* a la prevención general intimidatoria y/o a la prevención especial.

1. A) La primera tendencia enlaza con una tradición que confiere al Derecho penal la misión de conformación de valores morales en la

(2) Cfr. HASSEMER, Fines de la pena en el Derecho penal de orientación científico-social, en MIR PUIG (ed.), Derecho penal y Ciencias sociales, Bellaterra, 1982, pág. 137.

(3) Cfr. JAKOBS, Strafrecht, Allg. Teil, Berlín, 1983, pág. 7.

(4) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, Racionalidad e irracionalidad en la determinación de la pena, Rev. Fac. Derecho Univer. Complutense, monográfico 3 (1980), págs. 124 ss.

(5) Cfr. LUZÓN PEÑA, Prevención general y Psicoanálisis, en MIR PUIG (ed.), Derecho penal y Ciencias sociales cit., págs. 149 ss.

(6) Cfr. BARATTA, Integración-prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática, en CPC, núm. 24 (1984), págs. 541 s., 549 ss.

colectividad (7). Pero el antecedente más inmediato se encuentra en Welzel y en su concepción de la función ético-social del Derecho penal: «Más esencial que la protección de los concretos bienes jurídicos particulares —escribía Welzel— es la tarea de asegurar la vigencia real... de los valores de acción de la actitud jurídica... La mera protección de bienes jurídicos tiene sólo una finalidad de prevención *negativa*... La misión más profunda del Derecho penal es, por el contrario, de una naturaleza ético-social *positiva*: Al proscribir y castigar el apartamiento realmente actualizado de los valores fundamentales de la actitud jurídica, el Derecho penal expresa, de la manera más impresionante de que dispone el Estado, la vigencia inquebrantable de dichos valores positivos de acción, conforma el juicio ético-social del ciudadano y fortalece su actitud permanente de fidelidad al Derecho» (8). Según esto, el Derecho penal no ha de limitarse a evitar determinadas conductas dañinas o peligrosas, sino que ha de perseguir, ante todo, algo más ambicioso y de mayor alcance: influir en la conciencia ético-social del ciudadano, en su actitud interna frente al Derecho. Ello supone una misión que *amplía* el ámbito de incidencia que se considera legítimo para el Derecho penal.

Welzel no consideró esta función ético-social del Derecho penal como integrante de la prevención general, sino como vinculada a la «retribución justa» (9). Sin embargo, es evidente el carácter preventivo con que aquel autor defiende la mencionada función ético-social. Por de pronto, dicha función persigue prevenir la destrucción o puesta en peligro de la conciencia ético-social y la actitud jurídica de los ciudadanos: además, la protección de estos valores se considera por Welzel la mejor forma de prevenir a largo plazo la lesión de los bienes jurídicos (10). De ahí que este planteamiento pueda y deba verse como una concepción preventivo-general. En este sentido se manifiestan Armin Kaufmann y Hassemer.

El primero —cuya reciente muerte aún nos conmueve— entiende la función ético-social que Welzel atribuía al Derecho penal como «aspecto positivo de la prevención general», y la caracteriza como «socialización dirigida a una actitud fiel al Derecho». Destaca en ella tres componentes: una *informativa* de lo que está prohibido, otra de mantenimiento de la «*confianza* en la capacidad del orden jurídico de permanecer e imponerse», y una tercera de creación y fortalecimiento de

(7) Ver referencias en este sentido a H. MAYER, GRÜNWALD y NOWAKOWSKI, en WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., Berlín, 1969, pág. 242. Combate esta dirección frente a sus representantes de la Escuela de Uppsala (especialmente frente a LUNDSTEDT), GEIGER, *Moral y Derecho*, trad. GARZÓN VALDÉS, Barcelona, 1982, págs. 156, 170 ss.

(8) Cfr. WELZEL, op. cit., pág. 3.

(9) Cfr. WELZEL, op. cit., págs. 241 s. Del mismo modo, MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, 4.^a ed., Karlsruhe, 1971, pág. 77, que considera que la sola retribución es la que mejor asegura el mantenimiento del orden jurídico y la impresión de inviolabilidad del Derecho.

(10) Cfr. WELZEL, op. cit., págs. 4, 5 s.

una permanente *actitud interna de fidelidad al Derecho* (11). Ahora bien, Armin Kaufmann no trata de sustituir la retribución justa por esta prevención general positiva, sino que cree que aquélla es presupuesto de ésta (11).

También Hassemer entiende que la concepción welzeliana de la misión ético-social del Derecho penal supone «una descripción precisa de lo que se puede denominar prevención «general» o «positiva» (13). Sin embargo, este autor atribuye a este concepto de prevención una función limitadora de la intervención penal que distingue su posición de las hasta ahora contempladas. Luego analizaremos más detenidamente su concepción.

B) El Tratado de Jakobs ha venido a mantener una variante algo distinta de la prevención general positiva. Coincide con Welzel en perseguir el mantenimiento de la fidelidad al Derecho en la colectividad, pero rechaza que con ello se trate de proteger unos determinados valores de acción y bienes jurídicos. La única meta que corresponde, según Jakobs, al Derecho penal es garantizar la función *orientadora* de las normas jurídicas. Parte el tratadista alemán de la concepción del Derecho de Luhmann, como instrumento de estabilización social mediante la orientación de las acciones a través de la institucionalización de las expectativas sociales (14). La vida social requiere una cierta seguridad y estabilidad de las expectativas de cada sujeto frente al comportamiento de los demás. Las normas jurídicas estabilizan e institucionalizan expectativas sociales y sirven, así, de orientación de la conducta de los ciudadanos en su contacto social. Cuando se produce la infracción de una norma, conviene dejar claro que ésta sigue en pie y mantiene su vigencia pese a la infracción. Lo contrario pondría en entredicho la confianza en la norma y su función orientadora. La pena sirve para destacar con seriedad, y en forma *costosa* para el infractor, que su conducta no obsta al mantenimiento de la norma. La pena no ha de verse en su aspecto naturalístico de mal, de la misma forma que el delito no importa en cuanto lesión de un bien jurídico. Así como el delito es negativo en la medida en que supone infracción de la norma y, por tanto, defraudación de expectativas y un conflicto social consiguiente, igualmente la pena es positiva en cuanto afirma la vigencia de la norma al negar su infracción (15). Se trata, como se ve, de una construcción que recuerda intensamente la de Hegel (16).

En concreto, la protección de la norma y de su función orientadora tendría lugar, según Jakobs, confirmando la confianza en la norma por parte de quienes confían en las normas. Ello no tiene lugar porque el castigo haga presumible la intimidación de los posibles delincuentes

(11) Cfr. ARMIN KAUFMANN, La misión del Derecho penal, en MIR PUIG (ed.), Política criminal y Reforma del Derecho penal, Bogotá, 1982, pág. 127.

(12) Cfr. ARMIN KAUFMANN, cp. cit., p. 128.

(13) Cfr. HASSEMER, Fines cit., pág. 126, nota 33.

(14) Cfr. BARATTA, CPC, núm. 24 (1984), pág. 534.

(15) Cfr. JAKOBS, op. cit., págs. 4 ss., especialmente pág. 7.

(16) Lo reconoce expresamente JAKOBS, op. cit., pág. 11.

y su consiguiente inhibición frente al delito. La pena no persigue imponer al penado ni a terceros para que se abstengan de cometer delitos. Trata sólo de «ejercitar en la confianza de la norma» a la colectividad para que todos *sepan* cuáles son sus expectativas, de «ejercitar en la fidelidad al Derecho», y de «ejercitar en la aceptación de las consecuencias» en caso de infracción. Estos tres efectos se resumen en el de «ejercitar en el reconocimiento de la norma». Ello tendría el sentido de prevención general porque busca proteger las condiciones de la interacción social, las expectativas y orientaciones estables de las cuales no cabe prescindir en la vida social (17).

2. Las posiciones examinadas hasta aquí, desde Welzel hasta Jakobs, buscan en la ahora llamada prevención general positiva *fundamentar* la intervención del Derecho penal. Así entendida, la prevención general positiva permite e incluso obliga a utilizar la pena aunque no lo exija la inmediata protección de los bienes jurídicos a través de la prevención general tradicional (como intimidación) ni de la prevención especial. Sucele algo parecido a lo que supone la admisión de la exigencia de retribución aunque no resulte necesaria para la prevención general ni especial en sentido clásico. En Jakobs, además, como veremos, desaparecen los límites materiales que debía respetar la concepción tradicional de la retribución al vaciar al delito de contenido intrínseco y definirlo únicamente como función de la norma, cualquiera que ésta sea. Existe, sin embargo, otro sector doctrinal que defiende la prevención general positiva en un sentido *limitador* de la intervención penal. Mencionaremos los ejemplos de Hassemer, Zipf y Roxin.

En su trabajo sobre prevención general y medición de la pena, publicado en 1979, Hassemer ponía de manifiesto las dificultades de comprobación empírica de la eficacia de la intimidación penal como forma clásica de prevención general. En ello veía una razón que favorecía la tendencia a preferir la prevención general positiva. Sin embargo, advertía que no cabía tampoco comprobar empíricamente si la concreta fijación de la pena sirve de efectivo apoyo a las normas sociales. Hasta tanto dicha comprobación no fuera posible, Hassemer no consideraba lícita la agravación de la pena en el caso concreto en base a hipotéticas necesidades de prevención general positiva. Pero este concepto de prevención permitía una interpretación sí admisible por no redundar en perjuicio del reo. Esta otra interpretación, la defendida por Hassemer, parte de la diferencia específica del Derecho penal frente a los demás medios de control social. El Derecho penal aparece como un medio de control social caracterizado por su *formalización*. Esta tiene lugar mediante la vinculación a normas y tiene por objeto *limitar* la intervención penal en atención a los derechos del individuo objeto de control. La forma específica de afirmar las normas que corresponde al Derecho penal ha de ser, pues, su aplicación prudente y restrictiva, respetuosa de los límites que impone su carácter formalizado. De este modo, más que a través de la agravación de las penas, podrá el Derecho penal

(17) Cfr. JAKOBS, op. cit., págs. 8 s.

afirmarse a largo plazo y suponer un fortalecimiento de la confianza de la población en la Administración de Justicia (18).

En trabajos posteriores Hassemer ha desarrollado este planteamiento. Así, en la Ponencia que presentó al Seminario Hispano-alemán sobre Derecho penal y Ciencias sociales celebrado en Bellaterra en 1981, parte de la misma concepción del Derecho penal como medio formalizado de control social, en el cual importa tanto la función de control propia de la respuesta penal, como su juridicidad. Por ello, «la función de la pena —afirma— es la prevención general positiva», que no opera mediante la intimidación, sino que persigue la *protección efectiva de la conciencia social de la norma*. Ello supone dos cosas: por una parte, que la pena ha de estar limitada por la *proporcionalidad*, por la *retribución por el hecho*; por otra parte, que la misma ha de suponer un intento de *resocialización* del delincuente, entendida como *ayuda* que ha de prestársele en la medida de lo posible (19). En su Introducción a las bases del Derecho penal, Hassemer admite claramente que ello ha de conducir a una «reformulación de la idea retributiva (20)».

También Zipf y Roxin manejan en un sentido limitador el concepto de prevención general positiva. Ambos parten de la idea de que la prevención general de la intimidación entraña el peligro de una elevación excesiva de la pena. En concreto, entienden que la nueva regulación del Código penal alemán de la determinación de la pena ha venido a evitar este peligro. Zipf opina que el legislador alemán ha reducido la operatividad de la prevención general al referirse a la «defensa del orden jurídico». Así, según el parágr. 47 StGB, si la prevención especial no exige la imposición de una pena privativa de libertad de menos de seis meses de duración, sólo cabrá imponerla cuando sea «imprescindible para la defensa del orden jurídico». Para Zipf, ello sólo sucederá cuando esté en juego la «fidelidad al Derecho» de los ciudadanos, es decir, la prevención general positiva. No bastaría, en cambio, la conveniencia político-crímenal de aumentar la intimidación general, esto es, la prevención general negativa (21). El actual Código alemán no menciona ningún otro aspecto de la prevención general como base de la determinación de la pena, que en general se basa en la culpabilidad del sujeto y en las consecuencias que pueda tener para el mismo (parágr. 46). Se seguiría, pues, que sólo sería admisible la prevención general positiva en el sentido restrictivo, de *ultima ratio*, que corresponde al concepto de «defensa del orden jurídico».

Por su parte, Roxin entiende que la pena adecuada a la culpabilidad, punto de partida del sistema de medición de la pena del Código alemán, es la correspondiente a la prevención general positiva, y que la misma es inferior a la que permitiría la prevención general nega-

(18) Cfr. HASSEMER, op. cit. en nota 1, págs. 35 s., 52 s.

(19) Cfr. HASSEMER, Fines, cit., págs. 137 s.

(20) Cfr. HASSEMER, Fundamentos del derecho penal, trad. de Muñoz Conde/Arroyo Zapatero, Barcelona, 1984, pág. 398.

(21) Cfr. ZIPF, Kriminalpolitik, cit., págs. 85 s.; EL MISMO, Principios fundamentales de la determinación de la pena, CPC, núm. 17 (1982), pp. 354 s.

tiva. Roxin llama a la prevención general positiva «prevención general compensadora» o «integradora socialmente» (22), mientras que denomina «prevención general intimidatoria» a la negativa. La prevención general compensadora o integradora, que se contenta con el mantenimiento del orden jurídico y de la afirmación de la fe en el Derecho, se consigue respetando el límite de la culpabilidad. En cambio, la prevención general intimidatoria permitiría «ir más lejos», porque supone la tendencia a elevar la pena para conseguir su objetivo (23), una «tendencia al terror penal» (24). El profesor de Munich se manifiesta contrario a esta prevención intimidatoria y admite, en cambio, la prevención integradora, que es la que respeta el límite de la culpabilidad. Por otra parte, Roxin admite que en el caso concreto pueda imponerse una pena inferior a la adecuada a la culpabilidad y, por tanto, a la prevención general integradora, si dicha pena pudiera resultar desocializadora y contraindicada preventivo-especialmente. Sin embargo, ello tiene un límite: el de que la pena no resulte insuficiente para la «defensa del orden jurídico». Esta defensa mínima del orden jurídico supone, para Roxin, «la última forma de prevención general, su límite último de contención» (25).

— IV —

La exposición anterior ha tratado de poner de manifiesto la existencia de dos direcciones distintas entre los partidarios de la prevención general positiva, una fundamentadora y la otra limitadora de la intervención penal. No es de extrañar, por lo tanto, que la crítica haya valorado de formas bien diversas, y hasta contrapuestas, el concepto de prevención general positiva. Personalmente, considero que en un Estado respetuoso de la autonomía moral del individuo la prevención general positiva sólo resulta adecuada si se entiende en un sentido restrictivo. Ahora bien, así concebida puede aparecer no sólo como una forma tolerable de prevención, sino incluso como la mejor opción para un Derecho penal democrático.

1. Digo, en primer lugar, que el respeto de la autonomía moral del individuo se opone a utilizar la prevención general positiva como *fundamentadora* de la intervención jurídico-penal. La misión del Derecho penal no debe ser, en un Estado atento a la dignidad humana, incidir en la conciencia ético-social de los ciudadanos, como pretendía Welzel, y antes de él la corriente que proclamaba la «fuerza configuradora de las costumbres» (*sittenbildende Kraft*) de la pena jurídica. La «actitud interna» (*Gesinnung*) no puede imponerse bajo la amenaza de una pena. Ello vale no sólo para la actitud frente a las normas

(22) Cfr. ROXIN, *Culpabilidad y prevención*, trad. Muñoz Conde, Madrid, 1981, págs. 102, 104, 183.

(23) *Ibidem*.

(24) Cfr. ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Luzón Peña, Madrid, 1976, pág. 18.

(25) Cfr. ROXIN, *Culpabilidad*, cit., pág. 109.

mORALES, sino también para la actitud interna frente al Derecho: la imposición de una actitud interna de fidelidad al Derecho supone la internalización de la aceptación ética del Derecho. Si la prevención general positiva se entendiera como autorización para intentar por medio de la pena la adhesión interna de los ciudadanos al Derecho, sería rechazable. Así entendida, la prevención general positiva supondría el desbordamiento del límite representado por el fuero interno.

La formulación funcionalista de Jakobs merece en parte estas objeciones y en parte otras adicionales. Baratta le ha dedicado un interesante trabajo en que efectúa críticas desde el punto de vista interno de la teoría y desde una perspectiva externa a la misma. Entre las críticas internas cabe destacar la de que queda sin explicar por qué la estabilización de expectativas ha de tener lugar por medio de la imposición de un castigo y no por otros medios menos lesivos y funcionalmente equivalente (26). Permítaseme abundar en esta línea crítica. Si, como pretende Jakobs, la función del Derecho penal fuera sólo la confirmación de la confianza en las normas y supusiera únicamente una reacción destinada a *poner de manifiesto* que sigue en pie la vigencia de las expectativas normativas, ¿por qué no habría de bastar con una declaración inequívoca al respecto? ¿Por qué es preciso imponer un mal, como la pena, si ésta no busca la intimidación, sino sólo evitar posibles dudas acerca de la vigencia de la norma infringida?

Las críticas extrasistémáticas que Baratta dirige a la construcción de Jakobs culminan en la conclusión de que la misma tiene una «función conservadora y legitimante respecto de la actual tendencia de expansión e intensificación de la respuesta penal ante los problemas sociales» (27). Ante la alternativa entre sistema social e individuo, Jakobs opta por el primero, «dando prevalencia a la conservación del sistema social respecto a las necesidades y valores de los individuos» (28). Al atender sólo a las necesidades de funcionamiento del sistema y negar la función limitadora de referentes materiales como el bien jurídico y el principio de proporcionalidad (29), la teoría sistémica de la prevención general positiva aparece como más peligrosa que las teorías retributivas liberales.

Mención especial merecen las críticas que en nuestro país ha dirigido Luzón Peña a la teoría de la prevención general positiva. Según este autor, la sustitución de la prevención de intimidación por la prevención socialmente integradora, entendida como categoría autónoma o exclusiva y con exigencias propias, resulta regresiva por dos razones. Por una parte, porque «las exigencias de pena que pueda plantear la sociedad (y aquí hay que plantearse: ¿toda, la mayoría o sólo los grupos dominantes?) para mantener su fidelidad al Derecho y su seguridad y confianza en el mismo, pueden ser muy superiores —y menos fundadas— que las requeridas por lo estrictamente imprescindible para la

(26) Cfr. BARATTA, CPC, núm. 24 (1984), pág. 545.

(27) Cfr. BARATTA, loc. cit., pág. 549.

(28) Cfr. BARATTA, loc. cit., pág. 550.

(29) Cfr. BARATTA, loc. cit., págs. 538 ss., 541 s

prevención general de intimidación». Por otra parte, porque «dicha tendencia implica sustituir un concepto —el de intimidación general— al que se acusa de irracional y que, sin embargo, es... susceptible de fundamentación, empleo y control plenamente racionales, por otro concepto —el de prevención estabilizadora o integradora— pretendidamente racional, pero que a mi juicio, si se lo maneja de modo autónomo, no es sino una «racionalización» de algo subyacente e inconsciente: impulsos, agresividad y emociones de carácter plenamente irracional» (30). En cuanto a esto último, Luzón considera que la prevención general positiva supone una racionalización de la teoría psicoanalítica del «chivo expiatorio», según la cual la pena vendría a satisfacer la envidia de la sociedad por quien ha conseguido satisfacer un deseo reprimido, al privar a éste del fruto de su osadía. La función de estabilización de la conciencia jurídica general de que habla la teoría de la prevención general positiva, sería equivalente —según Luzón— a la función de «producción o restablecimiento del equilibrio psíquico de la sociedad» que descubre el psicoanálisis en la pena (31).

2. Las diferentes objeciones mencionadas hasta aquí aconsejan rechazar las concepciones de la prevención general positiva que ofrecen una legitimación fundamentadora o ampliatoria de la intervención penal. En cambio, me parece progresiva en un Estado social y democrático de Derecho la utilización limitadora del concepto de prevención general positiva. Un Estado social está empeñado en la misión de proteger a la sociedad y para ello debe acudir al Derecho penal si es absolutamente necesario. El primer fundamento de la intervención penal es su estricta necesidad para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales. Pero no toda pena necesaria para la prevención de delitos resulta admisible en un Estado democrático de Derecho respetuoso de la dignidad de todo hombre —también del delincuente. Un tal Estado ha de restringir el Derecho penal mediante una serie de límites, y no sólo por el de culpabilidad, sino también por los de legalidad, humanidad, proporcionalidad y resocialización y otros. El concepto de prevención general positiva será oportuno si se entiende que ha de integrar todos estos límites armonizando sus contradicciones recíprocas: si se entiende que *una razonable afirmación del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho exige el respeto de dichas limitaciones*. No se trata de autorizar la internacionalización del Derecho penal por el hecho de que éste proceda de un Estado social y democrático de Derecho, pues ello encerraría una grave contradicción con este modelo de Estado, que no ha de querer imponer por la fuerza una actitud interna de adhesión de sus ciudadanos. No es lícito castigar para forjar una conciencia jurídica, por progresiva que sea. Pero sí importa exigir que la pena, además de ser necesaria para la prevención de delitos, respete aquellos límites fuera de los cuales no supone ya la afirmación de un Derecho social y democrático, sino precisamente su negación.

(30) Cfr. LUZÓN PEÑA, op. cit. en nota 5, pág. 149.

(31) Cfr. LUZÓN PEÑA, ibídem, págs. 150, 152.

Criminalidad económico-social: Una digresión sobre la tropología del discurso jurídico-penal^(*)

ROBERTO BERGALLI
(Universidad de Barcelona)

— I —

El derecho no es otra cosa que uno de los tantos elementos de la superestructura; su formulación y su uso reflejan la situación de las relaciones económicas. En algunos casos puede favorecer la evolución de éstas, en otros puede funcionar como freno de ellas, pero en la mayor parte lo que hace es traducir la connotación real.

La reflexión no me parece obvia. Es suficiente recordar experiencias pasadas en el terreno de la elaboración teórica en las que lo político tuvo una preponderante significación (*Socialismo giurídico, Scuola positiva*) para darse cuenta hasta qué punto no fue extraña a los juristas la tentación de resolver las contradicciones sociales desde adentro, mediante la formulación de principios y derechos que deberían tener por sí solos la fuerza para convertirse en operativos.

Por lo tanto, creo que es necesario afirmar con toda franqueza que, si bien a esta altura de la reflexión jurídica no se puede ya rechazar el debate sobre un uso alternativo del derecho —como ha ocurrido en otros ámbitos culturales—, éste podrá únicamente desarrollar la función de provocar un crecimiento de tipo *cultural*, por medio de la denuncia de ciertas situaciones y la formulación de objetivos *tácticos* (función desmitificante), pero no podrá jamás resolver por sí solo las contradicciones que la sociedad capitalista crea y alimenta, puesto que ellas encuentran su causa en el modo de producción y distribución típica de esta sociedad.

A partir de semejantes afirmaciones me parece que es posible abordar desde fuera un área tan particular de lo jurídico como aquélla que se encarga, ya con una cierta identificación dentro del panorama punitivo, de controlar unos comportamientos que lesionan bienes jurídicos

(*) Versión revisada y escrita de la ponencia sostenida en el «Curso Superior de Derecho Penal: Los delitos socioeconómicos», dirigido por Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, el 18 de julio de 1985 en la Universidad de Salamanca.

tan peculiares como los que corresponden a relevantes necesidades colectivas en el plano de la economía y de lo social.

En esta perspectiva hay un primer frente que en el terreno jurídico provoca la confrontación entre quienes piensan que el derecho es un lenguaje —que responde a ciertas reglas de formación del discurso jurídico— y quienes hacen del mismo una técnica de solución de conflictos que no expresa más de lo que surge de sus reglas, pero que de verdad resulta ser un subsistema de un sistema más complejo de control social, respecto del cual cumple un papel estabilizador.

En la primera posición —las de las reglas de formación del discurso jurídico— dichas reglas están referidas a los requisitos lingüísticos de las expresiones, o sea a las condiciones gramaticales, semánticas o lógicas que una determinada expresión debe satisfacer como para integrar un sistema aplicable de normas válidas y, asimismo, son reglas de identificación o sea reglas de designación de los sujetos que tendrán a su cargo el proceso discursivo. En este sentido quizás puede ser redundante recordar la distinción entre las preposiciones de la ciencia jurídica y las normas del derecho; ambos configuran dos lenguajes que se pueden distinguir por su función y los efectos que ejercen sobre las conductas de los individuos, y sus relaciones entre sí, más que por su contenido o estructura lingüística. En este sentido, el discurso de la ciencia jurídica y el discurso del derecho aparecen separados por la diferencia entre quienes están habilitados para expresar uno y otro, y por la diferencia derivada de ésta, del efecto que ambos tienen sobre las posibilidades de conducta correspondientes a un grupo social determinado. Sin embargo, es probable que resulte peligroso llevar a consecuencias tan extremas esa diferenciación, en la medida en que, si bien es cierto que por esas razones centrales y otras laterales parece distinguible —y es necesario distinguir— el discurso de la ciencia del discurso de la práctica que configura su objeto, no es menos cierto que, en última instancia, y siendo su función uno de los principales criterios de la distinción, ambos coinciden y funcionan como una totalidad en vistas a la función común de conservar y, al mismo tiempo, facilitar los cambios y el desarrollo de la cohesión social en la sociedad que se trate. La ciencia jurídica aparece así como una lectura del discurso jurídico que debe coadyuvar a su función de regular e inducir las conductas sociales en un determinado sentido y bajo la estructuración del orden configurado. Por lo tanto, si el discurso jurídico es el discurso del poder social o uno de sus efectos centrales y más amplios, también el discurso de los juristas debe serlo, en la medida en que la distinción entre función motivadora y función descriptiva del discurso no es discernible en el comportamiento de la institución social, como en la teoría (así se ha expresado Entelman, 1982, 97 y ss.).

Por otro lado, respecto de la segunda posición a que aludí antes —a la del derecho como técnica de solución de conflictos—, es preciso recordar, aunque ello sea incidentalmente, que ella se encuentra hoy en el centro de la polémica suscitada entre los penalistas. En efecto, sabido es que la profunda crisis de legitimación en que ha caído el

derecho y el sistema penal en los países del área capitalista, arrastrada sobre todo por ciertos vientos autoritarios que soplan en los Estados sociales y democráticos de derecho, provocó la búsqueda de una nueva justificación de la teoría del delito y de la pena. Élla ha sido pretendidamente encontrada en el valor simbólico del ordenamiento normativo como instrumento de orientación e institución de confianza. De tal manera, la línea del pensamiento funcionalista que se reconoce en la tentativa de refundamentación que, por ejemplo, propone la denominada teoría de la prevención-integración (llevada a su máxima expresión, luego de diversos esfuerzos dogmáticos, en la obra de Jakobs, 1983) permite, asimismo, una ampliación del sistema penal tanto en extensión como en intensidad (con los consiguientes riesgos) cuando no sólo busca la estabilización y la conservación del propio sistema social al cual sirve, sino también desde que sólo es útil para atacar los conflictos sociales generados por el sistema en el momento y el lugar donde se manifiestan, en cambio de hacerlo allí mismo donde se producen (cfr. Baratta, 1984, 1.^a; reitera Muñoz Conde, 1985, 27).

— II —

Pues bien, el caso de la criminalidad económico-social y especialmente algunos de los elementos que cierta teoría criminológica maneja, dependiendo de una dogmática penal connotada por las relaciones económicas del sistema al que es funcional, y de cara a la construcción y conceptualización ulterior de esta categoría de delitos, me parece que provocan un interés particular en la perspectiva del derecho como lenguaje y en ambos sentidos discursivos a los cuales aludí antes: el de la ciencia jurídica y el del derecho, pues los dos tienen —como se dijo— la misma función de conservar o, eventualmente, la de facilitar los cambios, pero nunca la de provocarlos.

Las reflexiones que motivan esa afirmación (como todo el presente ensayo) y que se relacionan con el interés a que aludo, nacen, asimismo, de un radical disentimiento con el pensamiento criminológico que nutre sus análisis en la férrea subordinación a los conceptos jurídicos, los cuales gobiernan todo aquello que se considera *questión criminal* y medios para su control. Pienso honestamente que esta cuestión criminal está, de cualquier manera, vigorosamente determinada por los niveles de lo político y de lo económico y que, por lo tanto, las disciplinas que se ocupan de estas materias no pueden ser desatendidas por quien reflexiona en el plano criminológico. Estos son los motivos que me mueven también a interpretar el discurso criminológico tradicional sobre la criminalidad económico-social mediante el examen de lo simbólico, tropológico o metafórico que pone de manifiesto su retórica.

Si se considera el ya cuantioso material elaborado por los especialistas en el ámbito de la criminalidad económico-social, tanto de aquellos que la abordan desde el terreno político-crílminal como la de otros que dicen hacerlo desde la criminología, ha de encontrarse una cierta

unidad de análisis. Esta unidad procede de la consideración que este tipo de actividad criminal sigue enmarcada —al igual que otros comportamientos críminosos— por las mismas condicionantes que ya fueron achacadas a la clásica tesis de Edwin H. Sutherland sobre el *White-collar Crime* (WCC).

Ya en una ocasión (cfr. Bergalli, 1984, 27-69) y recogiendo valiosos planteamientos y sugerencias de García Méndez y Gómez (v. 1979, multicopiado), intenté sintetizar esas condicionantes diciendo que:

1) la tesis de Sutherland estaba impregnada por una perspectiva más ética que política, haciendo esto notorio en el tratamiento de la acción del Estado como sometido a presiones coyunturales que desvirtuarían su esencia de garante del bien público;

2) que el intento de subsumir la explicación del WCC en una teoría general de la conducta desviada —por medio del enfoque de la asociación diferencial— equipara cualitativamente esta particular modalidad de conducta con el delito convencional, diluyendo su especificidad en el proceso social global;

3) que la sujeción a los parámetros de la definición legal del delito, limita el campo de la investigación empírica, afectando negativamente el alcance de sus formulaciones teóricas finales; y

4) que el enfoque de la actividad de las corporaciones dentro de un marco que no trasciende los límites de un Estado-nación, debe ser hoy superado atendiendo a las transformaciones inherentes a las crecientes tendencias hacia la internacionalización del capital.

Voy a tratar de ilustrar estas condicionantes, tanto a la luz de lo que fueron las verdaderas proyecciones de la obra de Sutherland, en su época, como a la vista de las peculiares circunstancias de orden económico que hoy se esconden tras el uso de los conceptos y categorías que se han transformado en auténticos tropos del lenguaje criminológico, subalterno del discurso jurídico-penal en nuestro ámbito cultural.

La síntesis de las condicionantes a que aludí provino de un examen que tuvo por objeto poner en evidencia que la tesis de Sutherland no apareció por *generación espontánea* sino a consecuencia de un peculiar proceso de la estructura económica en los Estados Unidos de Norteamérica. Me refiero a la pasmosa concentración capitalista y a la quiebra que esta conllevo para la forma-Estado propia del tiempo del liberalismo decimonónico. Como es sabido, el *New Deal* legitimó la intervención estatal en el mercado y pretendió garantizar a las mayorías sociales agredidas por el desenfado del poder económico que había desconocido las viejas reglas del juego. La base político-social de semejante operación necesitaba una verificación empírica que justificara la legislación antimonopólica, ya iniciada con el siglo XX (recordar que la ley Sherman es de 1890), la cual, si bien iba a ser manipulada en su aplicación por la propia fuerza de las grandes corporaciones y en sus beneficios, de todas formas venía a convalidar el nuevo papel a cumplir por el Estado.

Que Sutherland advirtió la exquisita naturaleza socio-política de la

cuestión que encaró con su investigación, no me parece una cosa de la cual pueda dudarse. Sin embargo, sí parece que estuvo preocupado por no traslucirla. Ya lo hice notar cuando señalé (1984, op. cit.) su expresa aclaración de que su trabajo no estaba guiado por intención política alguna (cfr. Sutherland 1965, 44). Ahora, muy recientemente, Barbero Santos (v. 1985, 17), con la publicación a la vista del texto completo de la investigación de Sutherland, difundido por Geiss y Goff (1983), ha podido decir con seguridad que cuando Sutherland confesaba que con su obra simplemente pretendía estructurar sobre nuevas bases la configuración científica de la conducta criminal o cuando omitió los nombres de todas las corporaciones aludidas en su obra como *delincuentes* y no incluyó en la publicación un capítulo sobre tres historias de casos particulares analizados, lo que ocurrió por presiones del editor (Dreyden) y de su propia Universidad (Indiana), lo cierto es que estaba ocultando sus verdaderas convicciones.

Es evidente, entonces, que aunque Sutherland fuera sensible a la problemática real que subyacía en su investigación, tuvo que aceptar la censura para poder difundir los resultados de aquélla. Esta situación, que se presentó, como se dijo, por la necesidad de encontrar explicaciones al comportamiento criminal de empresarios y personas envueltas en delitos WC, de verdad estaba encubriendo la justificación del intervencionismo estatal lanzado con la política de Franklin D. Roosevelt en el ámbito de la economía. Resulta llamativo comprobar cómo Sutherland aludió elípticamente a sus fines principales cuando señaló en diversos pasajes de su libro las denominaciones peyorativas de «intelectuales subversivos, liberales u otros» (pág. 88) con que, por ej., el *Committee on Un-American Activities* y otros grupos motejaban a quienes, se decía, atacaban las instituciones americanas de la libre empresa; o cuando los empleadores clamaban porque aún cuando la *National Labor Relations Law* de 1935 fuese igualitaria en principio, ella no lo era —así decían— en su aplicación, puesto que la ley estaba administrada por «comunistas y otros radicales» (pág. 130) o bien cuando para demostrar el poco peso que tenían las definiciones de aquellas personas que denominaban como «indeseables o ilegales» a las prácticas habituales en los negocios, se los llamaba «comunistas o socialistas» (pág. 247).

De tal modo, ante la palpable repulsa que provocan a Sutherland los comportamientos de tantos *robbers Barons*, en el medio ambiente moral e intelectual depresivo, generado por la crisis de 1929-1930 que vino impulsada por el proceso de concentración salvaje del capitalismo, es razonable pensar en que los patrones de conducta de la ética protestante en decadencia (renacidos luego, al salir de la crisis) «desconectaron» a nuestro autor de los fundamentos socio-políticos de su investigación y lo volcaron a asumir una perspectiva más ética. En ella, es claro, el Estado no se presenta asumiendo su papel de garante del bien público y aparece sólo tangencialmente; el problema central es el de la moralización de los negocios, de las relaciones comerciales e industriales y de la propia actividad controladora de los aparatos estatales.

Pero hacer del Estado el centro del análisis y convertirlo en el eje de cuanto debe ocurrir en el mercado, escapa al enfoque concreto de Sutherland.

— III —

El confesado propósito que tuvo Sutherland con su investigación de constituir sobre nuevas bases la configuración científica de la conducta criminal, supuso para su época, un objetivo plausible, más que nada de cara a las teorías clásicas y en boga que pretendían explicar el comportamiento criminal haciendo hincapié en la naturaleza patológica del mismo o de su autor. En este sentido, lo que ya se había afirmado como tradición de la llamada «escuela de Chicago» en la sociología, que profundizó el análisis en el campo de las relaciones interpersonales, puede reconocerse en la inquietud «sutherlandiana». Es verdad que la teoría del aprendizaje, aplicada a descubrir el porqué unos y no otros, en contacto con modelos de comportamiento criminal, satisface en parte la explicación etiológica de la criminalidad desde el punto de vista del proceso mediante el cual una persona se inicia en el delito; la otra parte de la hipotética explicación del delito proveniría, para Sutherland, del punto de vista de la sociedad por medio de la teoría de la desorganización social (cfr. Sutherland, op. cit., 253 ss.) en sus dos formas: la de la anomia o falta de *standards* que dirijan el comportamiento de las personas y la de la organización de grupos que entran en conflicto con prácticas sociales específicas o conflicto de standards. Pero, sin embargo, todavía el propio Sutherland reconoce la necesidad de considerar la hipótesis de los rasgos personales del autor como suplemento, en la explicación de la conducta criminal y por ende del WCC, a las definiciones culturales que él sugirió bajo las tesis de la asociación diferencial y la desorganización social (op. cit., 264).

Estas circunstancias, a mi modo de ver, no sólo suponen una incoherencia en el sistema de análisis que parece primar en toda la investigación de Sutherland sino que, a la postre, traduce una doble ruptura en el nivel del discurso elaborado desde el comienzo sobre la específica naturaleza del WCC. En efecto, en la presentación de su obra —como luego lo desarrolla el análisis posterior de las conductas antisociales de los poderosos— Sutherland focaliza prioritariamente su atención en las contradicciones internas de la estructura económica norteamericana entre *prácticas económicas* y *normativa jurídica*; así lo demuestra con la puesta en evidencia de toda la gama de violaciones a la legislación que realizaron las setenta corporaciones examinadas, en materia de restricciones ilegales al comercio; disminuciones discriminatorias de precios fijados por la *Interstate Commerce Act*; ataques a las patentes, marcas de comercio y derechos de autor; falsedades en publicidad; actos desleales en perjuicio de los empleados o prácticas laborales desleales; manipulaciones financieras; actividades comerciales prohibidas durante los tiempos de guerra y, en general, una variedad de actos que provocaron perjuicios a los competidores y consumidores

de tales corporaciones o al propio Estado. Estas son las prácticas que constituyen la exposición de los ocho últimos capítulos de la segunda parte del libro de Sutherland del que hablo.

A mí me parece que el enfoque que priorizó Sutherland descuida o deja sin considerar un filón de gran riqueza interpretativa que está constituido por las derivaciones que para la legitimación del sistema capitalista de dominación acarrea el fenómeno del WCC. Sutherland fue un sociólogo y, aunque crítico, se formó en el ámbito cultural del gran proceso de acumulación norteamericano. Por esto, quizás, su planteamiento, al que he hecho referencia antes, deviene de una consideración mecánica y exagerada de la autonomía de las instancias infra- y superestructurales de la formación social norteamericana de la época. Pero, si intentando complementar lo que afirmé al comienzo de esta intervención, se entiende que lo jurídico no expresa únicamente las relaciones materiales de producción ideológica, en instancia conformadora de la actividad económica y de la estructura social, entonces es necesario dirigir la atención hacia los efectos que en la conciencia social produce el sistema jurídico. Y estos efectos son de dos clases; una primera, en que el efecto es el de una regulación interna que ordena e intenta hacer previsible el conjunto de relaciones político-sociales-económicas en las que se asienta el sistema capitalista. Aquí, este nivel de eficacia del derecho permite un desarrollo más o menos armónico de los intereses generales de los grupos que detentan la propiedad de los medios de producción en la sociedad. En segundo lugar y en relación con la «validez universal» de la norma jurídica, se cumple un efecto ideológico cual es el de presentar a los sectores dominados la existencia de la norma jurídica como garantía de control de los excesos de «cualquier» grupo del cuerpo social. La internacionalización y aceptación por el conjunto de la sociedad de la «verdad jurídica» y el «derecho garantía» colabora activamente en el proceso de legitimación de las relaciones globales de dominación. El señalamiento de conductas ilegales como *práctica habitual* de las grandes corporaciones —por otra parte reconocidas y aceptadas como núcleo dinámico de un sistema de vida— genera una contradicción cuya visibilidad amenaza potencialmente la eficacia del papel de lo jurídico en la instancia ideológica-legitimadora; problema éste que me parece no llega a alcanzar la misma dimensión en la instancia que he llamado de «regulación interna» como lo indica el propio carácter habitual de las violaciones señaladas por Sutherland.

En consecuencia, la propia perspectiva de Sutherland cae, según mi opinión, en la contradicción señalada al poner de resalto que las habituales prácticas ilegales de las grandes corporaciones sirven para cuestionar el sustento jurídico del sistema económico capitalista. Pero, asimismo, la confusión que introduce al aceptar también la hipótesis de los rasgos personales del autor en forma suplementaria, termina por obnubilar la peculiar naturaleza del WCC. Veamos porqué.

Después de casi cincuenta años de investigaciones sobre WCC, hoy puede decirse que las diversas concepciones elaboradas pueden redu-

cirse en dos vertientes fundamentales. Por un lado, la construcción del WCC como un acto «individual» y «desviado» que viola la normativa jurídica, en especial la relacionada con la regulación de la actividad económica. En este primer enfoque subyace la consideración ya mencionada de la «naturalidad» de las relaciones de producción e intercambio, ligadas a la apropiación privada del excedente. Por lo tanto, la crítica no va más allá de los problemas de índole técnico-jurídicos o de la limitación de los *excesos* que desbordan el funcionamiento normal del sistema. A esto alcanza la perspectiva de Sutherland y por esta vertiente es que ha discurrido casi toda la elaboración criminológica y jurídico-penal funcional a aquel tipo de relaciones económicas, es decir, orientada al fin de la conservación del sistema.

En cambio, la otra vertiente, por considerar que las prácticas llamadas de WCC son constitutivas de un régimen de apropiación privada de los medios de producción no pueden explicarlas sin caer en contradicciones, como si fueran prácticas «aisladas» o meramente «desviadas». Se impone, según este enfoque, un estudio crítico del funcionamiento de las instituciones políticas, sociales y económicas del sistema capitalista. A su vez, este análisis crítico puede ser considerado desde dos puntos de vista que denominaré *global* y *específico*. La crítica global, que consiste en mostrar la relatividad de las instituciones de la sociedad y su carácter de instrumento de grupos parciales, tiende a reducir el problema en el nivel político del desarrollo del conflicto social, subestimando la especificidad y el carácter con-formador de los instrumentos jurídicos en el proceso de dominación y legitimación. Creo, por las insuficiencias que traduce un enfoque global de tal naturaleza, aplicado a nuestro objeto de estudio, que la problemática del WCC y del delito social también (incluida la propia validez de los conceptos) puede ser analizado en forma más profunda a través de una crítica específica (que incluye y particulariza la crítica global) y que puede consistir en:

- a) el estudio de los mecanismos de producción y aplicación de las normas jurídicas;
- b) la extensión del campo de la investigación a prácticas que sin ser antijurídicas (por el simple hecho de no haber sido legisladas) son portadoras de daños sociales evidentes, y
- c) el estudio del papel del sistema jurídico en los mecanismos globales de dominación que permite comprender la naturaleza de las violaciones a sus disposiciones y la existencia de zonas de la vida social no reguladas por el derecho (y por ende permitidas).

De esta última vertiente se deriva que el aporte fundamental de la investigación crítica al estudio del WCC y del delito social también, consiste en revelar los mecanismos de prácticas que, lejos de ser aisladas o desviadas, contribuyen (con su habitual producción y esporádica sanción) a reforzar por esta vía el proceso total de dominación y legitimación.

Creo, además, por otra parte, que cualquier enfoque sobre la problemática del WCC remite, explícita o implícitamente, a una visión

global sobre la sociedad en general y a una visión particular sobre el sentido y las funciones de la investigación criminológica.

— IV —

Tal como vengo planteando estas reflexiones, he llegado, inevitablemente, a un tema al que ya he aludido y que puede considerarse crucial cuando se trata de la investigación criminológica empírica en el terreno de la criminalidad convencional, pero que tiene aún mayor relevancia cuando se vincula a la económica y social. En la síntesis de las condiciones que esbozé antes dije que una de éstas está constituida por la sujeción a los parámetros de la definición legal del delito. Se trata, como se sabe, de una vieja disputa. El propio trabajo de Sutherland, en un ámbito como el de la sociología norteamericana de los años del *Welfare*, provocó la reacción de juristas y otros colegas suyos. Las más extrema y conocida fue la de Paul W. Tappan (cfr. 1947, 96-102), quien alegó que sólo la condena por un tribunal (y el envío del autor al cumplimiento de la pena) podía determinar la criminalidad de un hecho y que las únicas personas que podían ser estudiadas científicamente como criminales eran quienes hubiesen sido declaradas culpables por el aparato judicial.

Pese a que el trabajo de Sutherland ponía precisamente en evidencia la realización, a cargo de corporaciones, de concretos actos lesivos de los intereses de competidores, consumidores o del propio Estado que no estaban legalmente definidos como delitos, él mismo efectuó grandes esfuerzos para demostrar que su interpretación del WCC concordaba con los precedentes legales establecidos (así lo recuerdan H. y J. Schwendinger, en 1975, 126); ¡tan fuerte era el predominio de las definiciones jurídicas también en el sistema del *Case-law*!

Pues bien, la disputa entre quienes insisten que la investigación empírica ha de partir de las definiciones legales del delito ha sido también en Europa no sólo el perno en torno al cual ha girado la autonomía de la propia disciplina criminológica (¡y ya sabemos hasta qué punto es desconocida esa autonomía en ciertos ámbitos!), sino que en el campo de la criminalidad económica y social ha limitado la categorización punitiva de lo realmente lesivo en función de una supuesta subordinación a las reglas del Estado de derecho y a la configuración previa de los tipos delictivos; ¡y que conste que no estoy abjurando del valor de la tipicidad en la delimitación del *ius puniendi*!

Esto es el resultado de una interesada irrupción en el ámbito de la autonomía científica; la mayor o menor utilidad que la definición de la conducta delictiva tiene no puede medirse en relación al valor heuristicó que la misma otorga a la investigación criminológica, sino en razón de la operatividad que a ésta le aporta. Claro es que también hay otros tipos de definiciones, como las *nominales* que traducen formas abreviadas de significado previamente convenido o singularizan una propiedad, una relación o una función especial para emplearla

como referencia; o como las *reales* que según dicen H. y J. Schwendinger (op. cit., 119) significan relaciones diacrónicas y sincrónicas entre variables e incluyen a la vez a las definiciones causales, las cuales implican las condiciones necesarias y suficientes para la existencia de un fenómeno. Estas últimas, de hecho, consisten en una teoría general del fenómeno estudiado.

Por lo tanto, si lo que se pretende es alejar el riesgo de que la reflexión criminológica no colabore en el proceso de reproducción ideológica en el que está involucrado el lenguaje jurídico, conformando y formalizando unas determinadas estructuras económicas y sociales, es necesario desmitificar el valor de la definición legal y ubicarla en su justa trascendencia, cual es aquella que garantiza la protección de bienes jurídicos y la determinación de la responsabilidad penal de los ciudadanos. Otros pretendidos usos *científicos* de las definiciones legales del delito ponen en peligro las posibilidades de indicar cuáles son los verdaderos comportamientos dañinos. Este es el punto de inflexión en el cual el pensamiento crítico demostró el empleo metafórico que de la criminología ha hecho el Derecho penal.

En los sentidos indicados creo que es imprescindible tener presente los distintos procesos de transformación acaecidos en las estructuras económicas nacionales y en el orden económico internacional cuando se inicia alguna investigación sobre una práctica que pueda lesionar intereses económicos y sociales colectivos. De otra manera se pueden presentar situaciones del tipo de las que verificamos en España.

En efecto, apenas sancionada la Constitución de 1978 y como es sabido, la discusión en torno a sus cláusulas económicas y al tipo de modelo económico que impuso el nuevo orden no estaba totalmente esclarecida. Muñoz Conde (cfr. 1982, 114), habló de una ambigüedad intencionalmente buscada por los redactores del texto constitucional en ese terreno para conseguir el mayor consenso posible, la cual venía a agregarse a la ambigüedad inherente al lenguaje jurídico en general.

Tantas ambigüedades incidieron, sin duda, en el Proyecto de Código Penal de 1980; su sistemática en general y en particular la del Título VIII provocaron los señalamientos de los penalistas en este sentido. La frondosidad de ese Título también generó quejas y aunque ahí se incluyeron algunas figuras de delitos económicos en sentido estricto, es decir, en la protección de una cierta intervención del Estado en la economía y aquellos otros que se manifestaran en el terreno de la competencia, en general, esa Parte del Proyecto siguió atendiendo a la forma tradicional de concebir la economía, ligada a los derechos subjetivos de los individuos en relación a su patrimonio y dentro de un Estado-nación.

Esa frondosa tutela de intereses económicos y sociales, pero dirigida principalmente en la forma indicada por la Reforma, dio sin embargo pie para que el poder económico se defendiera ante la tentativa de amenaza punitiva. En un estudio prohijado por el Instituto de Estudios Económicos (cfr. Stampa Braun y E. Bacigalupo, 1980, 144) y mediante una clara metaforización se alegó la inconsistencia o la ausen-

cia de una investigación empírica sobre la criminalidad económica en España que sustentara la propuesta de intervención penal-económica que formulaba el Proyecto de 1980. Como se advierte, este asunto confirma el dicho popular de la pescadilla que se muerde la cola, pues el Derecho penal tradicional no admite que la investigación criminológica no progrese más allá de los cauces por él limitados pero, a su vez, acusa a la última de no procurar información actualizada sobre la criminalidad económica.

Pero, lo cierto es que el Proyecto de 1980 no previó en sus disposiciones las particulares modificaciones que en el terreno del daño social, por ejemplo, podían comenzar a producir los agentes o portadores del poder económico privado una vez que las relaciones económicas de producción en España comenzaran a tomar el cariz de las sociedades post-industriales de su entorno. En ese texto no se formuló la tentativa de limitar o controlar las prácticas de aquellas corporaciones que tienen su centro de decisión, la empresa matriz, en su ámbito nacional y en otros ámbitos los distintos segmentos, aparentando, en la mayor parte de los casos, una multiplicidad o gran número de sociedades distintas que actúan en diversos países. Sí se pretendió, erróneamente, extender una medida de seguridad frente a la «peligrosidad» de las empresas lo cual fue señalado como una auténtica incoherencia del artículo 133 del propio Proyecto —como acertadamente lo señaló Barbero Santos (v. 1982, 159-60), al rectificar algún juicio que pretendía convalidar esa medida— pues esta previsión fundaba expresamente una intervención de ese tipo en única relación a personas humanas.

Hay en cambio, a mi modo de ver, un tímido esbozo para derribar el fuerte prejuicio enraizado en el liberalismo burgués en torno a la irresponsabilidad de las personas jurídicas (tema sobre el cual también Barbero Santos, en 1982, op. cit., 159 nos recuerda sus esfuerzos para derribarlo). El se puede advertir en la previsión que limitadamente trajo la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal del Ministerio de Justicia en 1983, en su artículo 31. Esa sugerencia se concretó mediante una fórmula más realista aportada por la Reforma Parcial y Urgente del mismo año que ha pasado a ser el artículo 15 bis del Código penal y que se complementa con la previsión del delito fiscal (art. 319.3) y de los delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo (art. 499 bis, 3.^º, últ. pár.). Se ha encontrado, es verdad, la posibilidad de limitar prácticas societarias irregulares o dañinas a través de responsabilizar a las personas que actúen en su representación. Pero, aquí se abre una interrogante que sólo podrá responder la concepción más a menos alternativa que sobre el uso del lenguaje del derecho podrán hacer los intérpretes y los jueces.

En tema de daño social y de identificación de los sujetos activos más relevantes en el campo de la criminalidad económica y social, yo tengo hecha una opción (cfr. Bergalli, op. cit., 62 ss.) que se ha decantado por entender al primero como acto disfuncional a los intereses sociales que no se identifican con los hegemónicos de un determinado

tiempo y país, lo que determina la historicidad y geografía de la valoración, contrariamente a lo que creo constituye el núcleo del concepto de daño social, como acto *disfuncional* a la organización económica dominante (proceso de acumulación en los países de economía capitalista), que prima en el lenguaje jurídico de nuestro ámbito.

En cuanto a los sujetos activos que considero de mayor atención en el campo de la criminalidad económica y social, creo que dadas las condiciones de evolución del orden económico internacional y las repercusiones que éste ha tenido entre centro y periferia del sistema capitalista, es posible hacer una identificación que relaciona a dichos sujetos con las eventuales proporciones de un daño social que puedan provocar sus prácticas irregulares.

En efecto, el proceso de potenciación y el ritmo de crecimiento de las empresas multinacionales ha sido en los últimos quince años de una fuerza incontenible. Acaba de afirmarse en un seminario especializado sobre el tema (cuya crónica puede leerse en el resumen periodístico de Cacho, 1985) que ellas han sido las grandes beneficiarias de la crisis económica internacional iniciada con la brecha en el negocio del petróleo en 1973. No hace falta recurrir a las cifras para aseverar esta afirmación; basta con decir que entre 1967 y 1982 las ventas de las filiales en el exterior de las quinientas multinacionales más importantes del mundo crecieron en un 95 por 100, mientras que las de las empresas uninacionales lo hicieron sólo en un 54 por 100 o que las primeras incrementaron la tasa de sus empleados en un 6 por 100, mientras las segundas la redujeron en un 2 por 100. Las multinacionales controlan hoy más de la mitad del comercio mundial y si en los países centrales más de una cuarta parte de la producción industrial está en manos de multinacionales instaladas en sus territorios, en 1982 el 39 por 100 de su producción total se efectuaba en sus filiales del exterior, porcentaje éste que en 1962 era del 25 por 100 y en 1967 alcanzaba el 35 por 100.

La internacionalización creciente de la economía mundial está básicamente representada por las multinacionales. Ellas reflejan y traducen el lenguaje de la nueva división internacional del trabajo. Y si bien se ha producido un aumento del número de países de origen de las firmas multinacionales, la crisis únicamente ha provocado una reorientación en sus estrategias. Es verdad, según parece, que se ha producido un reflujo de inversiones de esta clase de empresas hacia los Estados Unidos en detrimento de las efectuadas en países en vías de desarrollo, pero ello ha de deberse a razones de índole financiera; el Tercer Mundo absorbía en 1967 el 31 por 100 de la actividad de las multinacionales y en 1983 ese porcentaje se había reducido al 25 por 100. Por otra parte, también se ha producido una alteración en la composición de los aportes a esta clase de corporaciones. Ahora, una componente importante, proviene de los fondos públicos de los países donde la empresa radica su casa matriz; ha nacido la empresa pública multinacional, la cual, por la tradicional escasa dimensión del sector público en los EE. UU., tiene su mayor presencia en Europa. Sobre

todo en el continente (Francia: Pechiney, Saint-Gobau, Renault, Elf-Aquitaine; Italia: ENI, IRI; Rep. Fed. Alemana: Salzgitter; Austria: Voest-Albina; en menor medida España: ENASA, CASA), pero también en Gran Bretaña a pesar de su política conservadora (Rolls-Royce), se ha producido este fenómeno en razón de tres motivos esenciales: la confluencia de intereses entre las políticas de los gobiernos y la estrategia de las empresas estatales (sobre todo en el campo de la fabricación y venta de armamentos); que los mercados nacionales se han quedado pequeños en esta época de expansión del centro del sistema en detrimento de la periferia y que la posibilidad de mantener las hegemonías se puede concretar mediante la expansión del *know-how* a través de la ocupación de mercados.

Frente al panorama descripto, aunque como bien ha sido dicho, se pretenda hacer «futurología político-criminal», hay que reconocer la metáfora punitiva que encierra la cuestión de la criminalidad económico-social. Si aún se discutía en sede de Naciones Unidas acerca de la posibilidad de establecer un Código de Conducta para las empresas transnacionales (cfr. Warschaver, 1982, 111-127) el cual, por supuesto, no tendría un ámbito jurisdiccional explícito y un catálogo de sanciones que pudieran ejecutarse puesto que sin la colaboración de las jurisdicciones nacionales que actúen en unión de razones y fines es materialmente imposible concretar cualquier pretensión punitiva, es bastante químérico pretender que las legislaciones penales y procesales de los distintos países generen un lenguaje jurídico e instrumentos apropiados para la protección de los verdaderos intereses sociales que resulten dañados por las prácticas de estos complejos. ¡Ahí tenemos muy presentes los ejemplos de Seveso con su dioxina y de Bhopal con su gas letal!, cuyas consecuencias ya se verifican con las noticias acerca del nacimiento de 21 niños con deformidades a consecuencia de la tragedia provocada por la *Unión Carbide*, mientras su máximo director fue excarcelado en India mediante una suma irrisoria (v. «El País», Madrid, 17-VII-1985).

Por lo tanto, y acercándome a una conclusión, creo oportuno reafirmarme en algunas de las reflexiones hechas al comienzo de este trabajo, sobre todo en aquéllas que vinculan la concepción del derecho como lenguaje con la expresión de aquél como reflejo superestructural. En este sentido debo afirmar, desde un punto de vista de la realidad social, que es muy difícil creer en la fuerza interna que pueda tener ese derecho como elemento de transformación. Sin embargo, sí creo que el poder del lenguaje que los juristas tienen a su alcance y en punto al tema que genera estas reflexiones —la criminalidad económico-social— es indudable que ellos tienen en sus manos la fuerza para transformar la cuestión de ser hasta ahora una metáfora punitiva en una metonimia, la cual, en el sentido retórico más vulgar, es un tropo que consiste en designar una cosa con el nombre de otra que le sirve de signo o guarda con ella alguna relación de causa a efecto (v. Casares, 1977, 555). Es decir, que el crecimiento cultural y democrático ha de generar la conciencia de que dentro del sistema es posible ampliar los

espacios que él puede dejar para dar paso a una protección de aquellos intereses que son en realidad los que resultan más dañados por los portadores del poder económico.

BIBLIOGRAFIA

- BARATTA, A. (1984), *Integrazione-prevenzione. Una «nuova» fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, en: «Dei delitti e delle pené», año II n. 1, enero-abril, págs. 5-30, Napoli. En cast. (trad. E. García Méndez y E. Sandoval Huertas), *Integración-prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*, en: «Cuadernos de Política criminal», (trad. E. García Méndez y E. Sandoval Huertas), núm. 24, págs. 533-551, 1984, Madrid.
- BARBERO SANTOS, M. (1982), *Delitos contra el orden socio-económico*, en: «La reforma penal: cuatro cuestiones fundamentales», págs. 143-160, Madrid.
- BARBERO SANTOS, M. (1985), *Presentación* a «La reforma penal: Delitos socio-económicos», ed. M. Barbero Santos, págs. 13-19, Universidad de Madrid.
- BERGALLI, R. (1984), *Criminología del «White-Collar Crime»: forma-Estado y proceso de concentración económica*, en: «Estudios penales y criminológicos VII», present A. Fernández Albor, págs. 27-69, Universidad de Santiago de Compostela. Asimismo, en : «Tribuna penal», Rev. del Colegio de Abogados Penalistas de Antioquía, 2, págs. 59-80, Medellín 1984.
- CACHO, J. 1985), *Las empresas multinacionales en la sociedad actual: el horizonte del año 2000*, crónica sobre el Seminario celebrado en la Universidad Menéndez Pelayo por este enviado especial en: «El País», 9-10 de julio, Madrid.
- CASARES, J. (1977), *Diccionario 'ideológico' de la lengua española*, voz: «metonimia», pág. 555, edit. G. Gili, Barcelona.
- ENTELMAN, R. (1982), *Aportes a la formación de una epistemología jurídica en base a algunos análisis del funcionamiento del discurso jurídico*, en: P. Legendre y otros «El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos», págs. 83-109, Hachette, Buenos Aires.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. y GÓMEZ, L. (1979), *Aproximaciones para el análisis de la problemática del delito de cuello blanco en la etapa actual del desarrollo capitalista*, en: «II Seminario del Proyecto internacional Delito de cuello blanco en América latina», Río de Janeiro, multicopiado del Instituto de Criminología-Facultad de Derecho, Universidad del Zulia, Maracaibo.
- GEISS, G. y GOFF, C. (1983), *White-Collar Crime. The Uncut Version*, with an Introduction by G. Geiss and C. Goff, Yale University Press.
- JAKOBS, G. (1983), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, De Gruyter, Berlin-New York.
- MUÑOZ CONDE, F. (1982), *La ideología de los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, en: «Cuadernos de Política Criminal», núm. 16, págs. 107-132, Madrid.
- MUÑOZ CONDE, F. (1985), *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez.

- SCHWENDINGER, H. y J. (1975), *Defenders of order or guardians of human rights?*, en: I. Taylor, P. Walton, J. Young (edts.) «Critical Criminology», págs. 113-138, Routledge & Kegan Paul, London-Boston. En cast. *¿Defensores del orden o custodios de derechos humanos?*, en: «Criminología crítica» (trad. N. Grab), págs. 149-189, Siglo XXI, 1.^a ed., 1977, México.
- STAMPA BRAUN, J. M. y BACIGALUPO, E. (1980), *La reforma del Derecho penal económico español*, en: «Revista Jurídica de Cataluña», núm. extraordinario, págs. 143-166, Barcelona.
- SUTHERLAND, E. H. (1965), *White-Collar Crime*, Foreword by D. R. Cressey, Holt Rinehart and Winston, N. York-S. Francisco-Chicago-Toronto-London.
- TAPPAN, P. W. (1947), *Who is the Criminal?*, en: «American Sociological Review», 12:96-102, febrero.
- WARSCHAVER, E. (1982), *Castigar a las transnacionales: un ensayo de futurología en política criminal*, en: «Doctrina Penal», 5, núm. 17, enero-marzo, págs. 111-127. Buenos Aires.

La Institución del Juez de Vigilancia en el Derecho comparado: Sus relaciones con la Administración penitenciaria (*)

AVELINA ALONSO DE ESCAMILLA

Profesora de Derecho Penal del C.E.U. (Luis Vives). Colaboradora del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares

SUMARIO: INTRODUCCION.—DERECHO COMPARADO: I. Francia. II. Polonia. III. Alemania. IV. Brasil. V. Portugal. VI. Italia.—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFIA EMPLEADA.

INTRODUCCION

La naturaleza del Juez de Vigilancia, viene definida por su cualidad de ser representante de un poder, el judicial, y por las funciones que se le encomienden. Ello es lo que impedirá que el Juez de Vigilancia se convierta en un «híbrido juez-agente penitenciario», además de dejar clara la diferencia que debe existir entre la Administración penitenciaria y los Jueces de Vigilancia.

A pesar de esta clara distinción, sin embargo, debe existir una estrecha colaboración entre estos dos sectores estatales, vinculados por el principio de legalidad, principio que se cumple estrictamente en el desarrollo y ejecución de la pena, mediante el Juez de Vigilancia, que es el instrumento técnico y jurídico más idóneo para conseguirlo.

Las relaciones entre el Juez de Vigilancia o Juez de ejecución de penas y la Administración penitenciaria, se contemplan y llevan a la práctica de distinta manera en el Derecho comparado. Quizá una aproximación a esta regulación, sirva como punto de partida, que no modelo, por nuestra especial idiosincrasia, para nuestro desarrollo de estas especialísimas relaciones, desarrollo que esperemos sea realidad pronto y de manera adecuada, con una regulación más «ad hoc», mediante una ley específica que contemple esta figura, método que sería a mí entender, el idóneo.

* Comunicación presentada a las *III Jornadas Penitenciarias Andaluzas*. Granada, junio 1985.

I. FRANCIA

El artículo 721 del Código de procedimiento penal de 1958, introduce la figura del «Juez encargado de seguir la aplicación de las penas», cuyas funciones no se limitan a la resolución de las incidencias surgidas en la aplicación de las penas privativas de libertad (en un papel semejante al modelo italiano), sino que se extiende más allá de los muros de la prisión, controlando la aplicación de los beneficios de condena condicional y de libertad condicional y encargándose asimismo de la asistencia y tutela de los penados liberados, ayudándoles a superar el difícil momento en que, tras de agotar el cumplimiento de su pena, se disponen a insertarse de nuevo en la dinámica rueda de la sociedad (1).

Es, en efecto, el Código de procedimiento penal de 1958 el que ha instituido el Juez de aplicación de penas (en su antiguo artículo 721, que actualmente es el 722), encargado de supervisar la ejecución de las penas.

Desde entonces, varias leyes, como las de 17 de julio de 1970, 29 de septiembre de 1972 y 11 de julio de 1975, han extendido considerablemente los poderes de este Juez.

Es en 1975 cuando los poderes del juez de aplicaciónn de penas parecen ponerse en entredicho, por lo menos en lo concerniente a sus funciones dentro de los establecimientos penitenciarios, como se plasmó en el Decreto de 23 de mayo de 1975 (parcialmente derogado por el Consejo de Estado el 4 de mayo de 1979), la Ley de 28 de julio de 1978 y la de 22 de noviembre del mismo año. Parece que este movimiento de retroceso se ha acentuado recientemente con el proyecto de seguridad y libertad, convertido en Ley el 2 de febrero de 1981 por la que se transfería a la Comisión de aplicación de penas (formada por el Juez de aplicación de penas, el Procurador de la República y el Director del correspondiente establecimiento penitenciario), una gran parte del contenido de decisión hasta entonces atribuido al Juez de aplicación de penas. La Ley de 10 de junio de 1983 vuelve a la situación anterior a la Ley de 1981.

Por un lado, el artículo 722 del Código de procedimiento penal prevé la intervención de este Magistrado en cada establecimiento penitenciario, a fin de poder determinar para cada condenado las principales modalidades de tratamiento (artículos D. 115 a 117, C. P. P.).

Por otro lado, el Código de procedimiento penal ha especificado las atribuciones de este Juez en materia de libertad condicional (artículos 729.1 y 729.2; 730, apartados 2 y 3; 731, apartado 2; 732, apartado 4 y 733, apartado 1 y 2), y en materia de destierro (artículos R.1 a R.24, C.P.P.), al mismo tiempo que se le ha atribuido el control de la suspensión del fallo de la condena (artículos 739; 740; 741,1; 742,1 y 2 y 743, C.P.P.).

(1) Cfr. ALBACAR LÓPEZ, J. L., «Reflexiones sobre la individualización de las penas», en PODER JUDICIAL, número 6, marzo 1983, pág. 91.

Según los artículos 709,1 y D.115 del Código de procedimiento penal, existe en cada Tribunal de gran instancia uno o varios Magistrados encargados de las funciones de aplicación de penas. En 1973 había en Francia doscientos jueces de aplicación de penas.

Además de estas atribuciones respecto a los condenados, el Juez de aplicación de penas tiene las mismas atribuciones respecto a los condenados liberados definitivamente.

Las atribuciones del Juez de aplicación de penas en relación a los condenados, puesto que el régimen penitenciario es favorable a la enmienda de éstos y a su reinserción y resocialización, según el artículo 728, C.P.P., han sido amplísimas en lo concerniente a la ejecución de las penas privativas de libertad en el interior de las prisiones, aunque los poderes de dicho Juez se han encontrado limitados por razones distintas. Por un lado, estaba la limitación tradicional, porque estos Magistrados actúan al lado de la Administración penitenciaria, que tiene como función asegurar el cumplimiento de las decisiones judiciales consistentes en una pena privativa de libertad o una detención provisional que debe asegurar la guarda y custodia de los recluidos (artículo D.188, C.P.P.), y por otro lado, porque hay una cierta desconfianza, manifestada por el Decreto de 23 de mayo de 1975 y las Leyes de 28 de julio y 22 de noviembre de 1978 y 2 de febrero de 1981, por parte de los poderes públicos hacia este Juez único, al que las prerrogativas que se le han concedido, con razón o sin ella, no siempre han sido ejercidas con buen acierto.

En la actualidad, la Ley de 10 de junio de 1983, vuelve a ampliar en cierta manera los poderes del Juez de aplicación de penas.

En cuanto a la concurrencia y límites de actuación entre el Juez de aplicación de penas y la Administración penitenciaria, la primera limitación a los poderes de este Juez, es que no puede escoger por sí mismo el establecimiento donde será ejecutada la pena de privación de libertad. La asignación de los penados a las prisiones centrales (artículo 70,3, C.P.P.), la tutela en los establecimientos penitenciarios para con los penados tras la expiración de la pena principal (artículo D. 75, C.P.P.) y el ingreso de los penados jóvenes en los centros de detención de jóvenes (artículo D. 73, C.P.P.), dependen exclusivamente de la Administración penitenciaria.

La asignación de condenados a penas cortas de privación de libertad en las prisiones, se lleva a cabo por el Director regional de los servicios penitenciarios (artículo D. 71, C.P.P.). La admisión a los establecimientos o a las dependencias médicas dispuestas para que los detenidos reciban cuidado, se decide, con el visto bueno del médico, por la Administración central o por el Director regional (artículo D. 74, C.P.P.).

El Juez de aplicación de penas da, sin embargo, su conformidad a la asignación de los condenados a penas largas, según el artículo D. 80, C.P.P. Y, si no lo requieren razones de suma urgencia, sobre el traslado de los condenados de un establecimiento a otro (artículo 722,3 C.P.P.).

Por otra parte —y se trata de otra limitación a sus poderes— el Juez de aplicación de penas no debe intervenir en la organización y funcionamiento de la prisión. Según el artículo D. 116.2, C.P.P., él no puede sustituir al Director regional o al Director del establecimiento penitenciario en lo concerniente a la organización y funcionamiento de estos establecimientos (2).

Además, no puede intervenir en principio en el régimen disciplinario. Tiene, no obstante, el derecho a establecer la graduación de las sanciones, la suspensión de las medidas que él haya acordado, según el artículo D. 250, C.P.P., o a la inversa, establecer la graduación de las recompensas de las distintas medidas individuales de tratamiento previstas en el Código de procedimiento penal y relativas a su competencia, según el artículo D. 252, C.P.P.

En cuanto a las restricciones legales y reglamentarias a los poderes del Juez de aplicación de penas, éste puede ejercer sus poderes de decisión con los límites establecidos legal o reglamentariamente.

La Ley de 22 de noviembre de 1978 ha reducido sensiblemente los poderes del juez de aplicación de penas en régimen cerrado, estableciendo un período de seguridad por un lado y por otro regulando su aplicación en materia de permisos de salida. La Ley de 10 de junio de 1983 introduce algunas modificaciones en lo referente a esta cuestión.

Así pues, el juez de aplicación de penas pierde durante el período de seguridad sus poderes en materia de suspensión, de fraccionamiento de la pena, de colocación en el exterior, de permisos de salida, de semilibertad y de libertad condicional.

Sin embargo, el artículo 720.4, C.P.P., permite a este juez, cuando el condenado presente pruebas excepcionales de readaptación social, acabar con el régimen de seguridad o reducirlo. La Ley de 10 de junio de 1983 matiza la redacción de este artículo en el sentido de exigir pruebas «serias» (y no ya «excepcionales») en cuanto a la readaptación social. El juez de aplicación de penas, con ello, reencuentra sus competencias en lo referente a modalidades de tratamiento penitenciario, semi-libertad, colocación en el exterior, autorizaciones de salida sin vigilancia o permisos de salida.

En cuanto a las facultades de decisión en lo relativo a la ejecución de la pena, al lado de cada establecimiento penitenciario el juez de aplicación de penas determina individualmente y para cada condenado las principales modalidades de su tratamiento penitenciario, según el artículo 722.1, C.P.P.

La Comisión prevista en los artículos 722 y D. 117.1, C.P.P., y con sede en cada establecimiento penitenciario, está presidida por el juez de aplicación de penas. Está compuesta, además, por el procurador de la República (3) y por el director del establecimiento correspondiente.

(2) Vid. GAYRAUD, P., «Le juge de l'application des peines dans la perspective du personnel penitentiaire». *Revue penitentiaire*, 1967, pág. 835.

(3) El Decreto de 25 de noviembre de 1977 ya había establecido la presencia de un representante del Ministerio público en la Comisión de aplicación

Es este juez también, quien, con el visto bueno del director del establecimiento, acuerda o deniega la admisión del condenado a los regímenes de ejecución que impliquen una cierta confianza. En cuanto a los permisos de salida, los resultados en el año 1978 han sido más satisfactorios que en años precedentes. De 36.749 permisos de salida concedidos durante ese año, 13.953 concernían a condenados en régimen cerrado y 22.796 a condenados en régimen de semi-libertad. El número de fracasos ha sido de 408, lo que supone un porcentaje del 1,11 por 100 sobre los permisos concedidos (4).

En cuanto a las facultades de decisión concernientes a la reducción, suspensión o fraccionamiento de la pena, atribuidas al juez de aplicación de penas, éstas desaparecen durante el período de seguridad. A lo largo del año 1978, 39.564 reducciones de pena han sido concedidas en aplicación del artículo 721.1, C.P.P. sobre 41.548 casos examinados, lo que representa un porcentaje del 95,22 por 100. Este tanto por ciento se ha venido manteniendo desde el año 1974. A propósito de estas reducciones de pena, hay que hacer notar dos cuestiones: por un lado, en el año 1978, sobre 39.564 reducciones de pena concedidas, solamente 718 fueron revocadas, lo que supone un 1,21 por 100; por otro lado, la tendencia actual de los jueces de aplicación de penas, es conceder estas reducciones de pena en la mayoría de los casos posibles (5).

En cuanto a las facultades de control, y en lo referente a la individualización de la ejecución de la pena, el juez de aplicación de penas dispone de dichas facultades de control sobre el régimen de aplicación de las mismas y en los establecimientos de su competencia.

A fin de permitirle el ejercicio de este control, el Código de procedimiento penal establece la obligación de que se le comuniquen todas las Circulares o Instrucciones generales que provengan de la Administración Central, así como cuantos incidentes graves relativos al orden, disciplina o seguridad de la prisión se produzcan en relación con los condenados. Asimismo se le debe informar de cuantas sanciones disciplinarias se impongan por el Director del establecimiento.

Otra manifestación de esta facultad de control del Juez, como miembro de la Comisión de vigilancia, es todo lo referente a las condiciones en que se ejecutan las penas, como es lo relativo a salubridad, seguridad, régimen alimentario, trabajo y disciplina.

Estas son, en general, las atribuciones del Juez de aplicación de penas en cuanto a los penados.

Las atribuciones de este Juez en relación a los condenados en libertad, se pueden desdoblar entre los penados con suspensión del fallo

de penas, pero sólo con carácter de órgano consultivo; la Ley de 22 de noviembre de 1978, sin embargo, le concede carácter de órgano deliberativo, carácter que ha confirmado y ampliado la Ley de 2 de febrero de 1981.

(4) Cfr. STEFANI, G.; LEVASSEUR, G.; JAMBU-MERLIN, R., «Criminologie et Science pénitentiaire». Cinquième édition. Dalloz, 1982, pág. 392.

(5) Cfr. MARC, G., «Premières réflexions sur la réduction de peine». Revue de Science criminelle, 1973, pág. 157.

de la condena, los que se encuentran en libertad condicional y los que están desterrados.

En el supuesto de suspensión del fallo de la condena y con respecto a los condenados que gozan de este beneficio, es el Juez el verdadero artífice de tal suspensión, puesto que es un beneficio que él debe conceder.

En materia de libertad condicional, y antes de la concesión de ésta, desde la reforma introducida por la Ley de 29 de diciembre de 1972, es el juez de aplicación de penas quien acuerda ésta con el visto bueno de la Comisión, cuando la duración de la detención no exceda de tres años (artículo 730.2, C.P.P.). En los supuestos de duración superior, la libertad condicional no puede acordarse más que por el Ministro de Justicia, pero a proposición del Juez, con el visto bueno de la Comisión. Después de la concesión de la libertad condicional, el Juez preside el Comité de la «probation» y de asistencia a los liberados.

En materia de destierro y con respecto a los condenados a esta pena accesoria, el Juez de aplicación de penas es el encargado de emitir su opinión sobre la duración de las medidas que se deben tomar, conforme a lo dispuesto en el artículo 46 del Código penal y además preside el Comité de asistencia a los liberados.

Una breve referencia a las atribuciones del Juez de aplicación de penas en relación a los liberados definitivos y a los vagabundos, finalizará el estudio sobre este país.

Respecto a los liberados definitivos, los poderes de este Juez son múltiples. Así, controla las modalidades de asistencia que la Administración penitenciaria concede a los detenidos cuando son liberados, como presidente del Comité de asistencia.

Por último, y en cuanto a los vagabundos el Juez de aplicación de penas es también el presidente de la Comisión de asistencia a los vagabundos y debe ser consultado por el procurador de la República, antes de que sean iniciadas las medidas en contra de los individuos que sean arrestados por ser vagabundos.

Para concluir, podemos decir que, desde el punto de vista legislativo, la intervención del Juez de aplicación de penas tiene carácter jurisdiccional, puesto que su intervención está sujeta a normas de procedimiento y sus decisiones son susceptibles de recurso, como cualquier decisión judicial.

II. POLONIA

El Código penal ejecutivo polaco que entra en vigor el 1 de enero de 1970, organiza una división de las tareas entre la jurisdicción de juicio, el tribunal y el juez penitenciario.

Este último, está encargado de vigilar la legalidad y el desarrollo normal de la ejecución de las penas. Concede también los permisos de salida, suspende o modifica las decisiones de las Comisiones penitenciarias —compuestas por médicos, psicólogos y pedagogos— clasifi-

cando a los condenados, así como las decisiones tomadas respecto a sanciones disciplinarias. Por último, el detenido dispone de un derecho de queja directa a la autoridad judicial, y puede asistirle un defensor antes de cualquier decisión privativa o restrictiva de sus derechos.

La intervención judicial se extiende, pues, prácticamente a todos los terrenos, aparte de los de la mera Administración penitenciaria (6).

III. ALEMANIA

En 1953 se reconoció el carácter jurisdiccional de las decisiones de libertad condicional y de algunas otras que modificarán la aplicación de medidas de seguridad o de corrección.

El proyecto de Ley sobre aplicación de las penas de la Comisión Federal, elaborado en 1971, conserva en la Administración la responsabilidad ejecutiva, pero prevé que toda decisión del jefe del establecimiento, pueda ser objeto de un recurso —en quince días— ante la Cámara de aplicación de penas competente. Las resoluciones de esta Cámara son susceptibles de apelación, en el plazo de un mes desde su pronunciamiento (7).

El Consejo asesor del centro, comprendido en los artículos 162 y siguientes de la Ley de ejecución alemana de 1976, constituye un órgano de control penitenciario, así como las denominadas Comisiones administrativas, reguladas en el artículo 136 del Reglamento belga, aunque más recientemente es el Consejo superior penitenciario el órgano de control competente, a tenor de lo dispuesto en el Real Decreto de 23 de octubre de 1978 (8).

IV. BRASIL

El juez de ejecución penal y el Consejo penitenciario, son los dos órganos fundamentales en lo relativo a la ejecución de las penas.

En cuanto al Consejo penitenciario, es un órgano técnico, consultivo y de deliberación, en lo relativo a libertad condicional, gracia, indulto, conmutación de la pena y amnistía. Este Consejo se crea por Decreto federal número 16.665, de 6 de noviembre de 1924, en el que por primera vez se regula la libertad condicional en Brasil y sus componentes se establecen en el artículo número 2, y son los siguientes:

- El Procurador de la República.
- El representante del Ministerio Público.
- Cinco personas, de las que tres son juristas (profesionales ejercientes o profesores) y dos médicos, también en las mismas condiciones que los anteriores.

(6) Cfr. FAVARD, J., «Le labyrinthe penitentiaire». Le Centurion. París, 1981, páginas 61 y s.

(7) Cfr. FAVARD, J., ob. y loc. cit. «Le labyrinthe penitentiaire».

(8) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., «Comentarios a la legislación penitenciaria». Edit. Civitas Monografías, segunda edición, 1982, págs. 244 y 245.

El Consejo penitenciario de cada Estado, de cada territorio y de cada distrito federal, tiene su propio funcionamiento, establecido en sus respectivos reglamentos internos, de acuerdo con las exigencias y peculiaridades locales.

Se puede afirmar entonces, que el Consejo penitenciario sirve como puente entre el poder ejecutivo y el poder judicial en materia de ejecución de penas. Y dada la categoría de los miembros de este órgano y la exigencia de cualificación de sus componentes, existe una sólida presunción de seriedad e independencia en todas sus actuaciones.

El Juez de ejecución penal es, quien oído el Ministerio Público, acuerda la concesión de la libertad condicional.

En los términos en los que está redactado el Decreto núm. 16.665 de 1924 y en lo referente a las visitas a los establecimientos penitenciarios, éstas tienen como finalidad verificar la buena ejecución del régimen penitenciario. La práctica de esta medida ha puesto de manifiesto la colaboración continua entre el Consejo penitenciario y los establecimientos penitenciarios, para la solución y discusión de los problemas relacionados con el régimen penitenciario.

Esta noción de régimen penitenciario ha de ser interpretada en un sentido progresivo, de acuerdo con el Código Penal de 1940, que disponía en líneas generales que el régimen penitenciario estaría orientado a la individualización de la sanción penal (9).

La figura del Juez penitenciario en este país, no se agota en la ejecución penal, entendida como desarrollo del fallo, ni en el control de la normativa penitenciaria en relación con un penado concreto. Se extiende, por el contrario, a la posibilidad de cursar instrucciones u órdenes generales a los responsables de la Administración, configurando por tanto, como muy amplias las facultades de este Juez en Brasil (10).

En este país, la ejecución de la sanción penal, bien sea pena o medida de seguridad, es preferentemente jurisdiccional, siendo competencia, como regla general, del juez de ejecución penal, y excepcionalmente, dado que hay determinados Estados donde no existe esta institución, al Juez que haya dictado la sentencia.

La actuación del Consejo penitenciario, al que nos hemos referido antes, es eficaz junto a la actividad del Juez de ejecución penal y la colaboración entre los dos, es del todo necesaria (11).

De cualquier manera, queda mucho camino por recorrer en Brasil y aunque estos dos órganos encargados de la ejecución penal, han conseguido buenos resultados, dos son las mayores dificultades con las que se enfrentan: las grandes extensiones territoriales y, en las zonas o estados menos desarrollados, las convicciones y tradiciones, que des-

(9) Cfr. BERGAMINI, A., «Curso de Direito penitenciario». Edição Saraiva, São Paulo, 1975, págs. 713 a 717.

(10) Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «El Juez de Vigilancia», en Lecciones de Derecho penitenciario. Edición propiedad de la Universidad de Alcalá de Henares. Madrid, 1985, pág. 176.

(11) Cfr. BERGAMINI, A., ob. cit. «Curso de Direito penitenciario», pág. 713 y siguientes.

conocen por completo el derecho penitenciario y las nuevas orientaciones en la concepción de la pena.

V. PORTUGAL

El Decreto-Ley 783/76, de 29 de octubre, con las modificaciones introducidas por el Decreto-Ley 222/77, de 30 de mayo y el 204/78, de 24 de julio, regulan los Tribunales de ejecución de penas en Portugal.

Efectivamente, en su artículo primero se establece que estos Tribunales tienen sus sedes en Lisboa, donde hay tres; en Oporto, donde hay dos, y en Coimbra y Evora, donde hay uno.

Los Jueces de estos Tribunales se nombran entre antiguos Magistrados.

La competencia territorial de los Tribunales de ejecución de penas, se determina en función de la residencia o lugar en el que estén presos los individuos afectos a su jurisdicción. El cambio de penado de un establecimiento a otro, conlleva la nueva competencia del Tribunal del lugar al que se le transfiere.

La competencia material de los Tribunales de ejecución de penas, se regula en el actual artículo 22 (antiguo artículo 70 de la Ley 82/77, de 6 de diciembre), y las competencias del Juez de este Tribunal, en el artículo 23.

Los recursos a las decisiones de estos tribunales se encuentran regulados en los artículos 125 y siguientes, y así este artículo 125 declara que las decisiones del Tribunal de ejecución de penas son recurribles, para añadir que los recursos se interponen y regulan como los recursos del proceso penal. Sin embargo, el artículo 127 establece que no se dan recursos contra las decisiones que concedan o denieguen la libertad condicional, las salidas prolongadas, así como las cuestiones a que hacía referencia el artículo 23.3, relativas a sanciones disciplinarias y aislamientos en celdas, por una duración superior a ocho días, con lo que realmente parece a la vista de esto que «casi nada» de lo que deciden los Tribunales de ejecución de penas se puede recurrir.

La valoración de esta institución en Portugal, ha suscitado las más variadas opiniones.

Beleza dos Santos opina que estos jueces ejercen sus funciones «con probidad profesional y se esfuerzan en completar su preparación en el aspecto criminológico». Como son Magistrados de carrera, concluye este autor, conservan el espíritu de la Magistratura judicial y la independencia y objetividad que siempre la caracterizó (12).

Sin embargo, Favard afirma cómo la participación del Juez en la ejecución de la pena propiamente dicha, está «pura y simplemente excluida» (13).

(12) Vid. BELEZA DOS SANTOS, J., «El juez de ejecución de penas en Portugal». Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios, núm. 122, 1956, páginas 322 y 323.

(13) Vid. FAVARD, J., ob. cit. «Le Labyrinthe penitentiaire», págs. 73 y ss.

Por otro lado Albacar opina que la creación del Juez de ejecución portugués supuso un paso adelante en la ejecución penal, puesto que se trata de un Juez con poderes propiamente jurisdiccionales y facultades para decidir en la fase de la ejecución de la pena (14).

VI. ITALIA

La Ley penitenciaria italiana de 1975, en sus artículos 68 y siguientes, otorga al Juez de vigilancia facultades referentes al control del tratamiento de los internos, disciplinarias, vigilancia del principio de legalidad en la ejecución penitenciaria, supervisión de las violaciones de los derechos de los reclusos, régimen de trabajo y remuneración, semi-libertad, concesión de permisos de salida, fraccionamiento y reducción de penas y libertad condicional (15).

Fue Italia el primer país europeo que, con su Código penal de 1930, creó la figura del «giudice di sorveglianza» (16), que colocó a caballo entre la jurisdicción y la administración penitenciaria y al que se le otorgaron dos clases de facultades: unas decisorias, sobre las diversas incidencias que puedan surgir a lo largo del cumplimiento de la condena y otras simplemente consultivas, emitiendo su informe no vinculante tanto para la concesión de los beneficios de libertad o del derecho de gracia, cuya concesión corresponde a la Administración (17).

Por tanto, el Código penal italiano ha sido el primero en organizar la participación de los Magistrados en la ejecución de las sanciones penales, participación que se ha traducido en una repartición o desdoblamiento de sus poderes, en lo que llamaríamos un Juez de vigilancia y un Juez de ejecución de penas.

El Juez de vigilancia es el que inspecciona las prisiones de su competencia, pero sin poder para inmiscuirse en su funcionamiento.

En cuanto al Juez de ejecución de penas, dentro de sus competencias se encuentra la revocación de la suspensión condicional de la pena o de la libertad condicional, así como las penas accesorias.

La Ley penitenciaria de 26 de julio de 1975 y su Reglamento de 29 de abril de 1976, han venido a aumentar los poderes del Juez de vigilancia.

Este dispone de un poder general de vigilancia, así como de competencia sobre la ejecución de las penas (preventivas o definitivas) y

(14) Cfr. ALBACAR LÓPEZ, J. L., ob. cit. «Reflexiones sobre la individualización de las penas», pág. 91.

(15) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., ob. cit. «Comentarios a la legislación penitenciaria», pág. 243.

(16) En Brasil, en el año 1924, se crea el Juez de ejecución penal y el Consejo penitenciario. Es, por tanto, este país el pionero en cuanto a la intervención judicial en la ejecución de las penas privativas de libertad, intervención que se lleva a cabo mediante el correspondiente órgano judicial y con la ayuda del Consejo penitenciario, órgano que sirve de puente entre el poder ejecutivo y el judicial.

(17) Cfr. ALBACAR LÓPEZ, J. L., ob. cit. «Reflexiones sobre la individualización de las penas», pág. 91.

sobre las medidas de seguridad. Este Juez aprueba el programa de tratamiento penitenciario y puede conceder a los condenados hasta cuarenta y cinco días de permisos de salida por año, por razones personales o como ayuda a la reinserción social (18).

Como ya apuntamos antes, esta Ley de 1975, amplió las funciones concedidas a los Jueces de vigilancia, funciones que se llevan a cabo por dos órganos, el Magistrado de vigilancia y la Sección de vigilancia, cuyas funciones inciden sobre todo, en el estado de detención del recluso. El artículo 69 de la Ley, recoge las funciones que debe realizar este Magistrado.

En opinión de Margara, el último inciso del punto número 1 del artículo 69 de la Ley, que hace referencia a la atención sobre el tratamiento reeducativo, le atribuye el relieve que merece y es a través de esa vía que el grado de funcionalidad respecto al tratamiento reeducativo acaba por presentar el parámetro esencial de valoración de la acción penitenciaria (19).

La creación de la Sección de vigilancia, supuso una de las modificaciones más importantes realizadas a la originaria orientación legislativa.

Las causas que motivaron su creación, hay que buscarlas en las situaciones de tensión dentro de las cárceles. Fue entonces cuando pareció más conveniente que fuera un órgano colegiado el encargado de decidir sobre las medidas alternativas a la privación de libertad reconocidas por la Ley, ya que por un lado garantizaba la uniformidad en un tema tan delicado y por otro, sustraían a los Magistrados de vigilancia de las posibles presiones que pudieran sufrir.

En un principio, la adopción de este órgano no fue bien considerada por los Magistrados de vigilancia, en cuanto que era entendida como fruto de maniobras políticas y ponía en duda su autonomía de juicio, quitándoles las atribuciones más importantes introducidas por la Ley. La nota común de todas sus funciones, es su incidencia en el estado de sujeción de los reclusos, modificando la sentencia en el caso de los condenados (20).

La creación de la Sección de vigilancia me parece útil, puesto que este órgano colegiado garantiza la uniformidad en sus decisiones y además de ello, evita las posibles presiones que puedan sufrir los Magistrados de vigilancia en el ejercicio de sus funciones, como antes se apuntó.

En cuanto a las intervenciones del Magistrado a lo largo del tratamiento, se observa sobre todo que, respecto a la fórmula original no se hace ya referencia «al fin de la reeducación», lo que puede signi-

(18) Cfr. FAVARD, J., ob. cit. «Le labyrinthe penitentiaire», págs. 73 y ss.

(19) Cfr. MARGARA, A., «Il magistrato di sorveglianza quale garante di conformità alla legge dell'attività penitenziaria», en «*Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria*», de Vittorio Grevi. Serie de Diritto. Zanichelli. Bolonia, 1982, págs. 213 y ss.

(20) Cfr. CID CAMPO, D., «La intervención judicial en la Ley italiana». Trabajo de doctorado sin publicar, folios 7 y ss.

ficar que aunque la tutela de los individuos no es indiferente a dicho fin, las facultades del Magistrado de inspección, no conciernen a los perfiles técnico-operativos del tratamiento, como podía suceder anteriormente (21).

La distribución de las competencias entre órganos administrativos y las relaciones entre los mismos, son elementos de la organización de la actividad administrativa, que no circunscriben ni condicionan el ámbito de control del órgano judicial. Como hemos visto, objeto del control es lo que complejamente puede llamarse «acción penitenciaria» y la distribución de las competencias entre los órganos administrativos, es un problema interno de los mismos, que no puede limitar el ámbito de la vigilancia por parte de un órgano externo a los mismos.

La relación entre el órgano que vigila y los órganos vigilados, no se vive en términos de conflicto y de posible des prestigio recíproco, puesto que la finalidad de la acción de uno y otro es común, así como el ejercicio de los respectivos poderes, que se lleva a cabo en términos de colaboración y no de contraposición.

La intensidad del ejercicio de las funciones respectivas es la que elimina el riesgo de fricción entre las mismas y tal riesgo está excluido de la plenitud de las comunicaciones entre los dos niveles de acción y control. Si el Magistrado de vigilancia se limitara a funcionar como sede externa y eventual de una intervención de mera garantía, sin poder seguir directamente ni conocer de cerca al sujeto, si sus valoraciones se cumplieran de forma abstracta en el programa de tratamiento, entendido como simple documento para valorar la proposición lógica, entonces se podría llegar realmente a la contraposición. Al contrario, en el caso de que el Magistrado actúe intensamente en el trato o confrontación con los sujetos encargados a su vigilancia y madure sus valoraciones, concretamente en el examen directo del sujeto y del caso, entonces no será difícil llegar a la cooperación (22).

CONCLUSIONES

I. El Juez de vigilancia español debe ser un órgano judicial, especializado, independiente, con dedicación exclusiva y con residencia dentro del territorio en el que radiquen los establecimientos penitenciarios sometidos a su jurisdicción. Además sus funciones deben estar muy bien definidas por su propia Ley, que esperamos sea pronto una realidad, pues en caso contrario, seguirán surgiendo conflictos, como ya viene pasando entre el Juez de vigilancia y las autoridades penitenciarias, y aún más, tras la creación en la Administración penitenciaria española de un Cuerpo técnico de funcionarios con gran formación criminológica, psicológica; etc.

(21) Cfr. GENARO, G.; BONOMO, G.; BREDA, R., «*Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione*». Seconde edizione. Giuffre editores. Milano, 1978.

(22) Cfr. MARGARA, A., ob. cit., «*Il magistrato di sorveglianza...*», págs. 214 y 222.

II. Los límites de actuación entre el «juge» francés y la Administración penitenciaria, se encuentran perfectamente perfilados, por lo que la colisión entre uno y otra es difícil se produzca. Esto se ha conseguido gracias a una regulación muy clara y precisa al respecto, contenida en el Código de procedimiento francés y normas complementarias.

III. En el Código penal ejecutivo polaco, se encuentra recogida la figura del Juez penitenciario, encargado de vigilar la legalidad de la ejecución de las penas. Su intervención es muy amplia, caracterizándose por actuar al margen de la Administración penitenciaria. Todos los reclusos gozan de un recurso de queja ante él, que se resuelve antes de que se lleve a la práctica cualquier decisión que consideren privativa o restrictiva de sus derechos.

IV. En Alemania, el Consejo asesor de cada centro penitenciario, es el único órgano que puede suponer un control penitenciario. El Proyecto de Ley sobre la aplicación de las penas de la Comisión federal, elaborado en 1971, conserva en la Administración la responsabilidad ejecutiva, aunque prevé que toda decisión del jefe del establecimiento pueda ser objeto de recurso ante la Cámara de aplicación de penas competente. Las resoluciones de esta Cámara, son también recurribles en apelación, en el plazo de un mes desde su pronunciamiento. Aunque no olvidemos que todo esto es todavía proyecto de ley y que tampoco con él se consigue separar y clarificar competencias entre la Administración penitenciaria y la futura Cámara de aplicación de penas.

V. Brasil fue el primer país que reguló las funciones del Juez penitenciario, contando entre ellas con la posibilidad de cursar instrucciones u órdenes generales a los responsables de la Administración penitenciaria, con lo que goza de los más amplios poderes. Cuenta además con la participación del Consejo penitenciario, órgano que sirve de puente entre el poder ejecutivo y el judicial. La actuación de un órgano así es eficaz, y la colaboración entre el Juez y dicho Consejo, del todo necesaria.

VI. Los Tribunales de ejecución de penas portugueses y los Jueces de dichos Tribunales, colaboran estrechamente con las autoridades administrativas de los establecimientos penitenciarios, decidiendo en la mayoría de los casos «de acuerdo con aquéllos». Además, casi ninguna de estas decisiones pueden ser recurridas, por lo que la participación del Juez en la ejecución de la pena propiamente dicha, se halla excluida.

VII. Fue Italia el primer país europeo que, en su Código penal de 1930, creó la figura del «giudice di sorveglianza», que colocó a caballo entre la jurisdicción y la administración penitenciaria. Su participación se ha traducido en una repartición o desdoblamiento de sus poderes, en lo que llamaríamos «Juez de vigilancia» y «Juez de ejecución de penas». La distribución de las competencias entre órganos administrativos y las relaciones entre los mismos, son elementos de la

organización de la actividad administrativa, que no circunscriben ni condicionan el ámbito de control del órgano judicial.

VIII. Para concluir, en España, la entrada en vigor del Juez de vigilancia penitenciaria, con la carencia de normas y de procedimiento de actuación y la falta de medios adecuados, ha provocado unos primeros malos resultados, además de la más absoluta disparidad de criterios entre los diferentes Jueces de vigilancia. En cuanto a nuestra figura, en mi opinión, se asemeja a su homólogo italiano, por cuanto sus funciones son de vigilancia y de ejecución de penas, sin alcanzar en algunos supuestos como en lo relativo a competencias en relación a los liberados condicionales o definitivos, al «juge» francés.

BIBLIOGRAFIA EMPLEADA

- ALBACAR LÓPEZ, J. L., «Reflexiones sobre la individualización de las penas». Poder Judicial, núm. 6, marzo 1983.
- BELEZA DOS SANTOS, J., «El juez de ejecución de penas en Portugal». Revista Escuela Estudios Penitenciarios, núm. 122, mayo-junio 1956.
- BERGAMINI, A., «Curso de Direito penitenciario». Edição Saraia. São Paulo, 1975.
- CID CAMPO, D., «La intervención judicial en la Ley penitenciaria italiana». Trabajo de doctorado sin publicar.
- DI GENARO, G.; BONOMO, M.; BREDA, R., «Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione». Seconda edizione. Giuffre Editores. Milano, 1978.
- FAVARD, J., «Le labyrinthe penitentiaire». Le Centurion. París, 1981.
- GARCÍA VALDÉS, C., «Comentarios a la legislación penitenciaria». Editorial Civitas Monografías. Segunda edición, 1982.
- GAYRAUD, P., «Le juge de l'application des peines dans la perspective du personnel penitentiaire». Revue penitentiaire, 1977.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «El Juez de Vigilancia en Lecciones de Derecho penitenciario». Universidad de Alcalá de Henares, 1985.
- MARC, G., «Premières réflexions sur la réduction de peine». Revue de Science Criminelle, 1973.
- MARGARA, A., «Il Magistrato di sorveglianza quale garante di conformità alla legge dell'attività penitenziaria», en Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria, de Vittorio Grevi. Serie de Diritto. Zanichelli. Bologna, 1982.
- STEFANI, G.; LEVASSEUR, G.; JAMBU-MERLIN, R., «Criminologie et Science pénitentiare. Cinquième édition. Dalloz, 1982.

CRONICAS EXTRANJERAS

La Ley penitenciaria sueca de 1974

Por CARLOS MIR PUIG
Abogado

SUMARIO: I. Introducción.—II. El principio de humanización en la ejecución de la pena y la ideología del tratamiento.—III. La Prisión Abierta en Suecia. Criterios de selección.—IV. El sistema de sanciones en el Código penal sueco tras la reforma de 1981.

I. INTRODUCCION

Me es muy grato presentar una versión en lengua castellana de la Ley penitenciaria sueca de 19 de abril de 1974 (publicada el 14 de mayo del mismo año) que puede titularse en nuestro idioma —y ésta es la denominación que empleo, siguiendo a Carlos García Valdés y a Alicia Martín García (1)—: «Ley sobre el Tratamiento Correccional en Instituciones Penitenciarias».

Dos consideraciones me han movido especialmente a efectuar la traducción al castellano de los 63 artículos que componen la misma. La primera, por entender que no se ha publicado en nuestra lengua traducción alguna al alcance del público en general —así al menos me consta— de esta Ley, que ya lleva once años de rodaje, y que constituye, de algún modo, uno de los modelos que han estado presentes a los ojos de los autores de la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre. Esta traducción creo que podrá ser de utilidad para todo aquel que quiera realizar una comparación de ambos textos legales y, en general, para el estudioso o investigador.

La segunda consideración consiste en que la Ley penitenciaria sueca de 1974 ha sufrido numerosas modificaciones parciales por las Leyes 1976:506; 1978:901; 1980:930; 1981:213; 1981:330; 1982:401; y 1983:243. De ahí que sea también provechoso y útil ofrecer una versión actual de la Ley penitenciaria sueca vigente.

(1) Vide, Carlos GARCÍA VALDÉS, *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Editorial Civitas, S. A., 2.^a ed., 1982, nota 66 de la pág. 33. Asimismo, Vide Alicia MARTÍN GARCÍA, *Derecho Penitenciario sueco: La Ley de 1974*, en «Cuadernos de Política Criminal», núm. 14 de 1981, pág. 281.

II. EL PRINCIPIO DE HUMANIZACION EN LA EJECUCION DE LA PENA Y LA IDEOLOGIA DEL TRATAMIENTO

Tras las reformas efectuadas a la «Ley sobre el Tratamiento Correccional en Instituciones Penitenciarias», siguen claras las dos ideas del legislador sueco de a) *respetar* el principio de humanización en la ejecución de las penas, y b) *mantener* el ofrecimiento de un tratamiento resocializador al delincuente.

Estas dos ideas son ya, en el sistema sueco, *irrenunciables e irreversibles*.

Puede, pues, continuar afirmándose, como hace García Valdés, siguiendo a Gómez Grillo, que la característica fundamental del penitenciarismo nórdico consiste en «la actitud respetuosa de la personalidad y sus derechos y el interés por los estudiosos del preso» (2).

Pero ambos principios, el de la progresiva humanización en la ejecución penal y el tratamiento resocializador, si bien suelen ir unidos, significan obviamente cosas muy diferenciadas (3). Y esto hay que decirlo. En efecto, el tratamiento, la ideología del tratamiento nace en el seno del *positivismo*, caracterizándose por un afán defensista; lo que en realidad preocupa es la protección de la Sociedad. Por ello, el tratamiento no siempre es humanización. Al contrario, puede ser muy inhumano y no siempre justo. Me refiero al tratamiento como sanción sustitutiva de la pena, a la sanción indeterminada: «hasta que el delincuente no cure mediante el tratamiento no podrá extinguir su condena». Y «un delincuente que ha cometido un delito de escasa gravedad puede ser privado de libertad durante muchos años, a veces más años que otro que haya cometido un delito de mayor gravedad».

La nueva Defensa Social se caracteriza, sin embargo, por una enorme preocupación por la humanización en la ejecución penitenciaria, de ahí que Marc Ancel haya denominado al movimiento de la Nueva Defensa Social: «un movimiento humanista» (4).

Pues bien, en Suecia interesa decir ya ahora que la reforma del Código penal de 1981 ha abolido la pena indeterminada: «el internamiento y la prisión para jóvenes».

Pero antes de seguir adelante, creo que es conveniente hacer un paréntesis. El prestigioso tratadista alemán H.-H. Jescheck afirma, tras

(2) Cfr. Carlos GARCÍA VALDÉS, *Introducción a la Penología*, 2.^a ed. de 1982, en «Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid», pág. 89.

(3) Así Carlos GARCÍA VALDÉS en *Introducción a la Penología*, op. cit., página 160, dice: «A la idea central de la resocialización ha de unirse, necesariamente, el postulado de la progresiva humanización y liberalización de la ejecución penitenciaria, de tal manera que, medidas como los permisos de salida y el trabajo en el exterior de los regímenes abiertos, tienen una muy superior eficacia a los efectos de prevención especial...».

(4) Cfr. Marc ANCEL, *La nueva defensa social: un movimiento humanista*, «La Ley», Buenos Aires, 1961. La edición francesa última es de 1980, Ed. Cuyás, París, y se titula *La défense sociale nouvelle (un mouvement de Politique criminelle humaniste)*.

referirse a los Estados Unidos y en especial a la tendencia de la «Non intervention», que: *Lo mismo sucede en Suecia donde se observa una cierta resignación frente al optimismo resocializador del pasado* (5). Asimismo, el profesor J. Cerezo Mir dice que: «en el Coloquio Internacional sobre el método comparado en la Ciencia del Derecho Penal y la Criminología, celebrado en Friburgo, con motivo de la inauguración del nuevo edificio del Instituto Max Planck de Derecho penal extranjero e internacional... a petición del profesor Jescheck, director del Instituto, el profesor norteamericano Lejins, así como el profesor Thornstede, *hablaron del escepticismo y del sentimiento de frustración reinantes actualmente en sus países en cuanto a las posibilidades de la prevención especial*» (6).

Estas afirmaciones creo que deben ser explicadas. En efecto, no sería exacto entender que en Suecia, país de elevado nivel penitenciario enormemente influido por la idea del tratamiento resocializador, *se ha renunciado o está a punto de renunciarse al tratamiento resocializador*. Todo lo contrario. Si se observa la evolución del ordenamiento jurídico sueco puede verse claramente qué tanto el principio de la progresiva humanización en la ejecución penitenciaria, como el tratamiento, constituyen dos pilares básicos del sistema penitenciario sueco, *irrenunciables e irreversibles*.

¿Cómo, pues, deben interpretarse las palabras del profesor Jescheck y del profesor Thornstede —citado por J. Cerezo Mir—? Parece que si hay un escepticismo y un sentimiento de frustración en cuanto a las posibilidades de la prevención especial, o un declive del optimismo resocializador del pasado, debiera concluirse que esto significa que en Suecia apenas se cree ya en la resocialización y que, como en Estados Unidos, tal vez se crea más en la denominada tendencia del «radical non intervention», o en resignarse a que las prisiones tengan la única misión de «ad continendos homines» como decía Ulpiano, es decir, de encerrar a los delincuentes sin más finalidades. Tal conclusión es inaceptable y muy alejada de la realidad.

Lo que está en crisis en Suecia, realmente, es la ideología del tratamiento como fundamentadora de la sanción. Solamente *en este aspecto concreto: como fundamentadora de la sanción*, el tratamiento resocializador está en crisis. No, en los demás aspectos. Expliquemosnos.

Con la idea del tratamiento como fundamentador de la sanción se alude, en pocas palabras, a que la pena o sanción no se elige en función de la infracción misma, sino en base a la presunta necesidad de tratamiento del delincuente. De ahí que la sanción pueda ser indeterminada.

(5) Cfr. H.-H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, vol. II, traducción de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Ed. Bosch, 1981, nota 22 del parágrafo 70, titulado «Tendencias internacionales en la Política criminal moderna».

(6) Cfr. J. CEREZO MIR, *Introducción a «Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas» del Comité Nacional Sueco para la Prevención del Delito*. Informe núm. 5, Estocolmo, Suecia, julio de 1978, en ADPYCP de 1979, págs. 179 y ss., traducido por José Luis Díez Ripollés (el subrayado en el texto es mío).

El principal reparo de este tipo de política penal lo constituye el riesgo de una seguridad jurídica insuficiente: infracciones similares pueden llevar a consecuencias totalmente distintas en delincuentes diferentes, en dependencia de la necesidad de tratamiento que se reconozca (7). La clase y duración de la sanción no depende de la gravedad del delito. El principio de culpabilidad, en sentido político-criminal, no constituye ni fundamento ni medida o límite de la sanción penal.

Se podría, tal vez, sacrificar el principio de seguridad jurídica si fuera posible demostrar que el tratamiento resulta siempre positivo. Pero esto no es posible. Los pequeños y frecuentemente discutidos resultados positivos que han aparecido tras el empleo de diferentes clases de sanciones, no son de ningún modo suficientes para justificar la construcción de un sistema de sanciones de acuerdo al modelo del tratamiento (8).

Por ello el legislador sueco en 1981 modifica el sistema de penas del Código penal aboliendo las dos sanciones indeterminadas existentes: el internamiento y la prisión para jóvenes. El internamiento consistía en una medida de privación de libertad para los reincidentes que no lograban ser alejados de la actividad delictual por la aplicación de medidas menos severas. Y la prisión para jóvenes, se imponía a los jóvenes de 18 a 20 años cuando era necesaria su readaptación y reeducación. Se trata, en realidad, de medidas de seguridad postdelictuales.

Pues bien, lo que está en crisis en Suecia es el tratamiento como justificador de la imposición de una sanción. Y aunque se hayan derogado las dos sanciones indeterminadas aludidas más arriba, debemos decir que el tratamiento todavía hoy puede justificar la imposición de una determinada sanción. Todavía las distintas sanciones son *formalmente igualmente graves* (así la multa, la prisión, la condena condicional, la supervisión, el sometimiento a tratamiento especial) porque todavía hoy el sistema de sanciones está orientado en la idea del tratamiento.

Pero lo que sí debe quedar muy claro es que las críticas contra la idea del tratamiento no suponen una oposición al tratamiento como tal, una negativa a suministrar a los delincuentes servicios y tratamientos de tipo diverso. Lo que desde luego se permite, e incluso es necesario, es que al intervenir penalmente se le ofrezca al delincuente, en la medida en que sea posible, el servicio o tratamiento que pueda precisar (9). Es decir, a una persona condenada, por ejemplo a un período determinado de prisión —dos años— se le debe ofrecer, si aquélla quiere, el tratamiento adecuado. Pero, cosa muy diferente, es que el tratamiento justifique la imposición de una determinada sanción, así como su duración, por presuntas necesidades de prevención especial.

(7) Este es uno de los principales reparos del grupo de trabajo sueco que ha realizado el informe titulado: «Un nuevo sistema de penas. Ideas y Propuestas», op. cit., pág. 194.

(8) Esta es la opinión del informe sueco de 1978. Vide «Un nuevo sistema de penas...», op. cit., págs. 194 y s.

(9) Cfr. el informe sueco: «Un nuevo sistema de penas...», op. cit., pág. 195.

En Suecia no se ha renunciado en absoluto a ofrecer el tratamiento adecuado durante la condena impuesta al delincuente.

III.—LA PRISION ABIERTA EN SUECIA. CRITERIOS DE SELECCION

La prisión abierta constituye —con sus permisos de salida y trabajo en el exterior— una de las aplicaciones más importantes del principio de progresiva humanización en la ejecución penitenciaria. Su utilización es muy amplia en Suecia. En 1979 de un total de 4.114 internos, 1883 gozaron de prisión abierta, tanto en establecimientos nacionales como locales (10). Como puede observarse, casi la mitad de los internos, de la población reclusa del año 1979.

Los criterios para asignar a un interno a un establecimiento de régimen abierto que vienen establecidos en el actual artículo 7 de la Ley sobre el Tratamiento Correccional en Instituciones Penitenciarias, redactado según la Ley 1982:401, son bastante ambiguos. En primer lugar establece que el interno deberá ser destinado a un establecimiento de régimen abierto —sea en establecimientos locales o nacionales—, a no ser que sea preciso llevarle a algún otro lugar por consideración al peligro existente de que aquél pueda evadirse, o por razones de seguridad, o tomando en consideración ciertas circunstancias que puedan favorecerle, tales como las de índole laboral, estudiantil, de formación vocacional, o el estar siendo sometido a tratamiento especial, que no puedan llevarse a cabo en un establecimiento de régimen abierto.

En segundo lugar, establece que el condenado a dos o más años de prisión por delito de drogas en gran cantidad o por el contrabando en drogas en gran cantidad, será destinado a un establecimiento de régimen cerrado, si se tiene en consideración la clase de su delito, o si, por el contrario, puede temerse que sea especialmente propenso a proseguir su actividad delictiva de carácter grave, antes de que haya de cumplir su condena en un establecimiento. Y en tercer lugar, se establecen dos excepciones a lo dicho en segundo lugar: el interno no será destinado a un establecimiento de régimen cerrado si la preparación adecuada del mismo para una pronta puesta en libertad o razones especiales aconsejan el destino a un establecimiento de régimen abierto.

Como puede observarse no se establecen criterios bien delimitados por la Ley para la distribución de los internos en los establecimientos de régimen abierto.

A pesar de las reformas introducidas en la Ley penitenciaria sueca a partir de 1974, siguen siendo válidas las palabras de M. A. Nelson: «La imprecisión de las disposiciones y de los términos relativos a las posibilidades dejadas en manos de la Administración de reducir los

(10) Cfr. Tabla A anexa al artículo: «Imprisonment and The Criminal Justice System in Sweden», en el Boletín de Información del Comité Nacional sueco para la prevención del delito. Núm. 2 de diciembre de 1981, en versión inglesa. Artículo realizado por Eckart KÜHLORN, pág. 9, publicado por el NCCP (Brottsförebyggande radet).

beneficios acordados a los detenidos (derecho de visita, de telefóneos...) bajo los pretextos de seguridad y de disciplina, dan lugar a acusaciones de arbitrariedad...» (11).

No obstante la imprecisión apuntada, creo que la reforma del artículo 7 de la Ley sobre Tratamiento Correccional en Instituciones Penitenciarias por la Ley 1982:401, puede ser interpretada como un paso más hacia la asignación de los internos en establecimientos de régimen abierto. En efecto, si se compara la redacción del actual artículo 7 con la del anterior artículo 7, puede observarse que la reforma afecta sólo al párrafo tercero del artículo 7. Este decía así, en la anterior redacción: «El condenado a una pena de prisión de dos o más años será enviado a un establecimiento de régimen cerrado si debido a la falta de raíces con este país, a la naturaleza de su delito, o a cualquiera otra razón, puede temerse que tenga una especial propensión a evadirse y a seguir cometiendo delitos graves...».

El criterio de la duración de la pena (dos o más años) se refiere a toda clase de delitos; mientras que el criterio de la duración de la pena (dos o más años) en el actual párrafo tercero parece referirse sólo al delito de drogas en gran cantidad o al delito de contrabando de drogas en cantidad; por lo que dicho tope (que la pena sea de dos años como mínimo) no es esencial en otra clase de delitos, dependiendo entonces el destino a un establecimiento de régimen cerrado de otros factores como la razón de seguridad, la especial propensión a evadirse, o por tener que efectuar un trabajo, recibir una enseñanza o estar sometido a tratamiento especial, que no puedan llevarse a cabo adecuadamente en un establecimiento de régimen abierto.

El legislador de 1982 está preocupado por los delitos de tráfico de drogas en gran cantidad y establece que los condenados por tal delito deberán ser destinados a establecimientos de régimen cerrado, para evitar que continúen su actividad delictiva antes de que hayan terminado de cumplir su condena en un establecimiento. Pero al referir el tope o criterio de la pena de dos o más años de duración sólo a los delitos de drogas en gran cantidad, libera a los otros delitos de dicho criterio.

Tal interpretación que propugnamos vendría asimismo a reconocer, algo más que antes: que realmente los criterios para situar en régimen abierto o cerrado a los penados, deben ser los referentes a su comportamiento y rasgos de su personalidad, y no los jurídico-punitivos, como duración de la pena, delito cometido, etc., como reconoce abiertamente el apartado 3 del artículo 72 de la Ley General Penitenciaria española de 1979. La Ley sobre Tratamiento correccional en Instituciones penitenciarias sueca viene así a constituir una vía intermedia, entre la Ley sueca en su anterior redacción del artículo 7, y la Ley General Penitenciaria española.

(11) Cfr. M. A. NELSON, *Les systemes penitentiaires en Europe Occidentale*, Suecia, en «Notes et Etudes Documentaires. La Documentation Française», número 4645-4646 de 10 de diciembre de 1981, sous la direction de Marc Ancel, pág. 176.

Asimismo la interpretación progresista que propugnamos es acorde con la evolución de la prisión abierta en Suecia. Cada año los penados situados en establecimientos de régimen abierto son más numerosos. Pero a la vez se constata un cierto aumento de los condenados a penas largas de prisión superiores a los cuatro años, o a los tres años.

IV. EL SISTEMA DE SANCIONES EN EL CODIGO PENAL SUECO ACTUAL, TRAS LA REFORMA DE 1981

Para terminar, creo que es preciso que me refiera a la reforma del Código Penal Sueco por la Ley de 1981, en lo que se refiere al sistema de sanciones.

Pero primero, permítasenos una puntualización: en Suecia no existe un verdadero Código penal —como en España—, sino que en rigor lo que denominamos por comodidad Código penal sueco, no es sino una «parte» de otro Código más amplio. Es un «Título de las Infracciones» (o «*Brottsbalk*»). En Suecia existe un Código General que abarca a todas las disposiciones legales de mayor importancia para los ciudadanos, entre las que figura el Título de las infracciones (12).

Si bien en cada uno de los artículos donde se contiene la definición de los delitos, se dispone también la pena o penas que habrán de ser pronunciadas respectivamente, dejando unos márgenes mínimo y máximo al tribunal para precisar aquéllas en cada caso, no obstante, el Tribunal puede, en base al artículo 4 del Código penal sueco, disponer que se imponga una sanción distinta a la prevista en el catálogo de sanciones, siempre que concurran las circunstancias que así lo aconsejen. Es decir, las diferentes sanciones se consideran equivalentes y formalmente de igual gravedad (13).

Tras la derogación de las penas indeterminadas de internamiento en un establecimiento de seguridad y prisión para jóvenes de 18 a 20 años, el cuadro de sanciones (14) actual es el siguiente: multa, prisión, condena condicional, supervisión y sometimiento a tratamiento especial.

Las sanciones o «consecuencias» más frecuentes son: la multa, la condena condicional, la supervisión, la prisión y el sometimiento a tratamiento especial, por orden de preferencia.

La sanción o pena de prisión, puede ser de dos tipos: la prisión perpetua, y la prisión por un período de tiempo determinado, que en principio no puede exceder de diez años, ni ser inferior a catorce

(12) Vide José SÁNCHEZ OSÉS, *El nuevo Código Penal sueco de 1.º de enero de 1965*, en ADPYCP de 1966, pág. 118.

(13) Dice así el artículo 4 de la Ley penal sueca: «El empleo de las penas se halla generalmente regulado por los preceptos legales que tratan de los delitos particularmente. Pero, aunque no se hallen mencionados en esos preceptos, podrán acordarse, ateniéndose a lo determinado al respecto».

(14) Conviene dejar precisado, como aconseja el profesor Strahl, que el término «sanción» no equivale a la versión literal de la correspondiente palabra sueca, que es la de «consecuencia». Vide J. SÁNCHEZ OSÉS, *El nuevo Código penal sueco...*, op. cit., pág. 123.

días (15). En caso de concurso de delitos, no podrá exceder la pena impuesta por todos ellos de doce años (art. 2 del cap. 26); y en caso de que el condenado a dos años como mínimo, vuelva a cometer, una vez firme la condena, un delito conminado con la pena de prisión de más de seis años, podrá ser condenado a cuatro años más del máximo de la pena imponible al delito, o en caso de varios delitos, la máxima pena imponible para aquellos delitos de conformidad con lo establecido en el artículo 2 del mismo capítulo. En cuanto a la prisión perpetua, no podrá ser impuesta al joven que haya delinquido con menos de veintiún años de edad. Asimismo, el artículo 4 establece que el menor de dieciocho años sólo podrá ser condenado a un término fijo de prisión cuando lo aconsejen muy poderosas razones. La libertad condicional es discrecional y puede conseguirse al cumplir dos terceras partes de la duración de la prisión, e incluso, si existen especiales razones, al cumplir la mitad de la condena. El liberado condicional es sometido generalmente a supervisión durante el período de prueba (que generalmente dura de 1 a 3 años, y excepcionalmente 5 años).

La condena condicional es impuesta directamente por el Tribunal en los delitos conminados con una pena de prisión por un período determinado, si en consideración al carácter del condenado o a cualquier otra circunstancia personal, hay serias razones para predecir o estimar que la supervisión o cualquier otra medida más grave no serán necesarias para apartarle de la actividad delictiva (art. 1 del cap. 27). Durante el período de prueba de dos años, no se somete el condenado a supervisión.

La supervisión o *probation* tienen en común con la condena condicional el hecho de no privar al reo de su libertad, pero incluye una buena medida de control administrativo. El período de supervisión es de tres años, si bien se suspende generalmente al cabo de dos años, e incluso antes si no se considera necesaria. Tal sanción puede ir acompañada de instrucciones pertinentes al modo de vida del condenado durante el período de prueba. Es posible combinar la supervisión con una multa proporcional a los ingresos del condenado. Y asimismo, el Tribunal puede combinar la supervisión con una pena de prisión de corta duración (como mínimo catorce días y a lo más tres meses).

El sometimiento a tratamiento especial significa que si se dan las condiciones para aplicar la Ley de Protección de Menores, la de Tratamiento del Alcoholismo o las normas de atención psiquiátrica, con o sin internamiento, el Tribunal tiene, en ciertos casos, la posibilidad de dejar al sentenciado al cuidado de otras autoridades fuera del sistema penal.

(15) El artículo 1 del capítulo 26 establece: «De conformidad con lo dispuesto para cada delito, la prisión podrá ser perpetua o por un término de tiempo fijo. Este no podrá exceder de diez años, salvo en los casos regulados por los artículos 2 y 3 de este capítulo, ni ser inferior a catorce días. En la sentencia condenado a prisión en combinación con *probation* (supervisión), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Capítulo 28 de esta Ley, el término de prisión será el establecido en dicha norma».

Finalmente, la multa es la sanción más frecuente, pudiendo adoptar dos modalidades, la denominada días-multa y la de cuantía determinada. Generalmente se utiliza la multa para sancionar a los menores de dieciocho años y mayores de quince, aunque la sanción que corresponda al delito cometido sea de prisión.

Para terminar quisiera hacer una consideración a la duración media de la estancia en los establecimientos penitenciarios de los condenados a una pena de prisión por un período determinado. Según el Informe núm. 2 de diciembre de 1981 del Boletín del Comité Nacional sueco para la Prevención del delito, la duración media a finales de 1979 era de 117 días, o sea cerca de *cuatro meses*. En 1978, fue de 110 días. En el año 1979, según la misma fuente sólo fueron condenados a más de cuatro años 69 personas (0,5 por 100).

En la práctica de los Tribunales se tiende a reducir todo lo posible la imposición de la pena de prisión. En su lugar se recurre en mucha mayor medida a la supervisión o *probation* y a las condenas condicionales, incluso por lo que se refiere a delitos, a los que, según las tradicionales valoraciones, se les imputaba un alto valor punitivo (16).

(16) Cfr. DI 62 de Información sobre Suecia, titulado «El régimen penal en Suecia», publicado por el Instituto Sueco en febrero de 1982.

A P E N D I C E

LEY SOBRE EL TRATAMIENTO CORRECCIONAL EN INSTITUCIONES PENITENCIARIAS

(Ley de 19 de abril de 1974, modificada por las Leyes: 1976:506; 1978:901; 1980:930; 1981:213; 1981:330; 1982:401; 1983:243 *)

CAPÍTULO I

Disposiciones Generales

Artículo 1. Esta Ley tiene por objeto regular el tratamiento correccional en instituciones penitenciarias ulterior a la imposición de la pena de prisión. Las disposiciones de esta Ley se aplicarán no sólo a quien haya sido condenado a la pena de prisión, sino también a quien se haya sometido a prisión por impago de la pena de multa impuesta. Ley 1981: 213, que además establece:

1. Esta Ley entrará en vigor el 1 de julio de 1981. Al interno que tras la entrada en vigor de esta Ley sea sometido a tratamiento correccional en una institución penitenciaria se le aplicará todavía la legislación anterior que no sufre modificación alguna en sus artículos 2 y 3.

2. En base al artículo 33, párrafo segundo de su redacción anterior, se le concede al interno permiso de libertad, dos meses antes del día en que sea sometido a tratamiento no-institucional. Tales permisos de libertad se podrán conceder antes de la entrada en vigor de esta Ley, pero no antes del 1 de mayo de 1981.

Art. 2. La Dirección General de Instituciones Penitenciarias dirigirá e inspeccionará el tratamiento correccional en las instituciones penitenciarias.

(F (1974:555 con instrucciones para el cuerpo de funcionarios encargado del tratamiento correccional en las instituciones penitenciarias, después los cambios introducidos por F 1977:1028 y posteriores modificaciones en F: 1979: 705; 1980:934; 1981:238,958; 1982:995; 1983:254.)

Art. 3. Las Instituciones Penitenciarias serán nacionales o locales.

Los establecimientos nacionales, los establecimientos locales y los departamentos de los mismos podrán ser de régimen abierto o cerrado. Los internos a que hace referencia el artículo 20 a serán destinados a un departamento cerrado de máxima seguridad con vigilancia especial y con limitadas posibilidades de contacto con otros internos.

El Gobierno o la autoridad designada por éste decidirá qué instituciones deberán ser establecimientos nacionales y cuáles otras establecimientos locales; qué instituciones y departamentos de las mismas deberán ser abiertas o de régimen cerrado; y qué instituciones y departamentos de las instituciones serán denominados de máxima seguridad.

* Traducción de Carlos Mir Puig.

Las disposiciones siguientes, relativas a los establecimientos abiertos y cerrados se aplicarán también a los departamentos de régimen abierto o cerrado de los establecimientos. (Ley 1980:930.)

Art. 4. El tratamiento correccional en instituciones penitenciarias tendrá como cometido promover la rehabilitación social del interno y combatir el efecto nocivo de la privación de libertad. El tratamiento, en tanto no suponga perjuicio de la necesidad de protección de la sociedad, podrá consistir en la adopción, desde el primer momento, de las medidas más idóneas para la preparación del interno para cuando se produzca su puesta en libertad, situándole en las mejores condiciones. Tales medidas preparatorias deberán iniciarse lo más pronto posible. (Ley 1981:213 [Vide artículo 1].)

Art. 5. El tratamiento correccional en instituciones penitenciarias será planeado y llevado a cabo en íntima cooperación con los diferentes cuerpos que componen el sistema correccional nacional. Cuando la realización del objetivo del tratamiento exija la contribución de otros organismos sociales, se concertará la necesaria cooperación de los mismos con los representantes de tales cuerpos u organismos.

El interno deberá ser consultado en lo que se refiere a la planificación de su tratamiento. También serán oídos los familiares más allegados al mismo, de ser ello posible. Asimismo, el interno podrá expresar su opinión sobre la acción planeada que le afecte en particular, a no ser que concurran razones muy poderosas que se opongan a ello.

Art. 6. Para la distribución de los internos entre los establecimientos nacionales y locales serán de aplicación las siguientes directrices generales: Los internos que hayan sido condenados hasta un año de prisión como máximo serán destinados con preferencia a un establecimiento local

Los que hayan sido condenados a más de un año de prisión serán destinados preferentemente a un establecimiento nacional. Sin embargo, se les podrá trasladar a un establecimiento local cuando resulte necesario a su adecuada preparación para su puesta en libertad.

El destino a los establecimientos de régimen cerrado a que se refiere el artículo 7, párrafo tercero comportará el envío a un establecimiento nacional, salvo si se trata de un caso especial, y preferentemente a un establecimiento que tenga encomendadas, en todo, o en parte, funciones de máxima seguridad. (Ley 1982:401, que entró en vigor el 1 de octubre de 1982.)

Art. 7. Al asignar a los internos a establecimientos de régimen cerrado o abierto, deberá observarse lo siguiente:

El interno deberá ser destinado a un establecimiento de régimen abierto, a no ser que sea preciso llevarle a algún otro lugar por consideración al peligro existente de que aquél pueda evadirse o por razones de seguridad, o tomando en consideración ciertas circunstancias que puedan favorecerle, tales como las de índole laboral, estudiantil, de formación vocacional, o el estar siendo sometido a tratamiento especial, que no puedan llevarse a cabo en un establecimiento de régimen abierto.

El condenado a dos o más años de prisión por delito de drogas en gran escala o por el contrabando de drogas en gran escala, será destinado a un

establecimiento de régimen cerrado, si se tiene en consideración la clase de su delito, o si, por el contrario, puede temerse que sea especialmente propenso a proseguir su actividad delictiva de carácter grave, antes de que haya de cumplir su condena en un establecimiento.

Lo establecido en el párrafo tercero no será de aplicación, si otra clase de destino fuera requerido para preparar al interno adecuadamente para su próxima puesta en libertad, o si existen razones especiales que aconsejen el destino a un establecimiento de régimen abierto. (Ley 1982:401 [Vide el artículo 6].)

Art. 8. Los internos menores de veintiún años deberán ser situados, de no concurrir especiales razones en contra en locales separados de los demás internos que puedan causar un efecto nocivo en su resocialización.

CAPÍTULO II

Disposiciones especiales relativas al tratamiento correccional en Instituciones penitenciarias

Artículo 9. A los internos se les tratará con el respeto debido a su dignidad humana. En su trato, deberán tomarse en consideración las dificultades especiales con que se encuentran, propias de la estancia en un establecimiento penitenciario.

Asimismo, los internos deberán guardar el respeto y consideración debidos a los funcionarios y demás personal del establecimiento penitenciario, así como a los demás internos. Deberán observar las normas que rijan el establecimiento penitenciario y seguir las instrucciones que reciban de todos los funcionarios de la plantilla.

Art. 10. Al interno se le proporcionará el trabajo que resulte adecuado para aumentar en lo posible las perspectivas de su adaptación a las condiciones del trabajo que deba realizar tras supuesta en libertad.

Se procurará compatibilizar con las horas de trabajo la educación especial, la formación vocacional, el tratamiento psiquiátrico o cualquier otra clase de instrucción especializada que precise el interno, teniendo en cuenta la duración de su estancia en el establecimiento y sus cualidades personales.

Art. 11. Para facilitar la reinserción social se autorizará al interno de un establecimiento local que durante el horario laboral efectúe algún trabajo o bien participe en algún curso de enseñanza o en otro tipo de actividades organizadas fuera del establecimiento penitenciario. En dichos establecimientos deberán tomarse todas las medidas que sean necesarias para el fomento de actividades de esta índole.

Las autorizaciones a que se refiere el párrafo anterior podrán concederse también a los internos de los establecimientos nacionales, en casos especiales. Lo dicho, sin embargo, no será de aplicación a los internos a que se refiere el artículo 7, párrafo tercero, y que se hallen recluidos en un establecimiento nacional de régimen cerrado. (Ley 1982:401 [Vide artículo 6].)

Art. 12. Todo interno está obligado a trabajar o a participar en algún curso de estudio o formativo que se le asigne.

Art. 13. Al interno se le permitirá realizar ejercicios físicos apropiados a su edad y a su estado de salud.

El interno tiene derecho a salir, al menos una hora al día, al exterior del establecimiento, salvo que circunstancias especiales lo impidan.

Art. 14. El interno podrá ocupar sus ratos de ocio en actividades adecuadas. Se le animará a cultivar sus aficiones, siempre que sean aptas para contribuir a su desarrollo. En la medida en que sea posible, se le permitirá enterarse de los sucesos que tienen lugar en el mundo exterior a través de los periódicos, la radio y la televisión. Asimismo, se deberán satisfacer, en la medida en que sea posible, sus necesidades de diversión.

De poderse organizar adecuadamente, se permitirá al interno, en su tiempo libre, salir fuera del establecimiento para participar en asociaciones o actividades de tipo social que le preparen para su puesta en libertad. Durante tales actividades, se podrán tomar medidas para que el interno esté bajo vigilancia.

Lo dicho en el párrafo segundo no será de aplicación al interno a que se refiere el artículo 7, párrafo tercero, que se encuentre recluido en un establecimiento de régimen cerrado. (Ley 1982:401 [Vide art. 6].)

Art. 15. El interno que desee practicar su religión en el interior del establecimiento podrá hacerlo, siempre que pueda organizarse adecuadamente.

Art. 16. Con el fin de preparar la puesta en libertad del interno, se realizarán todos los esfuerzos que sean necesarios para proporcionarle un empleo adecuado, u otro medio de vida, así como un lugar apropiado para vivir. Si necesita recibir educación, formación profesional o asistencia financiera, social o médica deberá hacerse todo lo posible para satisfacer dichas necesidades. (Ley 1981:213 [Vide art. 1].)

Art. 17. En las horas de trabajo el interno deberá trabajar colectivamente con otros internos a no ser que otra cosa se establezca en las disposiciones de esta Ley, o a menos que el tipo de trabajo a realizar exija un modo de realización diferente.

En los ratos de ocio, el interno podrá pasar todo el tiempo que desee en compañía de otros internos; no obstante, si fuera absolutamente necesario en razón a las condiciones del establecimiento, se podrá restringir o reducir la duración de dicha compañía.

Al anochecer, los internos podrán ser separados tras el trabajo. (Ley 1980:930.)

Art. 18. El interno podrá efectuar su trabajo solo si lo solicita, siempre que ello pueda creerse conveniente, y con tal que no concurran razones especiales que aconsejen rechazar su solicitud. El permiso para trabajar solo se revisará tantas veces cuantas sean necesarias y, en todo caso, como mínimo una vez al mes.

Un médico deberá examinar al interno que trabaje solo, de ser considerado necesario para el estado general de salud del mismo. Tal examen deberá realizarse asimismo siempre que el interno haya estado trabajando solo, de modo continuado durante un mes. (Ley 1980:930.)

Art. 19. Derogado por la Ley 1976:506.

Art. 20. El interno podrá ser separado de los demás internos, si fuera necesario:

1. Por razones de la seguridad nacional; por consideración a la existencia de un peligro actual para la vida o salud del propio interno o de otros; o por los daños graves causados al establecimiento.
2. Para impedir que el interno pueda incitar seriamente a otros internos a perturbar el buen orden del establecimiento.
3. Para impedir que el interno pueda suministrar estupefacientes a otro interno.
4. Para evitar que el interno pueda molestar seriamente a otro interno.

El interno que conforme al artículo 7, párrafo tercero, haya sido destinado a un establecimiento de régimen cerrado, podrá ser separado de sus compañeros, si hubiere base para sospechar que planea evadirse, o que otros proyectan intentar ponerle en libertad, siempre que la separación fuera necesaria para evitar la puesta en práctica de tales planes.

Las decisiones que se adopten en virtud del primer y segundo párrafos deberán ser revisadas tan pronto haya razones para ello, y, en todo caso, como mínimo cada diez días. (Ley 1980:930.)

Art. 20 a. Si hay razones para estimar que las circunstancias descritas en el artículo 20, párrafo segundo, persistirán aún durante un largo período de tiempo, el interno en cuestión podrá ser situado en un departamento de máxima seguridad.

Así mismo, el interno podrá ser asignado a un departamento de máxima seguridad, si existen poderosas razones para estimar que dicho destino es necesario para impedirle la comisión de delitos graves durante el cumplimiento de su condena.

La decisión de asignar a un interno en un departamento de máxima seguridad deberá ser revisada tan pronto como haya razón para ello, y en cualquier caso, como mínimo, una vez al mes. (Ley 1980:930.)

Art. 21. Al interno que sea separado de los demás internos de conformidad con lo preceptuado en el artículo 20, se le podrá autorizar una separación atenuada, en la extensión que pueda creerse oportuna. (Ley 1980:930.)

Art. 22. Antes de que sea tomada decisión alguna sobre lo dispuesto en el artículo 20 o en el artículo 20 a, o sobre la revisión de la decisión que se haya tomado, deberán llevarse a cabo las investigaciones correspondientes para estudiar todas las circunstancias que pueden afectar a la decisión.

Todo interno que sea separado de los demás internos por estar en inminente peligro de muerte o por estar en peligro su salud, deberá ser reconocido por un médico, tan pronto como resulte posible. Los demás inter-

nos que sean separados por las razones mencionadas en el artículo 20, y todo interno situado en un departamento de máxima seguridad serán examinados por el médico si lo requiere su estado de salud. Tal reconocimiento o examen deberá efectuarse en todo caso cuando el interno haya permanecido separado de los demás durante un mes.

Deberá emitirse un informe que recoja el resultado de las investigaciones a que se refiere el párrafo primero. (Ley 1980:930.)

Art. 23. El interno que tenga un comportamiento violento o que se halle bajo los efectos de la ingerencia de bebidas alcohólicas o de otros tóxicos o estimulantes, hasta el punto de que pueda temerse que provocará disturbios en el establecimiento, podrá ser aislado temporalmente de los demás internos, por el tiempo imprescindible, hasta que se domine el comportamiento violento, o hasta que desaparezcan los efectos de la intoxicación.

Podrá hacerse uso de la fuerza física, cuando resulten inadecuados otros medios para controlar la conducta violenta del interno, si fuera totalmente necesario para preservar la vida o la salud de éste o de otra persona.

En las circunstancias indicadas en los párrafos primero y segundo anteriores, y cuando el interno no pueda ser aislado en el establecimiento, éste podrá ser encerrado por un período máximo de 48 horas, si ello fuera más conveniente que la conducción a otro establecimiento.

El médico deberá dar su opinión, lo más pronto posible, sobre la actividad realizada de conformidad con este artículo. La opinión del médico sólo será necesaria cuando se refiera al estado de salud del interno, no siendo necesaria sin embargo cuando el interno sea aislado por causa de intoxicación. Deberá emitirse un informe de lo que resulte. (Ley 1980:930.)

Art. 24. Al interno le será permitido, siempre que no haya inconveniente alguno, tener consigo sus propiedades personales, así como poseer y recibir libros, periódicos, revistas y material similar, que pueda tenerle ocupado durante sus ratos de ocio. El interno podrá poseer dinero y adquirir los bienes y material permitidos por las normas de orden interno que rijan el establecimiento. Podrá disponerse que los internos no reciban paquetes, salvo la correspondencia u otro tipo de material que sea correcto sin permiso especial, cuando tal medida sea necesaria para evitar la introducción de objeto no autorizados en el interior del establecimiento.

Art. 25. La correspondencia del interno con un organismo oficial sueco, o con el abogado será expedida sin ser intervenida. No obstante, si hubiera poderosas razones para sospechar que la carta no procede en realidad de ningún organismo oficial o abogado, ésta podrá ser intervenida siempre que no pueda esclarecerse la verdad por otros medios.

En cuanto a las cartas dirigidas a la Lista de Correos de la Administración Nacional Sueca, les será aplicado el artículo 26 en vez del párrafo anterior.

Art. 26. Las cartas y los paquetes dirigidos al interno de un establecimiento nacional de régimen cerrado así como los expedidos por éste al exterior, serán intervenidos para la comprobación de que no contienen nada

prohibido. Si hubiera razones para sospechar que la carta o paquete enviados pudiera contener algún objeto prohibido, podrán ser intervenidos, aunque se trate de un establecimiento de otro tipo, si se considerara oportuno por razones de seguridad.

Respecto al interno de un departamento de máxima seguridad, la intervención de su correspondencia y de otros envíos tendrá por objeto, además, comprobar si contienen manifestaciones sobre la proyección de actividades criminales u otros planes similares. Cuando sea necesario por razones de seguridad, las cartas podrán ser intervenidas al azar, incluidas las dirigidas al interno de un establecimiento de régimen cerrado, habida cuenta de su situación especial.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no es aplicable a la correspondencia entre el interno y los organismos oficiales suecos, o entre aquél y los abogados, que, según el artículo 25 deberá ser expedida sin ser intervenida. (Ley 1982:401 [Vide artículo 6].

Art. 27. La intervención de las cartas o de otros envíos no deberá extenderse más allá de lo estrictamente necesario.

Al abrir la carta o el envío, el interno deberá estar presente, siempre que sea posible.

Las cartas y demás envíos que hayan sido intervenidos podrán ser retenidos si así lo exigen razones de seguridad. En tal caso, el interno deberá ser informado inmediatamente. Si se tratara de una carta o envío procedente del exterior el interno podrá tener conocimiento de su contenido, en la medida en que sea posible. Las cartas o envíos retenidos serán entregadas al interno tan pronto como sea posible, y a lo más tardar, al finalizar la permanencia del interno en el establecimiento, a no ser que existan poderosas razones que se opongan a ello. (Ley 1982:401 [Vide art. 6].)

Art. 28. Lo preceptuado en los artículos 25 a 27 respecto de la correspondencia, será aplicable a cualquier otra comunicación escrita. Las normas contenidas en ambos artículos relativas al interno, considerado en particular, serán de aplicación también a los grupos de internos.

En los departamentos psiquiátricos, se aplicarán las reglas, que sean adecuadas, del artículo 15 de la Ley 1966:293 sobre Tratamiento Psiquiátrico Cerrado en Ciertos Casos, en vez de las disposiciones de los artículos 25 a 27. Las cartas dirigidas por el interno a un Organismo oficial sueco o al abogado, no obstante, serán expedidas sin ser intervenidas. (Ley 1982:401 [Vide art. 6].)

Art. 29. El interno tendrá derecho a recibir visitas, siempre que sea oportuno. No podrá recibir las visitas que se estime que puedan poner en peligro la seguridad del establecimiento, o las que puedan obstaculizar su efectiva reincisión social, al afectarle negativamente, o las que puedan perjudicar a otro interno.

Para decidir si el interno de un establecimiento de régimen cerrado puede recibir visitas en casos especiales, deberá averiguarse, antes de que tenga lugar la visita, si el visitante ha sido condenado anteriormente o si es sospechoso de haber cometido hechos delictivos. También se deberá

obtener información sobre las circunstancias personales generales del visitante, cuando sea necesario y pueda hacerse adecuadamente. Lo dicho no será de aplicación en los casos en que no sea necesario por razones obvias: cuando el visitante sea una persona conocida o en caso similar. Para decidir si el interno de un establecimiento de régimen no cerrado puede recibir visitas en casos especiales se deberán efectuar las averiguaciones mencionadas en el párrafo anterior en la medida en que se considere necesario para la seguridad.

Durante la visita, si es necesario por razones de seguridad, estará presente un funcionario del establecimiento. Este, cuando se trate de visitas del abogado que asiste al interno en asuntos legales, sólo podrá estar presente si así lo desean el abogado o el interno.

La visita podrá ser condicionada, en algunos casos por razones de seguridad, a que el visitante muestre su conformidad a someterse a un cacheo personal o registro del bolso, cartera, etc., que deseé llevar consigo durante la visita. (Ley 1982:401 [Vide art. 6].)

Art. 30. Podrán efectuarse comunicaciones telefónicas entre el interno y las personas del exterior en cuanto pueda organizarse convenientemente. Pero al interno se le podrá denegar el permiso para efectuar o recibir una llamada, si ésta pudiera suponer un peligro para la seguridad del establecimiento, o pudiera afectar a la reinserción social del interno, o pudiera perjudicarle a él o a cualquier otra persona.

Asimismo, un funcionario podrá escuchar la conversación telefónica por los medios que sean adecuados, si así lo exigen razones de seguridad. Dicha escucha sólo podrá realizarse, no obstante, con el conocimiento previo del interno. Las conversaciones telefónicas efectuadas con el abogado que asista al interno en asuntos legales, no deberán ser escuchadas sin el consentimiento de éste.

Art. 31. El Gobierno, sin embargo, podrá dejar sin aplicación lo dispuesto en los artículos 25 a 30 de esta Ley, en ciertos casos, si fuera necesario en interés de la seguridad nacional. (Ley 1976:506.)

Art. 32. Para facilitar la reinserción social del interno se podrá conceder permisos de salida del establecimiento por un breve período de tiempo (permisos de breve duración) a no ser que representen un serio peligro de continuar el interno con su actividad relictiva o de abusar del permiso de cualquier otro modo. Al considerar cada caso habrá que tener en cuenta si el interno ha usado o traficado con drogas dentro del establecimiento, o si se ha negado, sin razón aparente, a entregar una muestra de orina, como exige el artículo 52 d.

Asimismo, se concederán permisos de salida de breve duración cuando exista alguna razón especial para ello, en otros casos distintos del mencionado en el párrafo anterior.

No se concederán permisos de salida de breve duración a los internos a que se refiere el párrafo tercero del artículo 7 y que se hallen en un establecimiento nacional de régimen cerrado salvo en casos excepcionales.

El permiso de salida de breve duración podrá ser condicionado al cumplimiento de las reglas de conducta y limitaciones que se establezcan de

creerse oportuno, según el tipo de establecimiento, el grado de culpabilidad del interno y otros factores. Si se considerara necesario, el interno podrá ser sometido bajo vigilancia durante el tiempo que dure el permiso. Los internos mencionados en el párrafo tercero de este artículo tendrán que permanecer obligatoriamente bajo vigilancia, salvo que concurran ciertas condiciones que aconsejen lo contrario, como, por ejemplo, el traslado próximo a un establecimiento de régimen abierto. (Ley 1982:401 [Vide art. 6].)

Art. 33. Como medida preparatoria de la libertad se podrá conceder al interno mencionado en el artículo 7 del capítulo 26 de la Ley penal sueca, un permiso de salida de mayor duración (permiso de liberación). Este permiso no podrá concederse hasta que el interno haya cumplido las dos terceras partes de la condena.

Para la concesión de un permiso de liberación será necesaria la imposición de las condiciones que se estimen convenientes respecto del lugar de residencia, o por el grado de culpabilidad, o por otras circunstancias similares. Ley 1983:243, que entró en vigor el 1 de julio del mismo año.

Art. 34. Si fuera posible facilitar una asistencia especial al interno del que pueda pronosticarse que la concesión de un permiso de estancia en el exterior del establecimiento le facilitará su reinserción social, deberá concedérsele un permiso de salida por el tiempo que resulte apropiado para dicho fin. Se deberán imponer todas las condiciones que se consideren necesarias a su estancia en el exterior.

Lo dicho en el primer párrafo no será de aplicación a los internos a los que se refiere el artículo 7, párrafo tercero, y que se hallen destinados a un establecimiento nacional de régimen cerrado. (Ley 1982:401 [Vide artículo 6].)

Art. 35. El tiempo pasado durante la estancia en el exterior del establecimiento a la que se refieren los artículos 32, 33 y 34 se computará a efectos del cumplimiento de la condena, salvo que haya razones especiales que se opongan a ello.

Art. 36. El interno tendrá derecho a mantener conversaciones, bajo la forma que sea más conveniente, con la dirección del establecimiento sobre materias comunes que afecten al interno. Asimismo, tendrá derecho a efectuar reuniones con sus compañeros para tratar de tales materias. No obstante, el interno que esté separado de los demás, sólo podrá participar en tales conversaciones o reuniones si no hubiera ningún inconveniente para ello.

Art. 37. El interno que esté enfermo será tratado de acuerdo con las prescripciones del médico. Serán utilizados los servicios médicos públicos del exterior, si no pudieran realizarse convenientemente los necesarios reconocimientos o no pudiera seguirse el tratamiento debido, en el interior del establecimiento. Y en caso de urgencia, el interno será trasladado a un hospital.

En la medida en que sea posible, el parto de la mujer-interno tendrá lugar en un hospital o en una casa de maternidad. Si fuera necesario, la

mujer será trasladada a tales lugares, o a otro hogar en que le pueda ser procurado el tratamiento adecuado, con el tiempo de antelación suficiente para dar a luz.

El interno que de acuerdo con lo dispuesto en los dos párrafos anteriores resida en el exterior del establecimiento podrá ser puesto bajo vigilancia o sometido a la observancia de reglas especiales si fuera necesario.

Art. 38. El tratamiento psiquiátrico en régimen cerrado en ciertos casos y el cuidado de los atrasados mentales en hospitales especiales son regulados por normas especiales.

Art. 39. El período de tiempo que el interno pase en el exterior del establecimiento de conformidad con el artículo 37 o de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 38 se computará a efectos del cumplimiento de la condena salvo que se opongan a ello razones especiales.

Art. 40. Si el interno cayese enfermo en el momento de su puesta en libertad, podrá seguir en el establecimiento sometido al tratamiento médico correspondiente, durante un tiempo prudencial, si así lo solicitase el interno.

Art. 41. Si al ingresar una mujer en un establecimiento llevare con ella un niño lactante, o bien el niño nace después de su ingreso, se le concederá que su hijo permanezca con ella.

Art. 42. Al efectuarse el traslado del interno se deberá tener cuidado de asegurar lo más posible el salvaguardar la persona del interno de la curiosidad del público.

Sólo si se considera necesario por razones de seguridad, se le pondrán al interno las esposas durante el tiempo que dure el traslado fuera del establecimiento.

Si existiera el temor de que el traslado pudiera ser perjudicial para la salud del interno, deberá obtenerse la autorización del médico. (Ley 1982: 401 [Vide art. 6].)

Art. 43. El interno deberá comparecer ante el Juzgado o Tribunal mencionados en el capítulo 37 del Código Penal, si fuera requerido por éstos. En caso de ser requerido el interno por cualquier otro organismo oficial para que comparezca ante el mismo, La Dirección General de Instituciones Penitenciarias deberá considerar si tal petición debe ser concedida. Si fuera necesario, por razones de seguridad el interno podrá ser temporalmente encerrado a la espera de tal comparecencia.

El período de tiempo que transcurra en la comparecencia a la que se refiere el párrafo anterior, se le computará a efectos de la condena.

Si el interno es llevado a juicio, tendrá derecho, si lo pidiere, a obtener las condiciones de comodidad necesarias para la preparación de su causa.

Art. 44. Todo interno percibirá su remuneración por el trabajo realizado de acuerdo con las normas establecidas por el Gobierno o por las autoridades a quien el Gobierno haya autorizado al efecto, siempre que el trabajo no haya sido realizado por cuenta propia del interno o por cuenta de una empresa de fuera del establecimiento. También percibirá la remune-

ración si el interno participa durante las horas de trabajo en programas educativos, en la formación vocacional o en otra clase cualquiera de formación profesional o de tratamiento especial, o se matricule en un curso independiente. Si al interno no se le pudiere proporcionar el trabajo consiguiente u otra actividad análoga que le pueda proporcionar dicha remuneración, o si se hallare total o parcialmente incapacitado para toda clase de actividades, se le abonará también dicha remuneración en cualquiera de ambos casos.

La remuneración del trabajo se determinará teniendo en cuenta el esfuerzo laboral del interno, salvo que razones especiales se opongan a ello. La remuneración de otras actividades será determinada por regla general de modo semejante.

El Gobierno o la Autoridad que éste designe establecerán las normas que regulen el uso de la remuneración referida en el primer párrafo de este artículo y de todo cualquier otro ingreso que reciba el interno por su actividad laboral. (Ley. 1976:506.)

Art. 45. Si un interno destruyera o estropeará deliberadamente las pertenencias del establecimiento se le descontará su valor de los fondos propios a que hace referencia el artículo 44.

Las retribuciones por el trabajo que son retenidas por las autoridades penitenciarias en la cuenta abierta a nombre del interno no podrán ser embargadas.

Art. 46. Queda derogado por la Ley 1976:506.

Art. 47. Cuando el interno infrinja el orden establecido o no observe las instrucciones que se le hayan dado mientras esté dentro o fuera del establecimiento bajo la supervisión del personal del mismo, se le impondrá un castigo disciplinario de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo de este artículo, si no existiera razón alguna para suponer que se someterá a las instrucciones o a la amonestación recibidas, o si la acción del interno fuera de tal naturaleza que deba ser castigada necesariamente para salvaguardar el orden y la seguridad del establecimiento.

El castigo disciplinario podrá consistir en:

1. Amonestar al interno.
2. Decretar que no le sea computado, a efectos del cumplimiento de la condena, un período de tiempo no superior a diez días. (Ley 1976:506.)

Art. 48. Deberá tenerse en cuenta, al considerar la aplicación del castigo disciplinario a que se refiere el artículo 47, apartado 2, si la falta tendrá o pueda suponerse que tenga otras consecuencias para el interno, en particular respecto a lo establecido en los artículos 11, 32 o 33 de esta Ley.

Art. 49. Cuando el interno cometa varias faltas se impondrá sólo un castigo disciplinario conjunto para todas ellas. En caso de repetición del castigo disciplinario establecido en el apartado 2 del artículo 47, el período de tiempo que se le calcule como no cumplido a efectos de la condena no podrá exceder en total de:

1. Diez días si se trata de condenados hasta un máximo de un mes.

3. Quince días respecto a los condenados hasta cuatro meses.
3. Cuarenta y cinco días a los condenados a más de cuatro meses de prisión.

Art. 50. El interno podrá ser temporalmente aislado de los demás internos durante la investigación de asuntos disciplinarios, si fuera totalmente necesario para evitar poner en peligro el cometido de la investigación. Esta medida disciplinaria no podrá adoptarse más que durante cuatro días. Si el interno no pudiera ser aislado de sus compañeros en el propio establecimiento, podrá ser sometido a prisión, si fuera más conveniente que el traslado a otro establecimiento. Tal confinamiento será lo más cómodo posible. (Ley 1980:930.)

Art. 51. Las cuestiones disciplinarias serán tratadas con rapidez. El interno deberá ser oído, antes de que se tome ninguna decisión. Deberá recogerse en un informe el resultado de la audiencia y de la investigación. (Ley 1980:930.)

Art. 52. Todo beneficio a que el interno pueda tener derecho, en virtud de esta ley, podrá ser revocado temporalmente, si fuera necesario para el mantenimiento del orden y de la seguridad en el interior del establecimiento.

Art. 52 a. Toda persona que ingrese en una institución penitenciaria será cacheada en su persona para comprobar que no lleve ningún objeto prohibido por la ley, salvo que dicho cacheo sea manifiestamente innecesario.

Además, el interno podrá ser cacheado:

1. En cualquier momento en que se sospeche que pueda llevar consigo algo prohibido.
2. Al efectuarse, de modo imprevisto, registros generales en los recintos del establecimiento, en que el interno se mueva o se haya movido.
3. Cuando el interno vaya a recibir o acabe de recibir visitas sin vigilancia.
4. Al volver el interno al establecimiento tras haberse ausentado temporalmente de él.

A pesar de lo dicho en el segundo párrafo de este artículo, no se descarta la posibilidad de que puedan efectuarse registros en otros momentos, siempre que sea considerado necesario para la seguridad y con el solo objeto de hallar armas u otros objetos peligrosos.

Art. 52 b. El interno podrá ser sometido a inspección corporal cuando existan indicios de que posee objetos prohibidos en su persona.

Aparte de lo dispuesto en el primer párrafo, la inspección corporal podrá efectuarse en la medida que se considere procedente en los casos contemplados en el párrafo primero del artículo 52 a y en el párrafo segundo, números 2-4 del mismo artículo. En el caso de tratarse de internos no destinados a establecimientos nacionales de régimen cerrado será de aplicación sólo el sometimiento a una inspección corporal superficial. (Ley 1982:401.)

Art. 52 c. El registro o la inspección corporal no podrá ser más rigurosa de lo que exija la situación. Se guardará toda la consideración debida

que permitan las circunstancias. A ser posible, en el registro estará presente un testigo.

Tanto el registro corporal a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 52 a como la inspección corporal no podrán, cuando se trate de una mujer, ser efectuados o presenciados por otras personas que no sean mujeres, médico o enfermera titulada.

Los objetos encontrados durante el registro o la inspección corporal que sean prohibidos por la ley, serán puestos bajo custodia, siempre que no proceda darles otro destino. (Ley 1982:401 [Vide art. 6].)

Art. 52 d. Todo ingresado estará obligado, cuando así se disponga, a dejar una muestra de orina para que pueda comprobarse si se halla bajo los efectos del alcohol, de no ser indicadas otras medidas, por razones médicas o similares. (Ley 1982:401 [Vide el art. 6].)

Art. 53. Si la aplicación de lo preceptuado por esta Ley pudiera hacer temer, de forma evidente, la posibilidad de producirse daños en la salud física o psiquiátrica del ingreso, podrán efectuarse las modificaciones que se crean necesarias para evitarlos.

CAPÍTULO III

Otras disposiciones de carácter general

Art. 54. Las cuestiones a que se refiere el artículo 33 serán examinadas por el Comité de Régimen de Instituciones Penitenciarias. Lo mismo es aplicable a los casos a que se refiere el artículo 34 si el interno ha sido condenado a dos o más años de prisión. Las demás circunstancias a que se refiere el artículo 34 deberán ser examinadas por la Comisión de Supervisión, a cuya demarcación pertenezca el establecimiento. (Ley 1983:243 [Vide el art. 33].)

Art. 55. El Gobierno podrá establecer que la competencia para otorgar las medidas contempladas en los artículos 33 y 34 sea transferida del Comité de Régimen de Instituciones Penitenciarias al Comité de Supervisión, a cuya demarcación pertenezca el establecimiento. (Ley 1981:213 [Vide art. 1].)

Art. 56. El interno tendrá derecho a solicitar la revisión de las resoluciones que pueda haber tomado la Comisión de Supervisión, por parte del Comité de Régimen de Instituciones Penitenciarias en los supuestos a que se refieren los artículos 33 y 34. (Ley 1981:213 [Vide el art. 1].)

Art. 57. Las resoluciones de la Comisión de Supervisión serán de ejecución inmediata, de no disponerse lo contrario. Contra las resoluciones del Comité de Régimen de Instituciones Penitenciarias no cabra recurso alguno. (Ley 1982:213 [Vide art. 1].)

Art. 58. Las resoluciones que se adopten conforme a esta Ley sobre otros casos distintos a los contemplados por los artículos 54-56 serán dictadas

por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Las resoluciones tomadas por la Dirección General serán inmediatamente ejecutiva, de no disponerse lo contrario.

Art. 59. Los recursos contra las resoluciones de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias recaídas en los casos referidos en esta Ley se interpondrán ante el Tribunal de Apelación. Contra los fallos de éste cabrá recurrir al Gobierno. (Ley 1975:506.)

Art. 60. El Gobierno podrá disponer el traslado de un funcionario dentro del tratamiento correccional a la Comisión de Supervisión, bajo la autoridad de ésta, a que se refieren los artículos 54 y 55, y además bajo la autoridad de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, como establece esta Ley, y en casos distintos a los contemplados en el artículo 17, apartado primero, segunda frase, artículo 20, apartado segundo y artículo 20 a), 35 y 39. (Ley 1980:930.)

Art. 61. Lo dispuesto en el artículo 60 implica que el Director del Establecimiento pueda resolver la adopción de las medidas disciplinarias contenidas en el artículo 47, siendo ejecutiva su resolución, de no ordenar aquél lo contrario. Pero si el Director resuelve imponer la medida disciplinaria número 2 del párrafo segundo del artículo 47, ésta será sometida al examen de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. (Ley 1976:506.)

Art. 62. El que sin estar autorizado entregue o trate de entregar ilegalmente un arma o cualquier otro objeto prohibido análogo a un interno, con el que pueda ocasionar o infligir daños o heridas a sí mismo o a otros internos, se verá obligado a pagar una multa o a cumplir una pena de prisión que no exceda de un año si el acto no lleva implícito una pena mayor de acuerdo con las disposiciones legales del Código Penal.

Asimismo, el que entregue a un interno bebidas alcohólicas o tóxicos, jeringuillas o agujas hipodérmicas, agujas que puedan ser usadas para inyectar alguna sustancia en el cuerpo humano o ayude al interno a conseguirlo, se verá obligado a pagar una multa o a cumplir una condena de prisión superior a los seis meses, siempre que no lleve implícito el hecho, según el Código Penal, una pena mayor.

Art. 63. Las bebidas alcohólicas u otras sustancias tóxicas que se encuentren en poder del interno o que hayan sido traídas por los nuevos internos ingresados, podrán ser decomisadas. Deberá aplicarse el párrafo tercero de la Ley 1958:205 sobre el comiso de bebidas alcohólicas, etc.

Lo dicho en el primer párrafo será también de aplicación, si es posible, a las bebidas alcohólicas u otras sustancias tóxicas que se encuentren en el interior del establecimiento sin que se conozca quién es su propietario.

Lo dispuesto en los párrafos primero y segundo pueden también ser de aplicación a las jeringuillas o cánulas que puedan ser utilizadas para inyectar en el cuerpo humano.

El dinero que se obtenga con la venta de lo decomisado será entregado al Estado.

El dinero que se encuentre en poder de un interno recién ingresado le será intervenido, si se infringiera lo dispuesto al respecto, salvo que se trate de pequeñas cantidades. El dinero intervenido será invertido por el Director del establecimiento para que produzca intereses sin que el interno pueda disponer del mismo hasta que termine su estancia en el establecimiento, de no existir razones especiales en contra. (Ley 1982:401 [Vide el art. 6].)

SECCION LEGISLATIVA

LEY DE TRIBUNALES TUTELARES DE MENORES (TEXTO REFUNDIDO APROBADO POR DECRETO DE 11 DE JUNIO DE 1948) Y CONSTITUCION *

ROCIO CANTARERO BANDRES
Profesora de Derecho Penal

La actual Ley de Tribunales Tutelares de Menores es un texto refundido de 11 de junio de 1948. Su existencia es el resultado de los movimientos filantrópicos que desde finales del siglo pasado vinieron denunciando tanto el abandono en que se encontraban «los menores necesitados» como el peligro potencial y real que representaban, a la vez que se los asimilaba a los locos o disminuidos.

El positivismo criminológico suministró los fundamentos teóricos necesarios para que bajo la dirección de los correccionalistas españoles viera la luz esta legislación sobre los menores, amparado en conceptos tales como tutela, terapia, rehabilitación, en claro fraude de etiquetas, dando así salida airosa a una represión ejercida de forma indirecta que, de haberse colocado en el ámbito penal para los menores, hubiese repugnado a las «mentes bienpensantes».

De este modo, con la apelación al menor como incapaz, inmaduro, incompleto y, necesitado en consecuencia de terapia, se consiguen a través de esta legislación objetivos como el de garantizar la defensa social frente a la peligrosidad representada por estos sujetos, por medio de su aislamiento y colocación en Centros o Instituciones de tratamiento, para la aplicación de medidas reeducadoras, restrictivas o limitadoras de la libertad, mientras se mantiene el carácter benéfico que dichas medias e instituciones tienen, tanto para los menores a los que se aplica como para el cuerpo social, al tiempo que se esquiva la verdadera problemática de las condiciones de marginación e injusticia en que los menores, sobre todo aquellos de las clases menos favorecidas, se encuentran, apartándose de la crítica que un análisis de este tipo podría acarrear para la imagen de la Justicia en un sistema social determinado.

Una legislación que ha llegado en estas mismas condiciones hasta nuestros días, sin que haya sido revisada con el transcurrir de los años (salvo una pequeña reforma realizada por decreto, número 414, de fecha 26-2-76, referente a la designación y nombramiento de los Jueces) presenta toda una problemática que no puede ser ignorada. La indefensión y la falta de derechos y garantías del menor frente a la arbitrariedad que dicha normativa

* Documento presentado al Defensor del Pueblo por la APDH en junio de 1985, en aras de promover la inconstitucionalidad de la LTTM.

supone no puede seguir escondida bajo la rúbrica *protección, tutela o reforma* que auspicia la Ley de Tribunales de Menores una vez promulgada la Constitución de 1978, ni convivir pacíficamente con el artículo 1.^º de ésta que define a España como un *Estado Social y Democrático de Derecho*, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico —*la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*—.

El elemento básico que distorsiona y contraviene la Constitución se encuentra en la propia existencia de estos Tribunales «*sui generis*» no incardinados en el poder judicial, establecido en el capítulo primero de la Ley de 1948.

Debe entenderse que si el artículo 24,2 de la Constitución Española establece el *derecho de todos al juez ordinario predeterminado por la Ley*, el 117,1 consagra que *la justicia emaná del pueblo y administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial*, el 117,2 determina que el *ejercicio de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*, y el número 5 del mismo precepto constitucional impone el principio de unidad jurisdiccional como base de la organización y funcionamiento de los Tribunales, la Jurisdicción Tutelar de Menores y los Tribunales creados para su ejercicio no tienen cabida en el ámbito marcado por dichos preceptos, y los jueces que componen dichos Tribunales Tutelares de Menores, no integrantes del Cuerpo de Jueces del Estado, no pueden ejercitar dicha jurisdicción ni utilizar su facultad sancionadora para imponer medidas, verdaderas penas camufladas, restrictivas de derechos y libertades, sin violar los principios constitucionales alegados.

Así, cuando el artículo primero de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores refiere la organización del Tribunal en términos extravagantes al mandato del título sexto de la norma fundamental, conculca también el principio de igualdad y de pluralismo político y social del artículo 14 de la Constitución al exigir de los integrantes de dicho Tribunal una «moralidad y vida familiar intachable», requisitos éstos que quedan fuera del espíritu constitucional y dentro del sustrato ideológico que está en la base de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores.

En idéntica situación se encuentran los artículos 2 y 3 de la Ley de 1948 cuando asignan la distribución, nombramiento y designación de Tribunales y de Jueces de Menores al Ministro de Justicia, a propuesta del Consejo Superior de Protección de Menores, institución auxiliar integrada en el Ministerio de Justicia, así como el artículo 4, respecto de los Secretarios del Tribunal a quienes también se exigen determinadas condiciones de moralidad y, por último, a los suplentes y personal auxiliar.

Cabe decir que idénticos argumentos y contradicciones se prolongan en la sala de apelación de los acuerdos de los Tribunales de Menores, que funciona como una sección del Consejo Superior de Protección de Menores, estando constituida por un Presidente, un Vicepresidente y dos vocales que deben reunir, según la Ley, las mismas condiciones que los Presidentes de los Tribunales. Los miembros de esta Sala de Apelación son también vocales del

Consejo, según se desprende de los artículos 1,3 y 5 de la ya citada Ley de Menores. Ello contradice lo dispuesto por el artículo 152,1, párrafo 3, de la Constitución Española respecto del conocimiento en segunda instancia por los órganos judiciales radicados en el territorio de las Comunidades Autónomas.

Por su parte, el artículo 6.^º de esta ley atribuye la facultad de *resolver con carácter ejecutivo los asuntos que afecten a la creación, organización, funcionamiento e inspección de dichos Tribunales* al Consejo Superior de Protección de Menores, sustrayendo esta facultad a los cauces procesales ordinarios y permitiendo que entre el propio Tribunal y el Consejo de Protección de Menores, con componente personal parcialmente común, se repartan el conocimiento y decisión de los asuntos de los menores, sin posibilidad de control o fiscalización judicial ordinaria alguna, con grave menoscabo de los derechos y garantías del menor en orden a la tutela judicial y efectiva de sus derechos, ni posibilidad de ejercicio del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 24,1 y 9,3 de la Constitución española).

En los artículos 7 y 8 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores se reproduce la misma problemática, que parte de la base de la propia inconstitucionalidad de estos Tribunales, y, en consecuencia, de las salas de apelación de sus acuerdos por contravenir los artículos 117,1,3 y 5 y 24, 1 de la Constitución española.

Si se parte de que es precisamente en este primer capítulo de la Ley, donde se encuentra el núcleo central de su inconstitucionalidad, pues instituye unos Tribunales al margen de la letra y principios de la Constitución, no se hace necesario prorrogar el análisis a los restantes capítulos de la misma; no obstante, dadas las graves irregularidades que en éstos se contienen en relación con los derechos fundamentales del menor, amparados y avalados por la Constitución, se propone su consideración subsidiaria en aras de promover los cauces legales que permitan el esclarecimiento de la problemática y la homologación y conformidad de la legislación con la norma fundamental.

El artículo 9,1.^º del capítulo II de la L.T.T.M., establece la competencia y el carácter de la Jurisdicción de los Tribunales Tutelares de Menores en los siguientes términos:

La competencia de los Tribunales Tutelares se extenderá a conocer:

1.^º A) *De las acciones u omisiones atribuidas a los menores realizadas antes de cumplir los diecisiete años, que el Código Penal o leyes especiales califiquen como delitos o faltas, sin otra excepción que los delitos o faltas atribuidos a la jurisdicción castrense por el Código de Justicia Militar.*

B) *De las infracciones cometidas por menores de la misma edad consignadas en las leyes provinciales y municipales.*

C) *De los casos de menores de diecisiete años prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos, siempre que, a juicio del Tribunal respectivo requieran el ejercicio de su facultad reformadora.*

2.^º *De las faltas cometidas por mayores de dieciséis años comprendidas en el artículo 548 del Código Penal.*

3.^º) *De la protección jurídica de los menores de dieciséis años, contra el indigno ejercicio del derecho a la guarda y educación.*

A) *En los casos previstos en el Código Civil por malos tratos, órdenes, consejos o ejemplos corruptores.*

B) *En los consignados en los números 5, 6, 8, 10, 11 y 12 del artículo 548 del Código Penal y en el artículo 3.^º de la Ley de 23-VII-1903.*

En el ejercicio de la *facultad reformadora* consignada en el número primero de este artículo, la jurisdicción del Tribunal *no tendrá carácter represivo, sino educativo y tutelar*, en la de *enjuiciamiento de mayores*, a que se refiere el número segundo, *tendrá carácter represivo* y en el ejercicio de la *facultad protectora* del número tercero las resoluciones del Tribunal serán *esencialmente preventivas*.

El apartado 1A de este artículo parece no plantear problemas en relación a su constitucionalidad; pero si el artículo 25,2 de la norma fundamental establece el principio de resocialización de penas y medidas privativas de libertad, parece lógico interpretar que si de la imposición de medidas privativas de libertad a los menores se derivan casi necesariamente efectos estigmatizadores, como se ha señalado reiteradamente por los especialistas, se intervengan en este sentido lo menos posible y se proceda a la creación de la institución del *perdón judicial*, para los no reincidentes y en los casos de delitos menos graves, asumiendo para nuestra legislación este beneficio, que ha sido frecuentemente utilizado en la normativa italiana de menores, así como prever la posibilidad de no intervención en las infracciones de escasa relevancia social.

También se alega la necesidad de que se aprecien las circunstancias eximentes de responsabilidad penal, recogidas en el Código Penal a fin de que la consideración de los menores de dieciséis años como inimputables no sea una desventaja para los mismos ni contravenga el Principio de igualdad del artículo 9,2 de la C.E. ni el de seguridad jurídica del artículo 9,3.

El párrafo 1B del artículo 9 está en contravención del Principio de tutela judicial de los derechos del artículo 24,1 y del 25,3 de la C.E., no pudiendo los Tribunales Tutelares imponer medidas- sanciones que impliquen privación de libertad en el caso de infracción de normas *no estatales* consignadas en las *leyes municipales y comarciales*.

En el apartado 1C de este artículo se pone de manifiesto de forma inequívoca la amplia discrecionalidad que tienen atribuida estos Tribunales, en perjuicio del Principio de legalidad, pudiendo ejercitar su facultad reformadora, y en consecuencia accordar medidas privativas de libertad, en el caso de los menores *prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos*, categorías que no encuentran aval en principio de tipicidad alguno y que, además, violan el principio de igualdad de los españoles ante la ley, enunciado en el artículo 14 de la Constitución, así como los principios de dignidad de la persona del artículo 10 y de derecho al honor y a la intimidad del artículo 18. No obstante, como apuntábamos, el efecto fundamental se encuentra en la violación del principio de legalidad de los artículos 9,3 y 25,1 de la Ley Fundamental.

Los párrafos 9.^o, 2.^o y 3.^o no concuerdan con el principio de unidad jurisdiccional del artículo 117,1,3 y 5 de la Constitución cuando atribuyen al Tribunal Tutelar de Menores la competencia para conocer de las faltas de los mayores de dieciséis años o de la protección jurídica de los menores de esta edad contra el indigno ejercicio del derecho a la guarda y educación, poniéndolo en relación con el artículo 24.1 de la Constitución, que asegura *el derecho de todas las personas, mayores y menores de diecisiete años, a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.*

El último inciso del artículo 9 de la Ley que establece que la *Jurisdicción* de los Tribunales Tutelares de Menores *no tendrá carácter represivo sino educativo y tutelar para los menores*, es una pura falacia si se tiene en cuenta la serie de medidas que, en el ejercicio de su facultad reformadora, pueden adoptar estos Tribunales; así el ingreso de un menor en un reformatorio *por tiempo indeterminado* no ofrece dudas respecto de su calidad restrictiva del derecho fundamental a la libertad, restricción que en un estado de Derecho sólo puede estar motivada por un hecho delictivo.

Es la propia Ley de 1948 la que establece en su Preámbulo que *la diversidad de disposiciones que en la actualidad regulan el funcionamiento de los organismos jurisdiccionales encargados de enjuiciar y sancionar las infracciones punibles cometidas por los menores de dieciséis años recomiendan.... Enjuiciar y sancionar delitos, lo que equivale a decir Jurisdicción, potestad sancionadora y Principios de legalidad y tipicidad, haciéndose difícil una vez más armonizar estos Principios de la LTTM con la regulación que de los mismos se encuentran en la Constitución ya tratados en los párrafos y artículos precedentes.*

Pero es que en el artículo 11 se establece la posibilidad de criminalización de los menores, pudiendo quedar sometidos éstos a la actividad reformadora del Tribunal por *faltar al respeto y sumisión debidos a los padres* (en relación al artículo 583 del Código Penal), lo que una vez más pone en entredicho la vigencia del Principio de legalidad del artículo 25.1 de la Constitución. *Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.*

Los artículos 12, 13 y 14 de este capítulo no tienen sentido, si se aprecia el principio de unidad jurisdiccional del artículo 117.5 de la Constitución, pues atribuyen a estos Tribunales competencias que deben ser asumidas por la Jurisdicción ordinaria, por lo que también constituyen contravención de la Constitución.

El capítulo III introduce las normas de procedimiento por las que se rigen las actuaciones de estos Tribunales, siendo la nota característica la ausencia del proceso contradictorio, la falta de publicidad de las sesiones y la innecesariedad de ejercicio de la actividad probatoria, lo que convierte este tipo de procesos en inquisitivos.

El artículo 15 de la Ley al establecer el desconocimiento en las sesiones del Tribunal de las reglas procesales vigentes y la innecesariedad de la actividad probatoria, tanto para determinar los hechos como para acordar las

medidas que tales hechos comportan, viola el artículo 17 de la Constitución en su totalidad, así como el 24.1 y 2, el 120.1 y 2 y el 124.1 y 2.

El artículo 16 contraviene el Principio de legalidad del artículo 25.1, el 24.1 y 2 y el artículo 14 cuando hace referencia a la apreciación de los hechos, *teniendo en cuenta la naturaleza de los expresados hechos en directa relación con las condiciones morales y sociales en que los menores las hayan ejecutado*, cuestiones éstas que por su amplio margen de interpretación afectan por último al principio de seguridad (art. 9.3 de la Constitución).

El artículo 17 atribuye a esta Jurisdicción una potestad sancionadora no limitada por principio de legalidad alguno que viola el derecho reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución *a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso puede producirse indefensión*.

Por lo que respecta a las medidas que en el mismo se contienen en relación con los principios de la Constitución, la definida en el primer apartado como breve internamiento atenta contra el principio de resocialización del 25.2, por ser causa inequívoca de etiquetamiento criminógeno, así como las del apartado 4.^º Se atenta además contra el Principio de seguridad jurídica del artículo 9.3, cuando en el último inciso del apartado A de este artículo se hacen derivar consecuencias en cuanto a una restricción más grave de la libertad, basándose en las *condiciones personales de desmoralización o rebeldía*, conceptos éstos no definidos por precepto legal alguno, susceptibles de ser ampliamente interpretados

El apartado B del artículo 17, así como los artículos 18 y 19 de la Ley se oponen a la aplicación del artículo 117, número 1.3 y 5, por los argumentos exhaustivamente señalados en los párrafos anteriores.

El artículo 20 al establecer la posibilidad de entregar a un mayor de diecisésis años a la autoridad gubernativa contraviene los preceptos 17, 24.1 y 126 de la Constitución en forma gravísima, no entendiéndose que este artículo subsista en la actualidad, toda vez que otro de naturaleza similar, contenido en el artículo 8.2 del Código Penal fue derogado por Ley de 25 de junio de 1983.

Por último, el artículo 22, que establece las normas relativas a la segunda instancia, contraviene, al estimar que *el Tribunal oyendo o no a las partes, resolverá...*, el artículo 24.1 de la Constitución, pues posibilita y auspicia la indefensión de los interesados.

DISPOSICIONES

SUMARIO (*): *Leyes Orgánicas*: L. O. 14/1985, de 9 diciembre, de modificación del Código penal y de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 diciembre, en correlación con el Código Penal Militar. L. O. 13/1985, de 9 diciembre, de Código penal militar. L. O. 1/1986, de 8 enero, de supresión de la Jurisdicción Penal Aeronáutica y Adecuación de Penas por Infracciones Aeronáuticas. L. O. 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (**).

(*) 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*: Convención de París de 17 noviembre 1970, sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, Instrumento de ratificación de 13 diciembre 1985 («BOE», núm. 31, de 5 febrero 1986). Convención de Nueva York de 14 diciembre 1973, sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas inclusive los agentes diplomáticos, Instrumento de adhesión de 26 julio 1985 («BOE», núm. 33, de 7 febrero 1986). Ley 11/1986, de 20 marzo; de Patentes («BOE», núm. 73, de 26 marzo 1986). RD 2283/1985, de 4 diciembre, por el que se regula la emisión de los informes de aptitud necesarios para la obtención de licencias, permisos y tarjetas de armas («BOE», núm. 295, de 10 diciembre 1985). RD 2230/1985, de 6 noviembre, por el que se aprueban las normas de seguridad de los juguetes, útiles de uso infantil y artículos de broma («BOE», núm. 300, de 16 diciembre 1985). RD 2631/1985, de 18 diciembre, sobre procedimiento para sancionar las infracciones tributarias («BOE», número 16, de 18 enero 1986, cde. «BOE», núm. 35, de 10 febrero). RD 33/1986, de 10 enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado («BOE», núm. 15, de 17 enero 1986). RD 2693/1985, de 4 diciembre, por el que se modifican los artículos 156, 159, 231, 232 y 310 del Código de la Circulación («BOE», núm. 36, de 11 febrero 1986). RD 336/1986, de 24 enero, por el que se regulan las indemnizaciones a las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas («BOE», núm. 43, de 17 febrero 1986). O. del Ministerio de Cultura de 14 febrero 1986, por la que se interpretan determinados artículos del Reglamento para la ejecución de la Ley de Propiedad Intelectual de 10 enero 1879 («BOE», núm. 54, de 4 marzo 1986). O. del Ministerio de Economía y Hacienda de 30 enero 1986, por la que se modifica parcialmente la O. de 23 enero 1981, que regula las cuentas extranjeras en pesetas convertibles («BOE», núm. 59, de 10 marzo 1986). RD 503/1986, de 21 febrero, por el que se modifican determinados artículos del Capítulo XV del Código Alimentario Español («BOE», núm. 63, de 14 marzo 1986). RD 504/1986, de 21 febrero, por el que se modifica el apartado 3.10.09, punto F, del Capítulo X del Código Alimentario Español, aprobado por D 2484/1967, de 21 septiembre («BOE», núm. 63, de 14 marzo 1986). b) *Proyectos*: De Ley de Propiedad Intelectual («BOC» de 1 febrero 1986, Serie A, núm. 184-1). De Ley de Conflictos Jurisdiccionales (Orgánica) («BOC» de 7 febrero 1986, núm. 188-1). De Ley por el que se crea la Fiscalía Especial para la Represión del Tráfico Ilegal de Drogas («BOC» de 1 febrero 1986, Serie A, núm. 187-1). De Ley Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos («BOC» de 3 diciembre 1985, Serie A, núm. 180-1).

LEY ORGANICA 14/1985, de 9 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, en correlación con el Código Penal Militar. («BOE», núm. 296, de 11 diciembre 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 Orgánica:

PREAMBULO

La próxima aprobación del Código Penal Militar hará desaparecer de su contenido determinados tipos delictivos que venía recogiendo hasta el presente el Código de Justicia Militar. En consecuencia, a fin de evitar que se produzcan la discriminación de estas conductas que merecen reproche, y que serán competencia de la jurisdicción ordinaria, es necesario que hasta tanto se apruebe el futuro Código Penal que las recogerá sin duda, se incorporen con carácter transitorio al vigente Código Penal.

Por ello, se incorporan al Código Penal las siguientes conductas: La traición y el espionaje militar, que si bien en parte venía recogido en el artículo 122.6º del Código Penal, exigía la introducción de dos conductas, como son la falsificación e inutilización de la información, a la vez que se ha aprovechado la reforma para introducir el concepto de información clasificada de conformidad con la legislación sobre secretos oficiales. Igualmente se establece la pena de prisión mayor para este delito, ya que la de reclusión mayor, en su grado máximo, que establecía el artículo 122 parecía excesiva desapareciendo la atenuante del último inciso del número 6 cuando la rebelión no comprometía gravemente la seguridad del Estado.

Necesaria incorporación exigía también entre los delitos contra la defensa nacional los referentes a revelación de secretos o informaciones relativas a la defensa nacional y los atentados contra los medios o recursos de la defensa nacional. Este grupo de delitos pasa a formar parte de un Capítulo II bis del Título I del Libro II de los delitos contra la seguridad del Estado. Se ha considerado que ésta es la ubicación más correcta desde el punto de vista sistemático.

Importante modificación es la incorporación al Código Penal del delito de rebelión militar, lo que lleva a una nueva redacción del artículo 214, con algunas mejoras recogidas del Proyecto de Código Penal futuro, a la vez que se precisa la agravante del párrafo 2º del artículo 215, donde el hecho de esgrimir armas es suficiente para que operen los incrementos de pena en relación al párrafo 1º del citado artículo.

También se incorpora la ausencia, por parte del militar, del empleo de los medios necesarios para contener la rebelión de las fuerzas a su mando o no denunciarla inmediatamente a sus superiores cuando tuviere conocimiento de la posible comisión de un delito de rebelión.

También conviene señalar la incorporación al Capítulo de la sedición de la figura de quien de palabra o por escrito u otro modo incitara a la sedición militar o hiciera apología de la misma, pues si bien, el bien jurídico protegido pudiera considerarse de naturaleza militar se ha estimado mucho más conveniente su incorporación al Código Penal.

Fruto de ello es la nueva redacción del artículo 226, que prevé la excusa absolutoria para quien revelare a tiempo la rebelión evitando sus consecuencias, así como la atenuante para los meros ejecutores que depusieren las armas antes de haber hecho uso de ellas, sometiéndose a la autoridad legítima.

Como última incorporación necesaria se ha recogido la referente a los atentados contra fuerza armada, donde a la vez de definirse el concepto de ésta, se incorpora al Capítulo VI de los delitos contra la seguridad interior entre los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, por considerarse insuficientes las conductas tipificadas en los artículos 231, 233 y 236 del vigente Código Penal.

Por último, resulta indispensable modificar el artículo 2.º de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, a fin de que no se produzca una injustificada disparidad entre las penas asignadas en el texto modificado del Código Penal Militar para los que deserten, no se presenten o se nieguen a prestar el servicio y las que la citada Ley Orgánica prevé para los objetores de conciencia en supuestos equivalentes.

Artículo primero

Se suprime el número 6, del artículo 122 y se añade un nuevo artículo 122 bis, que quedará redactado como sigue:

«Artículo 122 bis. El español que con el propósito de favorecer a una potencia extranjera se procurare, falseare o inutilizare información clasificada o de interés militar, susceptibles de perjudicar a la seguridad nacional o a la defensa nacional, o relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar, o revelase información legalmente clasificada susceptible de perjudicar a la seguridad nacional o a la defensa nacional, a potencia extranjera, asociación u organismo internacional, será castigado, como traidor, a la pena de prisión mayor.»

Artículo segundo

Se añade al Libro II, Título I, un Capítulo II bis, cuyo contenido queda redactado como sigue:

«CAPITULO II BIS

De los delitos relativos a la defensa nacional

SECCION PRIMERA

Del descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional

Artículo 135 bis, a). El que sin propósito de favorecer a una potencia extranjera, se procurare, revelare, falseare o inutilizare información legalmente clasificada, relacionada con la seguridad nacional o la defensa nacional o relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas armadas o las industrias de interés militar, será castigado con la pena de prisión menor.

Artículo 135 bis, b). La pena establecida en el artículo anterior se aplicará en su grado máximo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1.^º Que el sujeto activo sea depositario o conocedor del secreto o información por razón de su cargo o destino.

2.^º Que la revelación consistiera en dar publicidad al secreto o información en algún medio de comunicación social o de forma que asegure su difusión.

Artículo 135 bis, c). El que sin autorización expresa reprodujera planos o documentos referentes a zonas, instalaciones o materiales militares que sean de acceso restringido y cuyo conocimiento esté protegido y reservado por una información legalmente clasificada, será castigado con la pena de prisión menor.

Con la misma pena será castigado el que tuviere en su poder objetos o información legalmente clasificada relativos a la seguridad o la defensa nacional, sin cumplir las disposiciones establecidas en la legislación vigente.

Artículo 135 bis, d). El que por razón de su cargo, comisión o servicio, tuviere en su poder o conociera oficialmente objetos o información legalmente clasificada o de interés militar, relativos a la seguridad nacional o la defensa nacional y por imprudencia diera lugar a que sean conocidos por persona no autorizada o fueren divulgados, publicados o inutilizados, será castigado con la pena de prisión menor, en su grado mínimo.

SECCION SEGUNDA

De los atentados contra los medios o recursos de la defensa nacional

Artículo 135 bis, e). El que destruyere, dañare de modo grave, o inutilizare para el servicio, aun de forma temporal, obras, establecimientos o instalaciones militares, buques de guerra, aeronaves militares, medios de transporte o transmisión militar, material de guerra, aprovisionamiento u otros medios o recursos afectados al servicio de las Fuerzas, será castigado con la pena de prisión mayor.

Si estos hechos fueren cometidos mediante incendio, explosión, naufragio, derribo, descarrilamiento, inundación, voladura, derrumbamiento o cualquier otro medio capaz de ocasionar graves estragos, comportaren un peligro para la vida o integridad de las personas o hubieran comprometido el potencial o capacidad bélica de la Nación, serán castigados con la pena de reclusión mayor.

Artículo 135 bis, f). El que comunicare falsamente la existencia, en lugar militar, de aparatos explosivos o similares será castigado con la pena de prisión menor.

En la misma pena incurrirá el que entorpeciere intencionadamente el transporte, aprovisionamiento, transmisiones o cualquier clase de misiones de los Ejércitos.

Artículo 135 bis, g). El que destruyere, inutilizare, falseare o abriese sin autorización la correspondencia oficial o documentación legalmente clasificada relacionada con la defensa nacional que tuviere en su poder por razones de su cargo o destino, será castigado con la pena de prisión menor.»

Artículo tercero

Los artículos 214 y 215, párrafo 2.º, del Código Penal quedarán redactados como sigue:

«Artículo 214. Son reos de rebelión los que se alzaren públicamente para cualquiera de los fines siguientes:

1.º Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución.
2.º Destituir al Jefe del Estado u obligarle a ejecutar un acto contrario a su voluntad.

3.º Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos.
4.º Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o cualquier Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, o impedir que se reúnan o deliberen o arrancarles alguna resolución.

5.º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional o susstraer la Nación o parte de ella o cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno.

6.º Sustituir por otro el Gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma o usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno de la Nación o al Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma o cualquiera de sus miembros de sus facultades o impedirles o coartarles su libre ejercicio, u obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad.

Artículo 215, párrafo 2.º Si se esgrimieren armas o concurriere cualquiera de las circunstancias previstas en el párrafo 1.º del artículo 219, las penas serán, respectivamente, de reclusión mayor en su grado máximo para los primeros y segundos, y de reclusión menor para los últimos.»

Artículo cuarto

Se introduce un nuevo artículo 217 bis, que quedará redactado como sigue:

«Artículo 217 bis. El militar que no empleare los medios a su alcance para contener la rebelión en las fuerzas de su mando, será castigado con la pena de prisión menor.

En la misma pena incurrirá el militar que, teniendo conocimiento de que se trata de cometer un delito de rebelión, no lo denunciare inmediatamente a sus superiores.»

Artículo quinto

El artículo 226 del Código Penal queda redactado como sigue:

«Artículo 226. Quedará exento de pena el que, implicado en un delito de rebelión o de sedición, lo revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias.

A los meros ejecutores, que depongan las armas antes de haber hecho uso de ellas sometiéndose a las autoridades legítimas, se les aplicará la pena inferior en grado.»

Artículo sexto

El párrafo 1º del artículo 221 quedará redactado como sigue:

«Artículo 221, párrafo 1º. El que de palabra, por escrito, impreso u otro modo de posible eficacia, incitare a militares a cometer el delito de sedición militar, a las tropas o comportamientos de indisciplina o al incumplimiento de deberes militares o hiciera apología de la sedición militar o de los sediciosos será castigado con la pena de prisión menor.»

Artículo séptimo

Se añade un nuevo artículo 235 bis, que quedará redactado como sigue:

«Artículo 235 bis. El que maltratare de obra a fuerza armada en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, será castigado con la pena de prisión menor en sus grados medio o máximo.

El que, en iguales circunstancias, hiciere resistencia grave a fuerza armada, se le impondrá la pena de prisión menor en sus grados mínimo y medio.

El que, en circunstancias del párrafo primero, desobedeciere órdenes de fuerza armada se le impondrá la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 150.000 pesetas.

A estos efectos se entenderá por fuerza armada, los militares que, vistiendo de uniforme y portando armas, presten un servicio que legalmente esté encomendado a las Fuerzas Armadas y les haya sido reglamentariamente ordenado.»

Artículo octavo

El artículo 2º de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, quedará redactado como sigue:

«Artículo 2º

1. Al objector que faltare, sin causa justificada, por más de tres días consecutivos del centro, dependencia o unidad en que tuviese que cumplir la

prestación social sustitutoria, se le impondrá la pena de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado mínimo.

2. La misma pena se impondrá al objetor que, llamado al servicio, dejare de presentarse injustificadamente en el tiempo y lugar que se señale.

3. Al que habiendo quedado exento del servicio militar, como objetor de conciencia, rehúse cumplir la prestación social sustitutoria, se le impondrán as penas de prisión menor en sus grados medio o máximo y de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Una vez cumplida la condena impuesta, quedará excluido de la prestación social sustitutoria, excepto en caso de movilización.

4. En tiempo de guerra se impondrán, para los supuestos de los apartados 1 y 2, las penas de prisión menor, en sus grados medio o máximo a la de prisión mayor en su grado mínimo, y para el supuesto del apartado 3, las penas de prisión mayor, o la de reclusión menor en su grado mínimo.

5. El enjuiciamiento de estos delitos corresponderá a la jurisdicción ordinaria, que aplicará como supletorio el Libro I del Código Penal.»

DISPOSICION FINAL

La presente Ley entrará en vigor el 1 de junio de 1986.

LEY ORGANICA 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar. («BOE», núm. 296, de 11 diciembre 1986.)

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:

PREAMBULO

Los principios constitucionales y el progreso experimentado por la Ciencia del Derecho Penal son factores que requerían, no ya una mera reforma de las leyes penales militares, sino la promulgación de un nuevo Código Penal Militar en el que se acojan las más depuradas técnicas sobre la materia. De acuerdo con este planteamiento, vienen a separarse del presente Código las materias procesales y disciplinarias para limitar su contenido al Derecho Penal material.

En el Título primero del Libro primero quedan proclamados los principios de legalidad, de culpabilidad, de igualdad y de retroactividad de la ley penal más favorable. Con la definición del delito militar se pone de manifiesto la exigencia tanto de voluntariedad como de culpabilidad en el autor para que su acción u omisión pueda ser reputada como delito.

La tipificación de conductas constitutivas de delito militar, que figura en el Título segundo, queda básicamente centrada en los «delitos exclusiva o propiamente militares», pero excepcionalmente contempla supuestos que afectan al servicio y a los intereses del Ejército, en que los no militares pueden ser sujetos activos de un ataque a la Institución Armada con lesión del bien jurídico tutelado, pudiendo resultar delito militar formal y materialmente. De otra parte, en cuanto a las causas de exención de responsabilidad criminal se opta en el presente Código por la fórmula del reenvío al Código Penal común, teniendo en cuenta la especialidad de las leyes penales castrenses, todo ello sin perjuicio de los casos en que las exigencias propias de la vida militar obligan inexorablemente a un planteamiento diferente.

Se ha entendido que la esfera militar no puede ofrecer sustanciales particularidades respecto al significado de las causas de inimputabilidad, bastando lo que diga el Código Penal ordinario sobre dicho extremo. En cuanto a legítima defensa y causas de justificación, las amplias formulaciones que las leyes comunes hacen del estado de necesidad y del cumplimiento de deberes civiles o militares resultan suficientemente elásticas para su utilización en el ámbito militar.

El problema de la obediencia debida se resuelve al margen del viejo concepto de una ciega obediencia, para exigir al inferior que obedece una especial diligencia para que sus actos no comporten la manifiesta comisión de ilicitudes. La fórmula que figura en este Código Penal Militar no difiere de la establecida por las Reales Ordenanzas, a fin de evitar confusionismos y de puntualizar bien su adecuación al texto constitucional.

Por imperativo constitucional, únicamente se prevé la posibilidad de la pena de muerte para tiempos de guerra, estableciéndose en todo caso como alternativa y no como pena única. Razones de política criminal han determinado la simplificación y reducción de penas con supresión de las penas consistentes en degradación, separación del servicio y destino a Cuerpo de Disciplina, por no responder a los criterios inspiradores de la moderna penología ni a los postulados que se mantienen. Las penas de privación de libertad quedan suavizadas, manteniéndose al propio tiempo un amplio arbitrio para su graduación. Respecto al cumplimiento de las penas, se mantiene para los militares condenados la no aplicación de los beneficios de suspensión condicional de la condena, todo ello por razones de ejemplaridad directamente vinculadas a la disciplina.

La extinción de la responsabilidad criminal se regula en análogos términos a los de la legislación común. En cuanto a rehabilitación se considera que la inscripción de toda condena dictada por los Tribunales Militares corre a cargo del Ministerio de Justicia, donde constan los antecedentes penales a cancelar.

El Libro segundo está dedicado a la regulación de los delitos militares en particular. El delito de traición militar se tipifica sobre las siguientes bases: Conexión de la materia con la lucha armada y la condición de militar en el sujeto activo, acogida sólo excepcional de las fórmulas mixtas y previsión de figuras específicas en este delito, como las de traición derrotista, traición económica, traición-deserción, traición colaboracionista, la negligencia en su

evitación y la omisión de denuncia eficaz. El delito de espionaje militar queda conceptualmente simplificado al limitarse a la obtención o revisión de información clasificada o de interés militar a potencia extranjera. El delito de revelación de secretos o informaciones sobre la Defensa Nacional se independiza de los dos anteriores. Los delitos de atentado contra los medios y recursos de la Defensa Nacional vienen condicionados a su comisión en tiempo de guerra y a que su perpetración se lleve a cabo con medios capaces de ocasionar graves estragos o que impliquen un concreto peligro para la vida e integridad de las personas. Los delitos contra la Nación española y contra la Institución Militar, los delitos contra los deberes del servicio, así como los delitos contra la Hacienda en el ámbito militar, quedan tipificados bajo diversas especies e igualmente se incluyen los delitos contra la Administración de la Justicia Militar, con lo que se completa el haz de figuras delictivas de este Código.

LIBRO PRIMERO

Disposiciones generales

TITULO PRIMERO

Principios y definiciones

Artículo primero

Sólo serán castigadas como delitos militares las acciones y omisiones previstas como tales en este Código.

Artículo segundo

No hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa.

Artículo tercero

Todas las personas son iguales ante la ley penal militar, sin perjuicio de la individualización de la pena conforme a lo previsto en el artículo 35 de este Código.

Artículo cuarto

Se aplicarán las leyes penales militares vigentes en el momento de la comisión del delito. Sólo tendrán efecto retroactivo las posteriores que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor éstas hubiese recaído sentencia firme y el penado estuviese cumpliendo la condena.

Los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados conforme a ésta salvo que legalmente se disponga lo contrario.

Artículo quinto

Las disposiciones del Código Penal serán aplicable a los delitos militares en cuanto lo permita su especial naturaleza y no se opongan a los preceptos del presente Código.

Artículo sexto

El presente Código no comprende las infracciones disciplinarias militares, que se regirán por sus disposiciones específicas.

Artículo séptimo

Los preceptos de esta ley son aplicables a todos los hechos previstos en la misma con independencia del lugar de comisión, salvo lo establecido por Tratados y Convenios internacionales.

Artículo octavo

A los efectos de este Código se entenderá que son militares quienes posean dicha condición conforme a las leyes relativas a la adquisición y pérdida de la misma y, concretamente, durante el tiempo en que se hallen en cualesquiera de las situaciones de actividad y las de reserva, con las excepciones que expresamente se determinen en su legislación específica, los que:

1.^º Como profesionales, sean o no de carrera, se hallen integrados en los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas.

2.^º Con carácter obligatorio se hayan incorporado o ingresen como voluntarios en el servicio militar, mientras se hallen prestando el servicio en filas.

3.^º Cursen estudios como alumnos en las Academias o Escuelas militares.

4.^º Presten servicio activo en las Escalas de Complemento y de Reserva Naval o como aspirantes a ingreso en ellas.

5.^º Con cualquier asimilación militar presten servicio al ser movilizados o militarizados por decisión del Gobierno.

Artículo noveno

A los efectos de este Código se entenderá que son Autoridades militares:

1.^º El Jefe del Estado, el Presidente del Gobierno y el Ministro de Defensa y quienes les sustituyen en el ejercicio de las atribuciones constitucionales o legales inherentes a sus prerrogativas o funciones.

2.^º Los militares que ejerzan Mando Superior o por razón del cargo o función, tengan atribuida jurisdicción en el lugar o Unidad de su destino, aunque actúen con dependencia de otras Autoridades militares principales.

3.^º Los militares que en tiempo de guerra ostenten la condición de Jefes de Unidades que operen separadamente, en el espacio a que alcanza su acción militar.

4.º Los que formen parte como Presidentes, Consejeros o Vocales de Tribunales Militares de Justicia y los Auditores, Fiscales y Jueces militares en el desempeño de sus respectivas funciones o con ocasión de ellas.

5.º Mientras permanezcan fuera del territorio nacional, los Comandantes de buques de guerra o aeronaves militares y los Oficiales destacados para algún servicio en los lugares, aguas o espacios en que deban prestarlo, cuando en ellos no exista autoridad militar y en lo que concierne a la misión militar encomendada.

Artículo diez

A los efectos de este Código se entenderá que constituyen fuerza armada los militares que, portando armas y vistiendo el uniforme, presten servicios legalmente encomendados a las Fuerzas Armadas, reglamentariamente ordenados, así como, en las mismas circunstancias, los miembros de la Guardia Civil, cuando prestando servicio propio de su Instituto, así lo disponga la Ley a la que se refiere el artículo 104.2 de la Constitución.

Artículo once

A los efectos de ese Código se entenderá que es centinela el militar que, en acto de servicio de armas y cumpliendo una consigna, guarda un puesto confiado a su responsabilidad. Tienen además dicha consideración los militares que sean: Componentes de las patrullas de las guardias de seguridad en el ejercicio de su cometido; operadores de las redes militares de transmisiones o comunicaciones durante el desempeño de sus funciones; operadores de sistemas electrónicos de vigilancia y control de los espacios terrestres marítimos y aéreos confiados a los Centros o estaciones en que sirven, durante el desempeño de sus cometidos u observadores visuales de los mismos espacios.

Artículo doce

A los efectos de este Código se entenderá que es superior el militar que, respecto de otro, ejerza autoridad, mando o jurisdicción en virtud de su empleo jerárquicamente más elevado o del cargo o función que desempeñe, como titular o por sustitución reglamentaria y únicamente en el desempeño de sus funciones.

Se considerarán superiores, respecto de los prisioneros de guerra enemigos, los militares españoles, cualquiera que fuere su grado, encargados de su vigilancia o custodia y en el ejercicio de las mismas, así como aquellos prisioneros investidos de facultades de mando por la autoridad militar española para el mantenimiento del orden y la disciplina en relación a quienes les están subordinados.

Artículo trece

A los efectos de este Código se entenderá que potencia aliada es todo Estado con el que España se halla unida por tratado o acuerdo de alianza

militar o de defensa, así como cualquier Estado que independientemente de tales tratados o acuerdos, toma parte en la guerra contra un enemigo común o coopera en la realización de una operación armada.

Artículo catorce

A los efectos de este Código se entenderá que la locución «en tiempo de guerra» comprende el período de tiempo que comienza con la declaración formal de guerra, al ser decretada la movilización para una guerra inminente o con la ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera, y termina en el momento en que cesen éstas.

Artículo quince

A los efectos de este Código se entenderá qué son actos de servicio todos los que tengan relación con las funciones que corresponden a cada militar en el cumplimiento de sus específicos cometidos, y que legalmente les corresponde.

Artículo dieciséis

A los efectos de este Código se entenderá que son actos de servicio de armas todos los que requieren para su ejecución el uso, manejo o empleo de armas, cualquiera que sea su naturaleza, conforme a las disposiciones generales aplicables o a las órdenes particulares debidamente cursadas al respecto, así como los actos preparatorios de los mismos, ya sean individuales o colectivos, desde su iniciación con el llamamiento a prestarlo hasta su total terminación, y cuantos actos anteriores o posteriores al propio servicio de armas se relacionen con éste o afecten a su ejecución. Asimismo, tendrán esta consideración los actos relacionados de forma directa con la navegación de buques de guerra o el vuelo de aeronaves militares.

Artículo diecisiete

A los efectos de este Código se entiende por enemigo toda fuerza, formación o banda que ejecuta una operación armada a las órdenes por cuenta o con la ayuda de una potencia con la cual España se halle en guerra o conflicto armado.

Artículo dieciocho

A los efectos de este Código las fuerzas terrestres, navales o aéreas están frente al enemigo o frente a rebeldes o sediciosos cuando se hallen en situación tal que puedan entrar inmediatamente en combate directo con alguno de ellos o ser susceptibles de sus ataques directos, así como cuando sean alertadas para tomar parte en una misión de guerra.

Artículo diecinueve

A los efectos de este Código orden es todo mandato relativo al servicio que un superior militar da, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden, a un inferior o subordinado para que lleve a cabo u omita una actuación concreta.

TITULO SEGUNDO**Del delito militar***Artículo veinte*

Son delitos militares las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas en este Código.

Las acciones y omisiones culposas sólo se castigarán cuando expresamente así se disponga.

Artículo veintiuno

Serán de aplicación las causas eximentes de la responsabilidad criminal previstas en el Código Penal. No se estimará como eximiente ni atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las Leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución.

Artículo veintidós

En los delitos militares, además de las circunstancias modificativas previstas en el Código Penal, serán estimadas como atenuantes:

1.º Para las clases de tropa o marinería, la de no haber transcurrido treinta días desde que el culpable efectuó su incorporación a filas.

2.º La de haber precedido por parte del superior inmediata provocación o cualquiera otra actuación injusta que naturalmente haya producido en el sujeto un estado pasional o emocional intenso.

La reincidencia es circunstancia que agrava la responsabilidad criminal en los delitos militares. Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiese sido condenado ejecutoriamente por delito comprendido en un mismo capítulo de este Código, por delito al que el Código señale pena igual o mayor o por dos o más delitos a los que aquél señale pena menor.

Artículo veintitrés

Se castigará con la pena inferior en uno o dos grados a la respectiva señalada para su autor al que, conociendo la comisión de un delito militar, y sin haberse concertado previamente con sus autores o cómplices, intervenga con posterioridad a su ejecución de algunos de los modos siguientes:

1.º Auxiliando, sin ánimo de lucro, a los ejecutores para que se beneficien del producto, provecho o precio de un delito.

2.º Ocultando o inutilizando el cuerpo, efectos o instrumentos del delito para impedir su descubrimiento.

3.º Ayudando a los presuntos responsables del delito a eludir la investigación de los agentes de la autoridad o a sustraerse a su busca y captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando el delito encubierto se hallare castigado con pena cuyo límite mínimo sea el de un año de prisión o sus autores sean reincidentes.

b) Cuando el encubridor obre con abuso o quebranto de funciones públicas.

En el caso de la letra b) del punto 3.^o precedente se le impondrá al encubridor, además de la pena de privación de libertad, la de suspensión de su cargo por tiempo de dos a cuatro años, si el delito encubierto se encontrare castigado con pena cuyo límite mínimo sea inferior a tres años, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años, en los demás casos.

Salvo en tiempo de guerra, no se perseguirá como encubridores al cónyuge, o persona ligada de forma permanente por análoga relación de afectividad, a los ascendientes, descendientes o hermanos del encubierto.

TITULO TERCERO

De las penas

CAPITULO I

Clases y duración de las penas

Artículo veinticuatro

Las penas que pueden imponerse por los delitos comprendidos en este Código son:

1.^o Principales:

- Muerte, en tiempo de guerra.
- Prisión.
- Pérdida de empleo.
- Inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar.
- Confinamiento.
- Destierro.

2.^o Accesorias:

- Pérdida de empleo.
- Suspensión de empleo.
- Deposición de empleo.
- Inhabilitación absoluta.
- Suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo.
- Suspensión de las actividades de la empresa, incautación o disolución de la misma.
- Pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito.

Artículo veinticinco

La pena de muerte en tiempo de guerra sólo se podrá imponer en casos de extrema gravedad, debidamente motivados en la sentencia y en los su-

puestos que la guerra haya sido declarada formalmente o exista ruptura generalizada de las hostilidades con potencia extranjera.

Artículo veintiséis

La duración de las penas temporales será la siguiente:

- La de prisión, de tres meses y un día a veinticinco años, salvo lo dispuesto en los artículos 39 y 40 de este Código.
- Las accesorias de suspensión y deposición de empleo, inhabilitación absoluta, suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo, el tiempo de la principal.
- La de confinamiento, de seis meses y un día a seis años.
- La de destierro, de tres meses y un día a seis años.

Artículo veintisiete

Para el cumplimiento de condena se abonará el tiempo de prisión preventiva rigurosa o atenuada, haciéndose también extensivo el abono al tiempo de detención y al de arresto disciplinario, si se hubiesen sufrido por los mismos hechos.

CAPITULO II

Penas que llevan consigo otras accesorias

Artículo veintiocho

Para los militares, la pena de muerte y la de prisión que exceda de tres años, llevarán consigo la accesoria de pérdida de empleo; la de prisión de seis meses y un día a tres años, la accesoria de suspensión de empleo. Toda pena de prisión de más de seis meses de duración llevará consigo, en su caso, la accesoria de deposición de empleo.

Artículo veintinueve

La pena de muerte y la de prisión que exceda de doce años llevarán consigo la accesoria de inhabilitación absoluta; la de prisión hasta doce años, la accesoria de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo.

CAPITULO III

Efectos de las penas

Artículo treinta

La pena de pérdida de empleo, aplicable a militares profesionales, producirá la baja del penado en las Fuerzas Armadas con privación de todos los derechos adquiridos en ellas, excepto los pasivos que pudieran correspon-

derle, quedando sujeto a la legislación sobre servicio militar obligatorio y movilización en lo que pudiera serle aplicable.

Esta pena es de carácter permanente. Los que la sufren no podrán ser rehabilitados, sino en virtud de una Ley.

Artículo treinta y uno

La pena de suspensión de empleo, aplicable a Oficiales Generales, Oficiales, Suboficiales y Clases de Tropa y Marinería, que lo tengan en propiedad, privará de todas las funciones propias del mismo. También producirá el efecto de quedar inmovilizado en su empleo en el puesto que ocupa, y no será de abono para el servicio. Concluida la suspensión finalizará la inmovilización en el empleo y la pérdida de puesto será definitiva.

Artículo treinta y dos

La deposición de empleo, aplicable a las Clases de Tropa o Marinería que no lo tengan reconocido en propiedad, producirá la pérdida del que posea el penado, sin que pueda obtener otro durante el cumplimiento de la condena.

Artículo treinta y tres

Toda pena de prisión impuesta a cualquier militar producirá el efecto de que su tiempo de duración no será de abono para el servicio, excepto para los militares no profesionales que cumplieran el servicio militar obligatorio.

Artículo treinta y cuatro

Las penas de inhabilitación absoluta, suspensión de cargo público y derecho de sufragio producirán las consecuencias señaladas en el Código penal.

La pena de inhabilitación definitiva para mando de buque de guerra o aeronave militar privará al penado, con carácter permanente, del mando de éstos.

La pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito se llevará a cabo conforme a lo establecido en el Código Penal.

CAPITULO IV

Aplicación de las penas

Artículo treinta y cinco

En los delitos militares, y salvo lo dispuesto en los artículos siguientes, se impondrá la pena señalada por la ley en la extensión que se estime adecuada, teniendo en cuenta, además de las circunstancias atenuantes y agravantes que concurren, la personalidad del culpable, su graduación, función militar, la naturaleza de los móviles que le impulsaron, la gravedad y trascendencia del hecho en sí y en su relación con el servicio o el lugar de su perpetración. Especialmente se tendrá en cuenta la condición de no profesional del culpable para imponer la pena en menor extensión.

La individualización penal que se efectúe deberá ser razonada en la sentencia.

Artículo treinta y seis

Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante o la circunstancia 2.^a del párrafo primero del artículo veintidós, podrá imponerse la pena inferior en grado a la señalada por la ley.

Artículo treinta y siete

En los casos en que no concurran todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad, se podrá imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley, sin perjuicio de las medidas de seguridad que el Código Penal prevé al efecto.

Artículo treinta y ocho

Cuando se cause muerte o lesiones graves de modo culposo se impondrá la pena inferior en grado a la que correspondería de haberse ocasionado el resultado dolosamente.

Artículo treinta y nueve

El tiempo máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triple de aquel por que se le impusiere la más grave de las penas en que haya ocurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieran el tiempo máximo predicho, que no podrá exceder de treinta años.

Artículo cuarenta

La pena superior o inferior en grado se determinará respectivamente partiendo del grado máximo señalado por la ley para el delito de que se trate, y aumentándole un tercio de su cuantía, sin que pueda exceder de treinta años, o partiendo del grado mínimo y restándole su tercera parte, sin que pueda ser inferior a tres meses y un día.

La pena inferior a la de muerte será la de veinte a treinta años de prisión. La pena inferior a la de pérdida de empleo impuesta, como principal, será la de suspensión de empleo, por un período máximo de tres años.

Artículo cuarenta y uno

Cuando de la rigurosa aplicación de la ley resultare penada una acción u omisión que, a juicio del Tribunal, no debiera serlo, o la pena resultare notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y la culpabilidad del reo, el Tribunal acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar la sentencia.

CAPITULO V

Cumplimiento de las penas

Artículo cuarenta y dos

Las penas de privación de libertad impuestas a militares por delitos comprendidos en este Código se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar que se determine por el Ministerio de Defensa.

En caso de que las penas impuestas a militares por la comisión de delitos comunes lleven consigo la baja en las Fuerzas Armadas, se extinguirán en establecimientos penitenciarios ordinarios, con separación del resto de los penados. Si no llevaran aparejadas la baja en las Fuerzas Armadas, se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar que se disponga por el Ministerio de Defensa.

Artículo cuarenta y tres

En tiempo de guerra, las penas privativas de libertad impuestas a militares podrán ser cumplidas en funciones que el mando militar designe, en atención a las exigencias de la campaña y de la disciplina.

Artículo cuarenta y cuatro

Se confiere a los Tribunales y Autoridades Judiciales Militares la facultad de otorgar motivadamente por sí o por ministerio de la Ley a los reos que no pertenezcan a los Ejércitos, la condena condicional que deja en suspenso la ejecución de la pena impuesta.

TITULO CUARTO

De la extinción de la responsabilidad penal

Artículo cuarenta y cinco

Los delitos prescriben a los veinte años, cuando se hallasen castigados con la pena de muerte o pena de prisión superior a quince años; a los quince, si estuvieren penados con prisión por más de diez años; a los diez, si la pena fuera de prisión superior a un año o de pérdida de empleo; y a los cinco años, en los demás supuestos.

Cuando la pena señalada al delito fuese compuesta, o alternativa se estará a la más grave a los efectos de la prescripción.

Artículo cuarenta y seis

Las penas impuestas por sentencia firme prescriben:

La de muerte y la de prisión cuya duración exceda de veinte años, a los treinta años.

La de prisión cuya duración exceda de quince años, a los veinte años.

La de prisión cuya duración exceda de diez años, a los quince años.

La de prisión cuya duración exceda de cinco años, a los diez años.

Las restantes penas, a los cinco años.

Artículo cuarenta y siete

Los condenados que hayan cumplido su pena o alcanzado su remisión condicional tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, previo informe de la Autoridad Judicial Militar o del Tribunal que haya entendido de la causa, la cancelación de sus antecedentes penales, siempre que concurren los requisitos siguientes:

1.º No haber delinquido durante los plazos que se señalan en el número tercero.

2.º Tener satisfechas, en lo posible, las responsabilidades civiles provenientes de la infracción, excepto en los supuestos de insolvencia declarada en forma legal.

3.º Haber transcurrido el plazo de dos años para las penas de prisión no superiores a seis meses, condenas por delitos de imprudencia y penas no privativas de libertad; tres años para las penas de prisión que excedan de seis meses y no de doce años; cinco años para las penas de prisión superiores a doce años, y diez años en todos los casos de reincidencia o de rehabilitación revocada.

El Ministerio de Justicia procederá de oficio a la cancelación de los antecedentes penales cuando transcurrieren los plazos señalados, y un año más sin que se haya anotado una nueva y posterior condena o declaración de rebeldía del penado.

TITULO QUINTO

De la responsabilidad civil subsidiaria del Estado

Artículo cuarenta y ocho

El Estado es responsable civil subsidiario por los delitos que hubiesen cometido los militares en ocasión de ejecutar un acto de servicio, apreciado como tal en sentencia.

LIBRO SEGUNDO

De los delitos en particular

TITULO PRIMERO

Delitos contra la seguridad nacional y defensa nacional

CAPITULO I

Traición militar

Artículo cuarenta y nueve

Será castigado con la pena de prisión de veinte a veinticinco años, pudiendo imponerse la de muerte en tiempo de guerra, el militar que:

- 1.^o Indujere a una potencia extranjera a declarar la guerra a España o se concertase con ella para el mismo fin.
- 2.^o Tomare las armas contra la Patria bajo banderas enemigas.
- 3.^o Con el propósito de favorecer al enemigo, le entregase plaza, puesto, establecimiento, instalación, buque, aeronave, fuerza a sus órdenes u otros recursos humanos o materiales de guerra o combate.
- 4.^o En plaza o puesto sitiado o bloqueado, buque o aeronave o en campaña, ejerciere coacción, promoviere complot o sedujere fuerza para obligar a quien ejerce el mando a rendirse, capitular o retirarse.
- 5.^o Sedujere tropa española o al servicio de España para que se pasen a filas enemigas o reclutare gente para hacer la guerra a España bajo banderas enemigas.
- 6.^o Se fugare de sus filas con propósito de incorporarse al enemigo.
- 7.^o Con el propósito de favorecer al enemigo, ejecutare actos de sabotaje o de cualquier otro modo efectivo, entorpeciere gravemente las operaciones bélicas.
- 8.^o Propalare o difundiere noticias desmoralizadoras o realizare cualesquiera otros actos derrotistas, con la intención manifiesta de favorecer al enemigo.
- 9.^o Con el ánimo de favorecer al enemigo, causare grave quebranto a los recursos económicos o a los medios y recursos afectos a la defensa militar.
10. De cualquiera otra forma, colaborase con el enemigo, prestándole un servicio con el propósito de favorecer el progreso de sus armas.

Artículo cincuenta

El español que en tiempo de guerra realizare actos de espionaje militar, conforme a lo previsto en el capítulo siguiente, será considerado traidor y condenado a la pena de veinte a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte.

El militar que realizare dichos actos en tiempo de paz será condenado a la pena de diez a veinticinco años de prisión.

Artículo cincuenta y uno

El militar que, teniendo conocimiento de que se trata de cometer alguno de los delitos previstos en este capítulo, no empleare los medios a su alcance para evitarlo será castigado con la pena de cinco a quince años de prisión.

CAPITULO II

Espionaje militar

Artículo cincuenta y dos

El extranjero que en tiempo de guerra, se procurare, difundiera, falseare o inutilizare información clasificada o de interés militar susceptible de perjudicar a la seguridad nacional o a la defensa nacional, o de los medios

técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar, o la revelase a potencia extranjera, asociación u organismo internacional, será castigado, como espía, a la pena de quince a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte.

La tentativa se castigará con las mismas penas privativas de libertad establecidas para el delito consumado.

CAPITULO III

Revelación de secretos o informaciones relativas a la seguridad nacional y defensa nacional

Artículo cincuenta y tres

El militar que, sin propósito de favorecer a una potencia extranjera, asociación u organismo internacional, se procurare, revelare, falseare o inutilizaré información legalmente clasificada relativa a la seguridad nacional o defensa nacional, a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o relativa a industrias de interés militar, será castigado con la pena de tres a diez años de prisión.

Si la información no estuviese legalmente clasificada se impondrá la pena de uno a seis años de prisión.

El español que en tiempo de guerra cometiera estos delitos incurrirá en la pena de cinco a veinte años de prisión.

Artículo cincuenta y cuatro

Las penas establecidas en el artículo anterior se aplicarán en su mitad superior cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1.º Que el sujeto activo sea depositario o conocedor del secreto o información por razón de su cargo o destino.

2.º Que la revelación consistiera en dar publicidad al secreto o información en algún medio de comunicación social o de forma que asegure su difusión.

Artículo cincuenta y cinco

El militar que tuviera en su poder, fuera de las condiciones fijadas en la legislación vigente, objetos, documentos o información clasificada relativos a la defensa nacional, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.

Con las mismas penas será castigado el militar que, sin autorización expresa y por cualquier medio, reprodujera planos o documentación referente a zonas, instalaciones o material militar que sean de acceso restringido o reservado por su relación con la seguridad o la defensa nacional.

Al español que en tiempo de guerra cometiera estos delitos se le impondrá la pena de tres a diez años de prisión.

Artículo cincuenta y seis

El militar que, por razón de su cargo, comisión o servicio, tuviere en su poder o conociera oficialmente documentos, objetos o información legalmente clasificada o relativa a la seguridad o defensa nacional, y por imprudencia diera lugar a que sea conocida por persona no autorizada o fuera divulgada, publicada o inutilizada, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión.

Al español que en tiempo de guerra cometiera este delito se le impondrá la pena de prisión de uno a seis años.

CAPITULO IV**Atentados contra los medios o recursos de la defensa nacional***Artículo cincuenta y siete*

El que, en tiempo de guerra, intencionadamente destruyere, dañare o inutilizare para el servicio, aun de forma temporal, obras, establecimientos o instalaciones militares, buques, aeronaves, medios de transporte o transmisiones, vías de comunicación, material de guerra, aprovisionamiento u otros medios o recursos de la defensa nacional, será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años, pudiendo imponerse la de muerte.

Artículo cincuenta y ocho

El militar que, en tiempo de paz, intencionadamente destruyere, dañare de modo grave o inutilizare para el servicio aun de forma temporal, obras, establecimientos o instalaciones militares, buques de guerra, aeronaves militares, medios de transportes o transmisiones militares, material de guerra, aprovisionamiento u otros medios o recursos afectados al servicio de las Fuerzas Armadas, será castigado con la pena de prisión de cinco a quince años.

Si estos hechos fueren cometidos mediante incendio, explosión, naufragio, descarrilamiento, inundación, voladura, derrumbamiento o cualquier otro medio capaz de ocasionar graves estragos, comportaren un peligro para la vida o integridad de las personas o hubieren comprometido el potencial o capacidad bélica de la Nación, serán castigados con la pena de diez a veinticinco años de prisión.

Artículo cincuenta y nueve

El militar que denunciare falsamente la existencia, en lugar militar, de aparatos explosivos u otros similares o entorpeciere intencionadamente el transporte, aprovisionamiento, transmisiones o cualquier clase de misiones de los Ejércitos, será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión.

Al español, que en tiempos de guerra, cometiera este delito se le impondrá la pena de prisión de cinco a quince años.

Artículo sesenta

El militar que destruyere, inutilizare, falseare o abriere sin autorización la correspondencia oficial o documentación legalmente clasificada relacionada con la Seguridad Nacional o la Defensa Nacional, será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión. En la misma incurrirá si tuviese en su poder sin autorización, documentos clasificados.

Artículo sesenta y uno

El que allanare una base, acuartelamiento o establecimiento militar, o vulnerare las medidas de seguridad establecidas para su protección, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión.

Artículo sesenta y dos

Cuando los delitos de este capítulo fueren cometidos por imprudencia serán castigados con la pena inferior en grado a la señalada en cada caso.

CAPITULO V

Desobediencia a bandos militares en tiempo de guerra o estado de sitio

Artículo sesenta y tres

El que se negare a obedecer o no cumpliera las prescripciones u órdenes contenidas en los Bandos que, de conformidad con la Constitución y las leyes, dicten las autoridades militares en tiempo de guerra o estado de sitio será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a seis años o con la de confinamiento o destierro, siempre que al hecho no le corresponda una pena superior con arreglo a las disposiciones de este Código.

CAPITULO VI

Derrotismo

Artículo sesenta y cuatro

El que, declarada o generalizada la guerra, con el fin de desacreditar la intervención de España en ella, realizare públicamente actos contra la misma o contra las Fuerzas Armadas españolas, será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión o con la de confinamiento o destierro. Con la misma pena será castigado el que en igual forma y circunstancias divulgare noticias o informaciones falsas con el fin de debilitar la moral de la población o de provocar la deslealtad o falta de espíritu entre los militares españoles.

En ambos casos, si el culpable fuere militar se impondrá la pena en su mitad superior.

La defensa de soluciones pacíficas a los conflictos no será considerada derrotismo bélico a los efectos de este artículo.

CAPITULO VII

Disposiciones comunes

Artículo sesenta y cinco

El que en tiempo de guerra cometiere alguno de los delitos expresados en este título contra Potencia aliada será castigado con las penas señaladas a los mismos o con pena inferior en grado.

Artículo sesenta y seis

La conspiración, la proposición y la provocación para cometer los delitos de este título, la apología de los mismos o de sus autores y los actos de auxilio serán castigados con la pena inferior en grado a las respectivamente señaladas.

Artículo sesenta y siete

Quedará exento de pena el que, implicado en un delito de traición o espionaje militares, lo denunciare a tiempo de evitar sus consecuencias.

Artículo sesenta y ocho

En los delitos comprendidos en este título se impondrá, además, la pena de pérdida de empleo, excepto en los tipificados en los artículos 55, 56, 60 y 61 y en los cometidos por imprudencia.

TITULO SEGUNDO

Delitos contra las Leyes y usos de la guerra

Artículo sesenta y nueve

El militar que maltratare de obra a un enemigo que se ha rendido o que no tiene ya medios de defenderse, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a cuatro años. Si le causare lesiones graves, se impondrá la pena de cinco a quince años de prisión, y si le causare la muerte será castigado con la pena de quince a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte.

Artículo setenta

El militar que empleare u ordenare emplear medios o métodos de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o daños

superfluos, será castigado con la pena de prisión de tres a diez años. En los casos de extrema gravedad podrá imponerse la pena de diez a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la pena de muerte.

Artículo setenta y uno

El militar que, violando las prescripciones de los Convenios Internacionales ratificados por España relativos a la navegación en tiempos de guerra, destruyere innecesariamente un buque no beligerante, enemigo o neutral, sin dar tiempo suficiente para poner a salvo la tripulación y pasaje, será castigado con la pena de diez a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte.

Artículo setenta y dos

El militar que violare suspensión de armas, armisticio, capitulación u otro convenio celebrado con el enemigo, será castigado con pena de cinco a quince años de prisión.

Artículo setenta y tres

El militar que saqueare a los habitantes de poblaciones enemigas o, sin exigirlo las necesidades de la guerra, incendiare, destruyere, o dañare gravemente edificios, buques, aeronaves u otras propiedades enemigas no militares, será castigado con la pena de tres a quince años de prisión.

Artículo setenta y cuatro

Será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, el militar que:

1.^o Requisare indebidamente o innecesariamente edificios u objetos muebles en territorio ocupado.

2.^o Capturare o destruyere buque mercante o aeronave comercial, con infracción de las normas sobre el derecho de presa.

Artículo setenta y cinco

Será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión el militar que:

1.^o Ostentare indebidamente la bandera de parlamento, banderas o emblemas enemigos o neutrales o los signos distintivos de los Convenios de Ginebra.

2.^o Ofendiere de palabra u obra o retuviere indebilmente a un parlamentario o a las personas que lo acompañaren.

Artículo setenta y seis

El militar que intencionadamente causare la muerte o lesiones graves, torturas, violación, o trato inhumano a herido, enfermo, naufrago, priso-

nero de guerra, población civil, efectuase con ellos experiencias médicas o científicas no justificadas que no se ejecuten en bien suyo ni consentidas, o les causare de propósito grandes sufrimientos, será castigado con la pena de diez a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte.

Si ejecutase actos que pongan en grave peligro la integridad física o la salud, se impondrá la pena inferior en grado.

Artículo setenta y siete

Será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión el militar que:

1.^º No adoptase las medidas a su alcance para la búsqueda y recogida de heridos, enfermos o náufragos, tanto propios como del enemigo.

2.^º Despojare de sus efectos en la zona de operaciones a un muerto, herido o enfermo, náufrago o prisionero de guerra con el fin de apropiárselos.

Cuando con motivo del despojo se les causare lesiones o se ejercieren violencias que agravasen notablemente su estado, se impondrá la pena en su mitad superior.

3.^º Violare a sabiendas la protección debida a establecimientos, formaciones móviles, medios de transporte y material sanitarios, campos de prisioneros de guerra, zonas de refugio para poblaciones civiles y lugares de internamiento, dados a conocer por los signos establecidos o cuyo carácter pueda distinguirse de modo inequívoco en la lejanía.

4.^º El que ejerciere violencia contra el personal de los servicios sanitario y religioso, tanto enemigo como neutral miembros de las organizaciones de socorro y personal afecto al servicio de los establecimientos o lugares antes citados.

No se aplicará lo dispuesto en este número y en el anterior si se hace uso de esta protección, para llevar a cabo actos de hostilidad.

5.^º Obligare a los prisioneros de guerra a combatir contra sus banderas, los injuriare gravemente, no los procurare el alimento indispensable o la asistencia médica necesaria o les privare de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente.

6.^º Cometiere contra las personas civiles de un país con el que España está en guerra, deportaciones y traslados ilegales, detenciones ilegítimas, toma de rehenes, coacciones para servir en las fuerzas armadas enemigas o les privara de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente.

7.^º Destruyere o deteriorare, sin que lo exijan las necesidades de la guerra, el patrimonio documental y bibliográfico, los monumentos arquitectónicos y los conjuntos de interés histórico o ambiental, los bienes muebles de valor histórico, artístico, científico o técnico, los yacimientos en zonas arqueológicas, los bienes de interés etnográfico y los sitios naturales, jardines y parques relevantes por su interés histórico-artístico o antropológico y, en general, todos aquellos que formen parte del patrimonio histórico.

Cualquier acto de pillaje o apropiación de los citados bienes culturales, así como todo acto de vandalismo sobre los mismos y la requisita de los situados en territorio que se encuentre bajo la ocupación militar, será castigado con igual pena.

Artículo setenta y ocho

El militar que lleve a cabo o diere orden de cometer cualesquiera otros actos contrarios a las prescripciones de los Convenios Internacionales ratificados por España y relativos a la conducción de las hostilidades, a la protección de heridos, enfermos o naufragos, trato de prisioneros de guerra, protección de las personas civiles en tiempo de guerra y protección de bienes culturales en caso de conflicto armado será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

TITULO TERCERO

Delito de rebelión en tiempo de guerra

Artículo setenta y nueve

Son reos del delito de rebelión en tiempo de guerra los que se alzaren colectivamente en armas para conseguir cualquiera de los siguientes fines:

- 1.^º Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución.
- 2.^º Destituir al Jefe del Estado u obligarle a ejecutar un acto contrario a su voluntad.
- 3.^º Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos.
- 4.^º Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados el Senado o Asamblea legislativa de una Comunidad Autónoma, o impedir que se constituyan, reúnan o deliberen o arrancarles alguna resolución.
- 5.^º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional o sus traer la Nación o parte de ella, o cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno.
- 6.^º Sustituir por otro el Gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno Nacional o Autonómico o a cualquiera de sus miembros de sus facultades o impedirles o coartarles su libre ejercicio.

Serán castigados con la pena de:

- a) Quince a veinticinco años de prisión quienes promovieren o sostuvieren la sublevación y quien ostente el mando superior de las fuerzas implicadas pudiendo imponerse la pena de muerte.
- b) Quince a veinticinco años de prisión quienes no hallándose comprendidos en el apartado anterior ejerzan mando de compañía o de unidad análoga o superior.
- c) Diez a veinte años de prisión los meros ejecutores.

Artículo ochenta

Serán castigados con la pena de diez a veinte años de prisión, los que, en tiempo de guerra:

1.º Consiguieren por astucia o por cualquier otro medio, algunos de los fines del artículo anterior.

2.º Sedujeren tropas o cualquier otra clase de fuerza armada para cometer el delito de rebelión. Si llegare a tener efecto la rebelión, los seductores se reputarán promotores y sufrirán la pena señalada en el artículo anterior.

3.º En forma diversa de la prevista en el delito de traición atentaren contra la integridad de la Nación española.

Artículo ochenta y uno

La conspiración, proposición o provocación para cometer cualquiera de los delitos sancionados en los dos artículos precedentes, serán castigadas con la pena inferior en grado a la señalada.

La apología de cualquiera de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores o de sus autores, será castigada con la pena de dos a ocho años de prisión.

Artículo ochenta y dos

1.º Quedará exento de pena el que, implicado en cualquiera de los delitos previstos en los tres artículos anteriores, los revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias.

2.º A los meros ejecutores que depongan las armas, antes de haber hecho uso de ellas, sometiéndose a las autoridades legítimas, se les aplicará la pena inferior en grado.

Artículo ochenta y tres

El militar que en tiempo de guerra no empleare los medios a su alcance para contener la rebelión en las fuerzas de su mando, será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión.

El militar que, teniendo conocimiento de que se trata de cometer un delito de rebelión, no lo denunciare inmediatamente a sus superiores, será castigado con la pena de uno a seis años de prisión.

Artículo ochenta y cuatro

En los delitos comprendidos en este título se impondrá, además, la pena de pérdida de empleo.

TITULO CUARTO

Delitos contra la Nación española y contra la Institución militar

CAPITULO I

Delitos contra centinela, fuerza armada o policía militar

Artículo ochenta y cinco

El que desobedeciere o se resistiere a obedecer órdenes de centinela será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. El que maltratare de obra a un centinela será castigado con la pena de tres meses y un día a seis años de prisión. En tiempo de guerra o estado de sitio se impondrá la pena de prisión de dos a diez años en ambos casos.

Si el maltrato fuere efectuado con armas, se impondrán las penas respectivamente señaladas, en su mitad superior. Si se causaren lesiones graves será castigado con la pena de cinco a quince años de prisión. Si se occasionare la muerte, se impondrá la pena de quince a veinticinco años. En tiempo de guerra será castigado, en ambos supuestos, con la pena de veinte a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte.

En las mismas penas incurrirá el militar que, en tiempo de paz, maltrate de obra o desobedeciere órdenes de fuerza armada y todo aquel que, en tiempo de guerra, cometiera este delito.

Artículo ochenta y seis

El militar que, en tiempo de paz, maltrate de obra o desobedezca órdenes de la policía militar, en su función de agentes de la autoridad, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años. El que cometiera este delito, en tiempo de guerra o estado de sitio, será castigado con la pena de dos a diez años de prisión.

Si el maltrato fuere efectuado con armas, se impondrán las penas respectivamente señaladas, en su mitad superior. Si se causaren lesiones graves será castigado con la pena de cinco a quince años de prisión. Si se occasionare la muerte, se impondrá la pena de prisión de quince a veinticinco años. En tiempo de guerra será castigado, en ambos supuestos, con la pena de veinte a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte.

CAPITULO II

Atentados y desacatos a Autoridades Militares, ultrajes a la Nación o a sus símbolos e injurias a los Ejércitos

Artículo ochenta y siete

El que en tiempo de guerra atentare contra la Autoridad militar con motivo u ocasión del ejercicio de sus funciones, causándoles la muerte o lesiones muy graves, será castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años.

ticinco años, pudiendo imponerse la de muerte. Cuando se produzca otro resultado, la pena será de cinco a quince años de prisión.

El militar que, en tiempo de paz, cometra este delito será condenado a la pena de quince a veinticinco años de prisión si produjere la muerte; cinco a quince años de prisión si le causare lesiones muy graves y tres meses y un día a cinco años de prisión si se produjere otro resultado.

En todos los supuestos de este artículo se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo.

Artículo ochenta y ocho

El que en tiempo de guerra, sin estar comprendido en el artículo anterior, resistiere a Autoridad Militar, le desobedeciere en el ejercicio de su cargo o le amenazare, calumniare o injuriare, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años.

El militar que, en tiempo de paz, cometiere este delito será castigado con la pena de tres meses y un día a cinco años de prisión.

En todos los supuestos podrá imponerse, además, la pena de pérdida de empleo.

Artículo ochenta y nueve

El militar que ofendiere o ultrajare a la Nación española, su Bandera, Himno o algunos de sus símbolos o emblemas será castigado con la pena de uno a seis años de prisión, pudiendo imponerse además, la pena de pérdida de empleo. Cuando el delito fuere cometido con publicidad o cualquier medio de difusión se impondrá la pena de tres a diez años de prisión.

El militar que ofendiere o ultrajare a las insignias o emblemas militares será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a cuatro años.

Artículo noventa

El militar que de palabra, por escrito, o por cualquier medio de publicidad injuriare a los Ejércitos o Instituciones, Armas, Clases o Cuerpos determinados de los mismos será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a seis años.

TITULO QUINTO

Delitos contra la disciplina

CAPITULO I

Sección militar

Artículo noventa y uno

Los militares que, mediante concierto expreso o tácito, en número de cuatro o más o que, sin llegar a este número, constituyan al menos la mitad de una fuerza, dotación o tripulación, rehusaren obedecer las órdenes le-

gítimas recibidas, incumplieren los demás deberes del servicio o amenazaren, ofendieren o ultrajaren a un superior, serán castigados con la pena de uno a diez años de prisión, cuando se trate de los meros ejecutores, y con la de dos a quince cuando se trate de los promotores, del cabecilla que se ponga al frente de la sedición y, en todos los casos, si se trata de oficiales o de suboficiales.

Si los hechos tuvieran lugar en situación de peligro para la seguridad del buque o aeronave, frente a rebeldes, o sediciosos, acudiendo a las armas o agrediendo a superior, las penas serán de diez a veinte años de prisión para los meros ejecutores y de diez a veinticinco para los promotores, el cabecilla y, en todos los casos, para los oficiales y suboficiales.

Si le causare la muerte o lesiones al menos graves a un superior, se impondrá la pena de quince a veinticinco años de prisión a los promotores y demás responsables aludidos en el párrafo anterior, y de diez a veinticinco años a los meros ejecutores, pudiendo imponerse la pena de muerte a todos los autores de este delito en tiempo de guerra.

Artículo noventa y dos

Se considerarán también reos de sedición militar los militares que, en número de cuatro o más, hicieren reclamaciones o peticiones colectivas en tumulto, con las armas en la mano o con publicidad. En tales casos, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años a los meros ejecutores y la de dos a ocho años a los promotores, al cabecilla y a los oficiales y suboficiales que interviniéren.

Las demás reclamaciones o peticiones colectivas, así como las reuniones clandestinas para ocuparse de asuntos del servicio serán castigadas con la pena de tres meses y un día a un año de prisión; sin embargo, podrán corregirse en vía disciplinaria, si la trascendencia fuera mínima.

Artículo noventa y tres

Si los sediciosos depusieren su actitud a la primera intimación o antes de ella, serán castigados con la pena inferior a la correspondiente a su delito salvo los que hubieran agredido a un superior.

Artículo noventa y cuatro

La conspiración y proposición para cometer el delito de sedición militar serán castigadas con la pena inferior a la respectivamente establecida para el tipo de delito de que se trate.

Artículo noventa y cinco

El que, en tiempo de guerra de palabra, por escrito, impreso u otro modo de posible eficacia, incitare a militares a cometer el delito de sedición militar, a las tropas a comportarse con indisciplina, o al incumplimiento de deberes militares o hiciera apología de la sedición militar o de los sediciosos será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión. El militar

que en tiempo de paz cometá este delito será castigado con la pena de tres meses y un día a seis años.

Artículo noventa y seis

El militar que no adoptase las medidas necesarias o no empleare los medios racionales a su alcance para contener la sedición en la fuerzas de su mando o que, teniendo conocimiento de que se trata de cometer este delito, no lo denunciare a sus superiores será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años o con la pérdida de empleo.

Artículo noventa y siete

En los delitos comprendidos en los artículos 91, 92 (párrafo primero) y 95 así como la conspiración y proposición para su comisión, se impondrá, además, la pena de pérdida de empleo.

CAPITULO II

Insubordinación

SECCIÓN 1.^a

Insulto a superior

Artículo noventa y ocho

El militar que, hallándose frente al enemigo, rebeldes o sediciosos o en situación peligrosa para la seguridad del buque o aeronave, maltratare de obra a un superior será castigado con la pena de quince a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte en tiempo de guerra.

Las mismas penas se impondrán al militar que, en tiempo de guerra, maltratare de obra a un superior causándole la muerte o lesiones muy graves, si el hecho se ejecutare en acto de servicio o con ocasión de éste.

Artículo noventa y nueve

Fuera de los casos previstos en el artículo anterior, el militar que maltratare de obra a un superior será castigado:

1.^º Con la pena de quince a veinticinco años de prisión, si resultare la muerte del superior.

2.^º Con la de cinco a quince años de prisión, si le causare lesiones graves.

3.^º Con la de tres meses y un día a cinco años de prisión en los demás casos.

Estas penas se impondrán en su mitad superior, cuando el hecho se ejecutare en acto de servicio e con ocasión del mismo.

Artículo ciento cinco

En los delitos militares flagrantes de traición, rebelión, sedición, los de insulto a superior, desobediencia, cobardía, quebrantamiento de servicio y contra las leyes y usos de la guerra, el superior que incurriere en el abuso de autoridad previsto en los dos artículos anteriores, quedará exento de responsabilidad si se prueba que tuvo por objeto contener por un medio racionalmente necesario y proporcionado la comisión de aquéllos.

Artículo ciento seis

El superior que tratare a un inferior de manera degradante o inhumana será castigado con la pena de tres meses y un día a cinco años de prisión.

TITULO SEXTO**Delitos contra los deberes del servicio****CAPITULO I****Cobardía***Artículo ciento siete*

El militar que por cobardía abandonare su puesto frente al enemigo, rebeldes o sediciosos será castigado con la pena de diez a veinticinco años de prisión y, si ejerciere mando, con la de quince a veinticinco, pudiendo imponerse la pena de muerte en tiempo de guerra.

En las mismas penas incurrirá el que, por cobardía y en idénticas situaciones, rehusare permanecer o situarse en su puesto o incumpliere la misión encomendada.

Artículo ciento ocho

Cuando los hechos previstos en el artículo anterior tuvieran lugar en tiempo de guerra, fuera de las situaciones expresadas, se impondrá al militar la pena de tres a diez años de prisión y, si ejerciere mando, la de cinco a quince años de prisión.

Artículo ciento nueve

El militar que, frente al enemigo, rebeldes o sediciosos realizare actos demonstrativos de cobardía susceptibles a infundir pánico o producir grave desorden entre la propia fuerza, será castigado con la pena de diez a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte en tiempo de guerra.

Cuando las conductas previstas en el párrafo anterior tuvieran lugar en tiempo de guerra o circunstancias críticas, fuera de las situaciones expresadas, se impondrá la pena de prisión de seis meses a seis años y si el culpable ejerciere mando, la de tres a diez años.

Artículo cien

El militar que pusiere mano a un arma ofensiva o ejecutare actos o demostraciones con tendencia a maltratar de obra a un superior será castigado:

1.^o Con la pena de tres a diez años de prisión, si el hecho fuere ejecutado en los supuestos del párrafo primero del artículo 98.

2.^o Con la de tres meses y un día a tres años de prisión, en los demás casos.

Artículo ciento uno

El militar que, sin incurrir en los delitos previstos en los artículos anteriores, coaccionare, amenazare o injuriare en su presencia, por escrito o con publicidad a un superior será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

SECCIÓN 2.^a

Desobediencia

Artículo ciento dos

El militar que se negare a obedecer o no cumpliera las órdenes legítimas de sus superiores relativas al servicio que le corresponde será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

Si se tratare de órdenes relativas al servicio de armas, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión.

Estos hechos, cometidos en tiempo de guerra, estado de sitio, frente a rebeldes o sediciosos o en situación peligrosa para la situación del buque o aeronave, serán castigados con la pena de diez a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte en tiempo de guerra.

CAPITULO III

Abuso de autoridad

Artículo ciento tres

El superior que, abusando de sus facultades de mando o de su posición en el servicio, irrogare un perjuicio grave al inferior, le obligare a prestaciones ajenas al interés del servicio o le impidiere arbitrariamente el ejercicio de algún derecho será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión.

Artículo ciento cuatro

El superior que maltratare de obra a un inferior será castigado con la pena de tres meses y un día a cinco años. Si causare a la persona objeto del maltrato lesiones graves, se impondrá la pena de cinco a quince años de prisión. Si le causare la muerte, se impondrá la pena de quince a veinticinco años, pudiendo imponerse la de muerte en tiempo de guerra.

Artículo ciento diez.

El militar que, por cobardía, para excusarse de su puesto o misión en el combate, simulare enfermedad o lesión, se la produjere o emplease cualquier otro engaño con el mismo fin, será castigado con la pena de cinco a quince años de prisión.

Artículo ciento once

El militar que entregare, rindiere o abandonare al enemigo, rebeldes o sediciosos, plaza, establecimiento, instalación militar, puesto, buque, aeronave, fuerza a sus órdenes u otros recursos humanos o materiales de guerra o combate, sin haber agotado el empleo de los medios de defensa que exijan los preceptos de ordenanza y órdenes recibidas, será castigado con la pena de quince a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte en tiempo de guerra.

Artículo ciento doce

El militar que incluyere en la capitulación plaza, establecimiento, instalación militar, puesto, buque, aeronave, fuerza u otros recursos humanos o materiales de guerra o combate, dependientes de su mando, pero no comprometidos en el hecho de armas que ha determinado la rendición, será castigado con la pena de tres a diez años de prisión.

A igual pena será condenado el militar que en la capitulación estableciere para sí condiciones más ventajosas, y con la pena de seis meses a seis años si tales condiciones se estipularen en favor de otro u otros sin razón suficiente.

Artículo ciento trece

Fuera de los casos anteriores, el militar que, por temor a un riesgo personal, violare algún deber militar cuya naturaleza exija afrontar el peligro y superar el miedo, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años.

Artículo ciento catorce

En los delitos comprendidos en este Capítulo se podrá imponer, además, la pena de pérdida de empleo.

CAPITULO II**Deslealtad***Artículo ciento quince*

El militar que sobre asuntos del servicio diere a sabiendas información falsa o expidiere certificado en sentido distinto al que le constare será cas-

tigado con la pena de uno a seis años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de tres a diez años.

Cuando en su información o certificado el militar, sin faltar sustancialmente a la verdad, la desnaturalizare, valiéndose de términos ambiguos, vagos o confusos, o la alterare mediante reticencias o inexactitudes, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años.

Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si hubiere mediado precio, recompensas o promesas.

Además de la pena de prisión, podrá imponerse, atendida la gravedad y trascendencia de los hechos, la pena de pérdida de empleo.

En todos los supuestos previstos en este artículo, se impondrá la pena inferior en grado cuando el culpable se retractare, manifestando la verdad a tiempo de que surta efecto.

Artículo ciento dieciséis

El militar que no guardase la discreción y reserva debidas sobre asuntos del servicio de trascendencia grave será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. Si la trascendencia no fuere grave, se corregirá por vía disciplinaria.

Artículo ciento diecisiete

El militar que se excusare de cumplir deberes militares produciéndose o simulando alguna enfermedad o lesión, o empleando cualquier otro engaño, será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de dos a ocho años.

Artículo ciento dieciocho

El militar que facilitare la evasión de prisioneros de guerra, presos o detenidos confiados a su custodia será castigado con la pena de uno a seis años de prisión.

Si en la evasión hubiere mediado violencia o soborno, la pena se impondrá en su mitad superior.

CAPITULO III

Delitos contra los deberes de presencia y de prestación del servicio militar

SECCIÓN 1.^a

Abandono de destino o residencia

Artículo ciento diecinueve

El Oficial General, Oficial, Suboficial o asimilado que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días

o no se presentare pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. En tiempo de guerra, la ausencia por más de veinticuatro horas será castigada con la pena de prisión de tres a diez años.

SECCIÓN 2.***Deserción*****Artículo ciento veinte***

Comete deserción el militar no comprendido en el artículo anterior que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia o no se presentare a sus Jefes o a la autoridad militar, que corresponda o exista, pudiendo hacerlo, transcurrido el plazo de tres días, que se entenderá cumplido pasadas tres noches desde que se produjo la ausencia. En tiempo de guerra, se consumará la deserción a las veinticuatro horas.

El desertor será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de dos a ocho años.

Si en tiempo de paz el desertor se presentara espontáneamente a las Autoridades dentro de los quince días siguientes a la consumación de la deserción, será sancionado con la pena inferior en grado:

SECCIÓN 3.***Quebrantamientos especiales del deber de presencia*****Artículo ciento veintiuno***

El militar que se ausentare injustificadamente frente al enemigo, rebeldes o sediciosos, cualquiera que fuere la duración de la ausencia, será castigado con la pena de diez a veinte años de prisión.

Artículo ciento veintidós

El militar que, en circunstancias críticas, se ausentare injustificadamente de la unidad donde preste sus servicios, cualquiera que fuese la duración de la ausencia, será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de tres a diez años.

Artículo ciento veintitrés

El militar no comprendido en los artículos anteriores que se quedare en tierra injustificadamente a la salida del buque o aeronave de cuya dotación

o tripulación forme parte será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años.

Artículo ciento veinticuatro

El recluta que, citado reglamentariamente, no efectuare sin justa causa, su incorporación en el plazo fijado para la concentración o presentación será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de uno a seis años.

SECCIÓN 4.^a

Inutilización voluntaria y simulación para eximirse del servicio militar y negativa a cumplirlo

Artículo ciento veinticinco

El militar que, para eximirse del servicio, se inutilizare o diere su consentimiento para ser inutilizado por mutilación, enfermedad o cualquier otro medio, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión, si es en tiempo de paz y de tres a diez años, si es en tiempo de guerra. En caso de tentativa podrá imponerse la pena en la mitad inferior de las antes señaladas.

En las mismas penas incurrirá el que, a sabiendas, procurare a un militar la inutilización a que se refiere el párrafo anterior, imponiéndose en su mitad superior si se realizare el hecho mediante precio o cuando se tratase de personal sanitario. Se impondrá en su mitad inferior cuando el autor sea cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano del mutilado o inutilizado.

Artículo ciento veintiséis

El militar que, para eximirse del servicio u obtener el pase a otra situación administrativa, simulare una enfermedad o defecto físico será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de dos a ocho años.

En las mismas penas incurrirá el personal sanitario que facilitare la simulación.

Artículo ciento veintisiete

El español que, declarado útil para el servicio militar, rehusase expresamente y sin causa legal cumplir el servicio militar será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de cinco a quince años.

Una vez cumplida la condena impuesta, el penado quedará excluido del servicio militar, excepto en caso de movilización por causa de guerra.

Artículo ciento veintiocho

A los efectos de los artículos 124 a 127, se considerarán militares a los mozos y reclutas en los términos previstos en la Ley de Servicio Militar y a los soldados que, en situación de reserva, fuesen llamados a filas desde el momento que tengan obligación de presentarse.

SECCIÓN 5.^a

Disposición común

Artículo ciento veintinueve

El que de palabra, por escrito, impreso u otro medio dé posible eficacia, incite a militares a cometer cualquiera de los delitos comprendidos en las Secciones 1.^a y 2.^a de este Capítulo, hiciere apología de los mismos o de sus autores, los auxiliare o encubriere, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

Quedará exento de pena el encubridor que lo fuere de su cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, de su ascendiente, descendiente o hermano.

No obstante, en tiempo de guerra se podrán imponer en todo caso las mismas penas que a los autores de los respectivos delitos.

CAPITULO IV

Delitos contra los deberes del mando

SECCIÓN 1.^a

Incumplimiento de deberes inherentes al mando

Artículo ciento treinta

El Jefe de una fuerza o unidad militar, Comandante de buque de guerra o aeronave militar que hiciere dejación del mando por abandono o entrega indebida será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. Frente a rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas, la pena será de prisión de diez a veinticinco años y en tiempo de guerra la pena de quince a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte.

Artículo ciento treinta y uno

El militar con mando de fuerza o unidad militar, Comandante de buque de guerra o aeronave militar que, en tiempo de guerra y sin que lo justifique la situación del combate, dejare de emprender o cumplir una misión de guerra, se abstuviere de combatir o perseguir al enemigo debiendo hacerlo, o no empleare, en el curso de las operaciones bélicas, todos los medios que exija el cumplimiento de los preceptos de ordenanza y órdenes recibidas, será castigado con la pena de tres a diez años de prisión.

Artículo cientos treinta y dos

El militar con mando que perdiera la plaza, establecimiento, instalación militar, buque, puesto o fuerza a sus órdenes, por no haber tomado las medidas preventivas conforme a los preceptos de ordenanza y órdenes recibidas, será castigado con la pena de tres a diez años de prisión.

Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión al militar con mando que, por la misma causa, fuere sorprendido por el enemigo, ocasionare daño grave al servicio en tiempo de guerra o no inutilizare material de guerra, documentación o recursos importantes para la defensa nacional cuando existiere peligro de que caigan en poder del enemigo.

Artículo ciento treinta y tres

El militar con mando de fuerza o unidad militar, Comandante de buque de guerra o aeronave militar que, sin necesidad, realizare actos de hostilidad no autorizados ni ordenados contra potencia extranjera no enemiga, sus buques, aeronaves, personas o intereses, comprometiendo gravemente las relaciones internacionales, o exponiendo a los españoles a represalias en su persona o bienes, será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. Cuando los actos hostiles fueren susceptibles por su gravedad de provocar una guerra contra España, se impondrá la pena de prisión de cinco a quince años.

Estos mismos hechos, cometidos por imprudencia, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años o, en su caso, inhabilitación definitiva para el mando de buque de guerra o aeronave militar.

Artículo ciento treinta y cuatro

El militar con mando de fuerza o unidad militar, Comandante de buque de guerra o aeronave militar que, voluntariamente se separase de la unidad superior o formación a que pertenezca o que, habiéndose separado por causa legítima, no volviera a incorporarse tan pronto como las circunstancias lo permitiesen, será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de diez a veinte años.

Estos mismos hechos, cometidos por imprudencia, serán castigados con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión.

Artículo ciento treinta y cinco

El Jefe de una expedición militar, que, habiendo recibido un pliego cerrado con instrucciones de abrirlo en lugar, tiempo u ocasión determinados, lo abrirese en circunstancias distintas o, llegado el caso, no lo abrirese será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de tres a diez años.

Artículo ciento treinta y seis.

El militar con mando de fuerza, unidad, establecimiento o instalación militares o al servicio de las Fuerzas Armadas que, en circunstancias críticas para la seguridad de la fuerza o establecimiento de su mando, no adoptare las medidas a su alcance o no hiciere uso de los medios disponibles para evitar o limitar el daño, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

Artículo ciento treinta y siete

El militar con mando de fuerza o unidad militar, Comandante del buque de guerra o aeronave militar que no mantuviere la debida disciplina en las fuerzas a su mando, tolerare a sus subordinados cualquier abuso de autoridad o extralimitaciones de facultades o no procediere con la energía necesaria para impedir un delito militar, será castigado con la pena de tres meses y un día a cuatro años de prisión.

SECCIÓN 2.^a

Extralimitaciones en el ejercicio del mando

Artículo ciento treinta y ocho

El militar que en el ejercicio de su mando se excediere arbitrariamente de sus facultades o, prevaliéndose de su empleo o destino, cometiere cualquier otro abuso grave será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

Artículo ciento treinta y nueve

El militar que, en el ejercicio de sus funciones y sin causa justificada, empleare u ordenare ejercer contra cualquier persona violencias innecesarias para la ejecución de un acto de servicio que deba realizar, u ordenare, permitiere o hiciere uso ilícito de las armas, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.

Artículo ciento cuarenta

El militar que, para fines ajenos al servicio, sacare fuerza o unidad de establecimiento militar o la utilizare cuando se hallare fuera del mismo será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión.

Artículo ciento cuarenta y uno

El militar que, en una pendencia o para fines exclusivamente personales, llamare en su ayuda a centinela, unidad o fuerza armada será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.

Artículo ciento cuarenta y dos

El militar que expusiere a la unidad, buque o aeronave de su mando a riesgos innecesarios para el cumplimiento de su misión será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

SECCIÓN 3.^a

Usurpación y prolongación de atribuciones

Artículo ciento cuarenta y tres

El militar que indebidamente y maliciosamente asumiere o retuviere un mando o destino será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

CAPITULO V

Delitos de quebrantamiento de servicio

SECCIÓN 1.^a

Abandono de servicio

Artículo ciento cuarenta y cuatro

El militar que abandonare un servicio de armas o transmisiones será castigado:

1.^o En tiempo de guerra, con la pena de diez a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte.

2.^o Frente a rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas, con la pena de cinco a quince años de prisión.

3.^o En los demás casos, con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

Artículo ciento cuarenta y cinco

El militar que abandonare cualquier otro servicio en tiempo de guerra, frente a rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas, será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión.

SECCIÓN 2.^a

Delitos contra los deberes del centinela

Artículo ciento cuarenta y seis

El centinela que abandonare su puesto será castigado:

1.^o En tiempo de guerra, con la pena de quince a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte.

2.^o Frente a rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas, con la pena de diez a veinte años de prisión.

3.^o En los demás casos, con la pena de seis meses a seis años de prisión.

Artículo ciento cuarenta y siete

El centinela que incumpliere sus obligaciones, ocasionando grave daño al servicio será castigado:

1.^o En tiempo de guerra, con la pena de diez a veinticinco años de prisión, pudiendo imponerse la de muerte.

2.^o Frente a rebeldes o sediciosos o en circunstancias críticas, con la pena de cinco a quince años de prisión.

3.^o En los demás casos, con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.

SECCIÓN 3.^a

Embriaguez en acto de servicio

Artículo ciento cuarenta y ocho

El militar que, en acto de servicio de armas o transmisiones, voluntaria o culposamente se embriagare o drogare, resultando excluida o disminuida su capacidad para prestarlo, será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión.

Cuando se trate de un militar que, en acto de servicio, ejerciere mando, se impondrá la pena superior en grado.

CAPITULO VI

Delitos de denegación de auxilio

Artículo ciento cuarenta y nueve

El militar que en tiempo de guerra no prestare, pudiendo hacerlo, auxilio preciso a fuerza, buque o aeronave combatientes, nacionales o aliados, será castigado con la pena de diez a veinte años de prisión.

Artículo ciento cincuenta

El militar que no prestare a una fuerza, buque de guerra o aeronave militar nacional o aliada en situación de peligro, el auxilio que le sea posible, será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión.

Artículo ciento cincuenta y uno

El militar que injustificadamente no auxiliare a cualquier otro buque o aeronave enemigos que se encontraren en peligro, será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión.

Artículo ciento cincuenta y dos

El militar que sin motivo rehusare prestar ayuda a fuerzas, buque o aeronave enemigos en peligro, si lo solicitase ofreciendo su rendición, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.

Artículo ciento cincuenta y tres

El militar que, en el ejercicio de sus funciones, fuere requerido por autoridad competente para la realización de cualquier servicio público en los que puede exigirse legalmente la cooperación de las Fuerzas Armadas y no prestare la que estuviese a su alcance, sin desatender sus deberes preferentes, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.

Artículo ciento cincuenta y cuatro

El militar que injustificadamente dejare de auxiliar al compañero en peligro grave será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

CAPITULO VII**Delitos contra la eficacia del servicio***Artículo ciento cincuenta y cinco*

El militar que por imprudencia causare la pérdida, graves daños o inutilización para el servicio, aun de forma temporal, de plaza, fuerza, puesto, obras o instalaciones militares, medios de transporte o transmisiones, material de guerra, aprovisionamiento u otros medios y recursos de las Fuerzas Armadas, ocasionare que caigan en poder del enemigo o perjudicare gravemente una misión de guerra, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años en tiempo de guerra.

En tiempo de paz, se impondrá la pena de tres meses y un día a dos años de prisión, cuando se tratare de plaza, instalación militar, buque de guerra, aeronave militar o medio de transporte o transmisión o material de guerra.

Artículo ciento cincuenta y seis

El militar que, en tiempo de guerra y estando obligado a ello, no se hallare en su puesto con la debida prontitud durante el combate, alarma u otra misión de guerra, o se colocare en estado de no poder cumplir con su deber será castigado con la pena de prisión de uno a seis años. En tiempo de paz se impondrá la pena de tres meses y un día a dos años de prisión si tales hechos se realizaren en circunstancias críticas para la fuerza o unidad a que pertenezca el culpable.

Artículo ciento cincuenta y siete

Será castigado con pena de prisión de tres meses y un día a dos años el militar que:

1.º Ejecutare o no impidiere en lugar o establecimiento militar actos que puedan producir incendio o estragos u originase un grave riesgo para la seguridad de una fuerza, unidad o establecimiento de las Fuerzas Armadas.

2.^o Ocultare a sus superiores averías o deterioros graves en instalaciones militares, buques de guerra o aeronave militar, medios de transporte o transmisiones, aprovisionamiento o material de guerra a su cargo.

3.^o Se separe en tiempo de guerra de la fuerza o unidad a que pertenezca, o habiéndose separado por causa legítima, no volviere a incorporarse tan pronto como las circunstancias lo permitan.

4.^o Incumpliere sus deberes militares fundamentales, causando grave daño o riesgo para el servicio.

Artículo ciento cincuenta y ocho

El militar que por negligencia no cumpliera una consigna general, dejare de observar una orden recibida o causare grave daño al servicio por incumplimiento de sus deberes militares fundamentales, será castigado en tiempo de guerra con la pena de prisión de cuatro meses a cuatro años. En tiempo de paz, si concurriera negligencia grave, se impondrá la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión.

Artículo ciento cincuenta y nueve

El militar que causare muerte o lesiones graves, por negligencia profesional o imprudencia en acto de servicio de armas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años. En el caso de imprudencia temeraria y de que se tuviera la condición de militar profesional, la pena será de tres a ocho años de prisión.

Artículo ciento sesenta

Será castigado con la pena de tres meses y un día a seis años de prisión el militar que por impericia o negligencia profesional:

1.^o Dejare de transmitir a buque, aeronave u otra unidad militar las señales marcaciones o mensaje a que está obligado, o los diere equivocados.

2.^o Encargado de proyectar o inspeccionar la construcción, reparación o modificación de buques de guerra aeronaves militares, obras o material de las fuerzas Armadas, consignare errores o reformas que perjudicaren su seguridad, eficacia o potencial bélico o consintiere obras o reformas no autorizadas.

3.^o Encargado del aprovisionamiento de las Fuerzas Armadas, dejare de suministrar municiones, repuestos, víveres, efectos o elementos de importancia para el servicio, los entregare adulterados, o inservibles o autorizare su recepción o uso a pesar de no reunir las condiciones necesarias.

4.^o Incumpliere los deberes técnicos de su profesión especial dentro de las Fuerzas Armadas.

Artículo ciento sesenta y uno

Será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión el militar que por negligencia:

1.^o Extraviare armas o material de guerra procedimientos o documentos oficial, que tuviera bajo su custodia por razón de su cargo o destino en las Fuerzas Armadas.

2.^o Diere lugar a la evasión de prisioneros de guerra, presos o detenidos, cuya conducción o custodia le estuviere encomendada.

CAPITULO VIII

Delitos contra el decoro militar

Artículo ciento sesenta y dos

El Oficial General, Oficial o Suboficial que públicamente agrediese a otro militar será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

Artículo ciento sesenta y tres

El militar que, en tiempo de guerra, y para apropiárselos, despojare de sus vestidos, dinero u otros efectos a un herido, enfermo o náufrago perteneciente a las Fuerzas Armadas españolas o aliadas, será castigado con la pena de tres a diez años de prisión. Si el hecho se ejecutare con cualquier género de violencia física contra las indicadas personas, se impondrá la pena en su mitad superior.

El militar que, en campaña, y para apropiárselos, despojare de dinero, alhajas u otros efectos personales que sus compañeros de armas muertos en el campo de batalla llevaran sobre sí, ser castigado con la pena de dos a ocho años de prisión.

Se impondrá la misma pena al militar que mutilare un cadáver caído en acción de guerra o lo ultrajere.

Artículo ciento sesenta y cuatro

El militar que usare pública e intencionadamente uniforme, divisas, distintivos o insignias militares, medallas o condecoraciones que no tenga derecho a usar, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

TITULO SEPTIMO

Delitos contra los deberes del servicio relacionado con la navegación

CAPITULO I

Delitos contra la integridad del buque de guerra o aeronave militar

Artículo ciento sesenta y cinco

El naufragio o pérdida de un buque de guerra o aeronave militar, causado intencionadamente por su Comandante o el Oficial de guardia, será

castigado con la pena de quince a veintiocho años de prisión. Cuando estos hechos fueren cometidos por cualquier otro miembro de la dotación o tripulación, o personal militar del servicio de ayudas a la navegación, se impondrá la pena de prisión de diez a veinticinco años. En ambos casos se podrá imponer la muerte en tiempo de guerra.

En tiempo de guerra, se considerará pérdida de buque o aeronave militar su inutilización absoluta, aun cuando fuere temporal.

Artículo ciento sesenta y seis

Será castigado con la pena de prisión de cinco a quince años el Comandante u Oficial de Guardia de buque de guerra o aeronave militar que maliciosamente causare:

1.^º La varada del buque de su mando o destino o la inutilización de la aeronave mediante aterrizaje indebido.

2.^º El abordaje con cualquier otro buque o la colisión con aeronave.

3.^º Averías graves a buques o aeronaves o daños de consideración a la carga.

Los mismos hechos, cometidos por otro miembro de la dotación o tripulación o personal militar del servicio de ayudas a la navegación, se castigará con la pena de prisión de tres a diez años.

Artículo ciento sesenta y siete

Cuando los hechos previstos en los artículos anteriores se cometieren por imprudencia, se castigarán:

1.^º Si el culpable fuera el Comandante o el Oficial de guardia con la pena de prisión de cuatro meses a cuatro años o inhabilitación definitiva para el mando de buque de guerra o aeronave militar.

2.^º Con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años si se tratase de otro miembro de la dotación o tripulación o del servicio de ayudas a la navegación.

Artículo ciento sesenta y ocho

El Comandante u Oficial de guardia de un buque de guerra o aeronave militar que, por infracción de las medidas de seguridad en la navegación o para prevenir los abordajes colocare el buque o aeronave injustificadamente en situación de peligro será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años Si el culpable fuese otro miembro de la tripulación o personal militar del servicio de ayudas a la navegación, se impondrá la pena de prisión de tres meses y un día a seis meses.

CAPITULO II

Delitos contra los deberes del mando de buque de guerra o aeronave militar

Artículo ciento sesenta y nueve

El Comandante de buque de guerra o aeronave militar encargado de proteger un buque, aeronave o convoy, que lo abandonare en tiempo de

guerra o circunstancias de peligro para la seguridad del escoltado, será castigado con la pena de prisión de diez a veinte años. En los demás casos, se impondrá la pena de prisión de dos a ocho años.

Estos hechos, cometidos por imprudencia, serán castigados con la pena de prisión de uno a seis años en tiempo de guerra o circunstancias de peligro para la seguridad del escoltado, imponiéndose en los demás casos la pena de prisión de tres meses y un día a dos años.

Artículo ciento setenta

El Jefe de una formación naval o áerea, Comandante de buque de guerra o aeronave militar que se hiciere a la mar o emprendiere vuelo sin estar autorizado, se apartare de su derrota o plan de vuelo expresamente ordenado o hiciere arribadas o escalas contrarias a sus instrucciones, será castigado con la pena de seis meses a seis años de prisión. En tiempo de guerra se impondrá la pena de prisión de dos a ocho años.

Se podrá imponer, además, la pena de inhabilitación definitiva para el mando de buque de guerra o aeronave militar.

Artículo ciento setenta y uno

El Comandante de buque de guerra o aeronave militar que, en tiempo de guerra, se viere obligado a varar su buque o aterrizar con aeronave y no los inutilizare, cuando existiere peligro de que caigan en poder enemigo, después de haber agotado todos los recursos y salvar la dotación o tripulación, será castigado con la pena de prisión de uno a seis años. Se podrá imponer, además, la pena de inhabilitación definitiva para el mando de buque o aeronave militar.

Artículo ciento setenta y dos

El Comandante de un buque de guerra o aeronave militar que se hiciere a la mar o emprendiere vuelo sin haber preparado debidamente el buque o aeronave de su mando o sin haber procurado reparar cualquier avería o deterioro grave será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años.

Artículo ciento setenta y tres

Se impondrá la pena de prisión de tres meses y un día a seis años al Comandante de un buque de guerra o aeronave militar que, en caso de peligro para la seguridad de la nave de su mando:

1.º No adoptare las medidas a su alcance o no hiciere uso de los medios disponibles para evitar su pérdida.

2.º Hiciera abandono de la nave, habiendo probabilidades de salvarla o antes de haber cumplido todas sus obligaciones hasta el último momento.

3.º No pusiere todos los medios para salvar la dotación o tripulación personal transportado, material de significado valor o utilidad para el servicio, que se hallare en la nave, o la documentación de a bordo.

4.º No cumpliere los preceptos de ordenanza o las órdenes recibidas para mantener la disciplina.

CAPITULO III

Delitos contra los deberes del servicio a bordo o de ayudas a la navegación

Artículo ciento setenta y cuatro

El militar o miembro de la tripulación de un buque de guerra o de la tripulación de una aeronave militar que en caso de peligro para la seguridad de la nave, la abandonare sin orden expresa, se embarcare en bote auxiliar o utilizare medios de salvamento sin autorización, será castigado con la pena de prisión de cinco a quince años.

Artículo ciento setenta y cinco

El militar o miembro de la dotación de un buque de guerra o de la tripulación de una aeronave militar que variare u ordenare variar el rumbo de la nave dado por su Comandante, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de dos a ocho años.

Artículo ciento setenta y seis

El militar que, para fines ajenos al servicio y sin autorización competente, desatracare buque de guerra u otra embarcación al servicio de la Armada, o emprendiere vuelo en aeronave militar, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a cuatro años. Si estos hechos fueren cometidos por un Oficial, se podrá imponer, además, la pena de inhabilitación definitiva para el mando de buque de guerra o aeronave militar.

Artículo ciento setenta y siete

Será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años el militar o miembro de la dotación de un buque de guerra o de la tripulación de una aeronave militar que:

1.º Modificare u ordenare modificar las condiciones técnicas de su nave, perjudicando sus características de navegación.

2.º Realizare o permitiere en buque de guerra o aeronave militar actos que puedan producir incendios o explosión, o infringiere las disposiciones sobre seguridad de la nave.

3.º Embarcare sin autorización personas, materias explosivas o inflamables, drogas tóxicas o estupefacientes o géneros de ilícito comercio.

Cuando estos delitos fueren realizados por Oficiales, se podrá imponer, además, la pena de inhabilitación definitiva para el mando de buque de guerra o aeronave militar.

Artículo ciento setenta y ocho

El militar que intencionadamente incumpliere sus cometidos como encargado de un servicio de vigilancia del espacio aéreo, control de tránsito, conducción de aeronave o ayudas a la navegación marítima o aérea, será castigado con la pena de uno a seis años de prisión. En tiempo de guerra, se impondrá la pena de prisión de diez a veinte años.

CAPITULO IV**Disposición común***Artículo ciento setenta y nueve*

Los miembros de la tripulación de buques o aeronaves no militares convoyados, bajo escolta o dirección militar, que, en tiempo de guerra o en los supuestos en que fuese declarado el estado de sitio, participaren en la comisión de alguno de los delitos previstos en este título, serán castigados con la mitad inferior de las penas respectivamente establecidas para la dotación del buque de guerra o tripulación de la aeronave militar, pudiendo imponerse la misma pena en supuestos de excepcional gravedad.

Los Capitanes de buques o aeronaves no militares convoyados, bajo escolta o dirección militar y los prácticos a bordo de buque de guerra, serán castigados, en los mismos supuestos, con la mitad inferior de las penas señaladas en cada caso para los Comandantes de buque de guerra o aeronave militar, pudiendo imponerse la pena en toda su extensión en supuestos de excepcional gravedad.

TITULO OCTAVO**Delitos contra la Administración de la Justicia Militar***Artículo ciento ochenta*

El que simulare ante autoridad competente ser responsable o víctima de un delito atribuido a la Jurisdicción Militar y motivare una actuación procesal de ésta, será castigado con la pena de tres meses y un día a un año de prisión.

Artículo ciento ochenta y uno

El militar que obligado a ello, dejase de promover la persecución de delitos de la competencia de la Jurisdicción Militar o que teniendo conocimiento de su comisión no lo pusiese en inmediato conocimiento de sus superiores o lo denunciase a autoridad competente, será castigado con la pena de tres meses y un día, a un año de prisión.

Artículo ciento ochenta y dos

El que durante las distintas fases de tramitación de un procedimiento judicial militar ejerciere coacciones, violencia o intimidación con el fin de

obtener o impedir confesión, testimonio, informe o traducción; será castigado con la pena de un año a seis años de prisión.

Si cometiere cualquier otro delito con los mismos fines del párrafo anterior, incurrirá en la misma pena, sin perjuicio de la correspondiente al otro delito cometido.

Artículo ciento ochenta y tres

El que en procedimiento judicial militar diere falso testimonio, incurrirá en la pena de tres meses y un día a un año de prisión. Si con motivo de testimonio falso recayere sentencia condenatoria, las penas serán de un año a seis años de prisión.

Incurrirán también en el grado máximo de estas penas, en sus respectivos casos, los Peritos que declararen o informaren falsamente en un procedimiento judicial militar.

Artículo ciento ochenta y cuatro

Los que formando parte de un Tribunal militar o en ejercicio de funciones judiciales, dictaren a sabiendas sentencia o resolución injusta, serán castigados con la pena de tres meses y un día a seis años de prisión.

Si la sentencia fuere manifiestamente injusta y se dictare por negligencia o ignorancia inexcusables, se impondrá la pena en su grado mínimo.

Artículo ciento ochenta y cinco

Los que incurrieren en cohecho en un procedimiento judicial militar serán castigados con la pena de tres meses y un día a seis años de prisión.

Artículo ciento ochenta y seis

El que en un procedimiento judicial militar, en su vista o en comparecencia de Tribunales militares de justicia o contra Auditores, Jueces, Fiscales y Secretarios de procedimientos judiciales militares, en el desempeño de sus respectivas funciones o con ocasión de ella, será castigado con la pena de quince a veinticinco años de prisión, si se produjere la muerte; de cinco a quince años de prisión si se le causare lesiones graves y de tres meses y un día a cinco años de prisión en los demás casos.

El militar podrá ser castigado además con la pena de pérdida de empleo.

Artículo ciento ochenta y siete

El que en un procedimiento judicial militar, en su vista o en comparecencias obligadas y legales, cometiere desacato o desobediencia contra Tribunales o Jueces militares, será castigado con la pena de tres meses y un día a seis años de prisión. Si los hechos revistieran grave trascendencia, se impondrá la pena en su mitad mayor.

Artículo ciento ochenta y ocho

Los sentenciados por la Jurisdicción Militar a penas que deban cumplirse en establecimientos penitenciarios militares, que quebrantaren su condena, prisión, conducción o custodia, serán castigados con la pena de tres meses y un día a un año de prisión.

Si el hecho se cometiera previo acuerdo con otros reclusos o con encargados de su prisión o custodia, mediando violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, la pena será de uno a seis años de prisión.

Con igual pena que los autores serán castigados quienes proporcionaren la comisión de este delito.

TITULO NOVENO**Delitos contra la hacienda en el ámbito militar***Artículo ciento ochenta y nueve*

El militar que, simulando necesidades para el servicio o derechos económicos a favor del personal, solicitaré la asignación de crédito presupuestario para atención supuesta, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años.

Si las cantidades así obtenidas se aplicaren en beneficio propio, se impondrá la pena de dos a diez años, que graduará el Tribunal atendiendo en especial al lucro obtenido.

Artículo ciento noventa

El militar que empleare para su fines particulares elementos asignados al servicio o los facilitare a un tercero, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años, a no ser que el hecho revista escasa entidad que será corregido por vía disciplinaria.

Artículo ciento noventa y uno

El militar que, prevaliéndose de su condición, se procurase intereses en cualquier clase de contrato u operación que afecte a la Administración Militar, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a seis años.

Artículo ciento noventa y dos

El militar que, encargado del aprovisionamiento de las Fuerzas Armadas, sustituyere unos efectos por otros o alterase sus cualidades fundamentales o características específicas, será castigado con la pena de prisión de uno a seis años.

En tiempo de guerra se impondrá la pena de tres a diez años de prisión.

Artículo ciento noventa y tres

El que, en tiempo de guerra o estado de sitio, habiendo contratado con la Administración Militar, incumpliere en su integridad las obligaciones contraídas o las cumpliere en condiciones defectuosas que desvirtúen o impidan la finalidad del contrato será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión. Los mismos hechos, cometidos por imprudencia, serán castigados con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años.

Podrá imponerse, además, la suspensión de las actividades de la empresa por un periodo de uno a tres años y, en caso de especial gravedad, la incautación o disolución de la misma.

Artículo ciento noventa y cuatro

El militar que incumpliere las normas sobre material inútil, declarando como tal al que todavía se encontrase en condiciones de prestar servicio, o sustrayendo al control reglamentario, en beneficio propio, al que merezca esta calificación, será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años.

Artículo ciento noventa y cinco

El militar que destruyere, deteriorare, abandonare o sustrajere, total o parcialmente, el equipo reglamentario, materiales o efectos que tenga bajo su custodia o responsabilidad por razón de su cargo o destino, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años, siempre que su valor sea igual o superior a la cuantía mínima establecida en el Código Penal para el delito de hurto.

Si se refiere a material de guerra, armamento o munición, se impondrá la pena de uno a seis años de prisión.

Si estos hechos revistieren especial gravedad, se impondrá la pena de tres a diez años de prisión.

Artículo ciento noventa y seis

El militar que sustrajere o receptare material o efectos que, sin tenerlos bajo su cargo o custodia, estén afectados al servicio de las Fuerzas Armadas, será castigado con la pena de prisión de tres meses y un día a dos años, siempre que su valor sea igual o superior a la cuantía mínima establecida en el Código Penal para el delito de hurto.

Si se refiere a material de guerra, armamento o munición, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión.

Si estos hechos revistieren especial gravedad, se impondrá la pena de dos a ocho años de prisión.

Artículo ciento noventa y siete

El que, con conocimiento de su ilícita procedencia, adquiriere o tuviere en su poder los efectos a que hacen referencia los dos artículos anteriores, será condenado a la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

Si se trata de material de guerra, armamento o munición, se impondrá la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.

Si el hecho revistiere especial gravedad, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión.

DISPOSICION ADICIONAL

La prestación asistencial que en beneficio de militares condenados establecía como efecto de la pena el derogado artículo 224 del Código de Justicia Militar, se mantiene en sus términos como obligación de asistencia social, exigible desde la entrada en vigor de este Código Penal Militar a cargo del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 28/1975, de 27 de junio.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—Los hechos punibles cometidos hasta la entrada en vigor de este Código serán castigados conforme al Código de Justicia Militar que se deroga, a menos que las disposiciones de la nueva Ley Penal Militar sean más favorables para el reo, en cuyo caso se aplicarán éstas, previa audiencia del mismo.

Segunda.—Serán rectificadas de oficio las sentencias firmes no ejecutadas total o parcialmente que se hayan dictado antes de la vigencia de este Código, en las que conforme a él, hubiere correspondido la absolución o una condena más beneficiosa para el reo por aplicación taxativa de sus preceptos y no por el ejercicio del arbitrio judicial.

Tercera.—En las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por hallarse pendientes de recurso, se aplicarán de oficio o a instancia de parte los preceptos de este Código, cuando resulten más favorables al reo, previa audiencia del mismo.

Cuarta.—La Jurisdicción Militar por propia iniciativa o a petición del procesado o de su defensor se inhibirá a favor de los Tribunales o Juzgados de la Jurisdicción Ordinaria de los procedimientos en que no hubiera recaído sentencia y de los que se hallaren conociendo por hechos que hayan dejado de ser de su competencia, con arreglo a lo establecido en la presente Ley Orgánica.

Quinta.—Quienes por aplicación de lo dispuesto en el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, estuvieren cumpliendo penas de privación de libertad en establecimientos penitenciarios militares, seguirán en los mismos hasta su extinción.

DISPOSICION DEROGATORIA

Queda derogado el Tratado II «Leyes Penales» del Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945 en cuanto se refiere a las mismas, así como cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Ley Orgánica, es-

pecialmente aquellas referidas a la aplicación por la Jurisdicción Militar de criterios distintos del de competencia por razón del delito.

DISPOSICION FINAL

El presente Código Penal Militar entrará en vigor el 1 de junio de 1986.

LEY ORGANICA 1/1986, de 8 de enero, de supresión de la Jurisdicción Penal Aeronáutica y adecuación de penas por infracciones aeronáuticas («B. O. E.» núm. 12, de 14 enero 1986.)

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:

Preámbulo

La legislación aeronáutica española se encuentra contenida, básicamente, en la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea y en la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, de 24 de diciembre de 1964. Sin embargo, la evolución experimentada por este sector en los últimos años ha producido una transformación de los entornos jurídicos, político, administrativo, sociológico y tecnológico que gravitan sobre el mismo; razón que hace necesario proceder a la actualización de dicha legislación.

No obstante, la complejidad tecnológica que informa este campo, unida a las derivaciones que la misma origina, aconsejan acometer el esfuerzo de actualización de una forma progresiva, que permita, en un plazo no excesivamente largo, adaptar la normativa vigente a las circunstancias que rigen en la actualidad, a la par que garantice la adecuación de dicho fin a lo dispuesto por el actual ordenamiento jurídico constitucional.

En este sentido se pretende dar cabida, en una primera aproximación, al mandato recogido en el artículo 117 de la Constitución, en su aplicación al campo de la Navegación Aérea, a fin de mantener el principio de unidad jurisdiccional, con la lógica consecución de suprimir la jurisdicción penal aeronáutica que, con carácter especial, rige en la actualidad.

Igualmente parece oportuno precisar la aplicación del principio constitucional de supresión de la pena de muerte y otros aspectos jurídico-penales, sin perjuicio de que la actualización se extienda en su momento a toda la legislación penal aeronáutica.

Asimismo, ante el desfase experimentado por la cuantía de las sanciones pecuniarias contenidas en la Ley de Navegación Aérea, parece preciso proceder a una actualización de las mismas, al efecto de que, hasta el

momento en que se ponga fin al proceso legislativo que por esta Ley se inicia, se asegure el consiguiente efecto sancionador característico de las sanciones pecuniarias.

Estos objetivos son los que se abordan en la presente Ley, cuyo rango orgánico alcanza a las disposiciones que en la misma se expresan, referidas al principio de unidad jurisdiccional, a la supresión de la pena de muerte y a los demás extremos contemplados en el artículo 2º, siendo todos los restantes preceptos de carácter ordinario.

Artículo primero

Se suprime la jurisdicción penal aeronáutica regulada en el Libro Segundo de la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, de 24 de diciembre de 1964. Los Jueces y Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria conocerán de los delitos y faltas tipificados en el Libro Primero de dicha Ley.

En los delitos o faltas cometidos en vuelo, la competencia vendrá determinada por el lugar de primer aterrizaje de la aeronave en territorio nacional, sin perjuicio de la que pueda corresponder a la Audiencia Nacional y a los Juzgados Centrales de Instrucción.

Artículo segundo

Los párrafos que a continuación se expresan de los artículos 4º, 6º, 13, 39 y 45, de la Ley Penal y Procesal Aérea de 24 de diciembre de 1964 quedarán redactados de la siguiente forma:

«Artículo 4º Las penas que se pueden imponer con arreglo a esta Ley son las siguientes:

Penas graves:

Reclusión mayor.

Reclusión menor.

Prisión mayor.

Prisión menor.

Arresto mayor.

Pérdida del título profesional o aeronáutico.

Suspensión del título profesional o aeronáutico de seis meses y un día a seis años.

Multa de 30.000 a 300.000 pesetas.

Penas leves:

Arresto menor.

Suspensión del título profesional o aeronáutico hasta seis meses.

Multa inferior a 30.000 pesetas.

Amonestación.

Artículo 6º, párrafo tercero. Podrá imponerse la pena inmediatamente superior:

1º Si del hecho se derivase grave entorpecimiento en el tráfico aéreo o servicio público, o peligro para la vida o integridad de las personas.

2º Si el culpable fuere el Comandante de la aeronave.

Artículo 13, párrafo tercero. Si a consecuencia del delito se ocasionare la muerte o lesiones graves de alguna persona, se impondrá la pena de reclusión mayor.

Artículo 39, párrafo segundo. La pena de reclusión mayor podrá imponerse en su grado máximo:

1.^o Si el medio violento empleado para la aprehensión de la aeronave la pone en peligro de siniestro.

2.^o Si se hubiere dejado a alguna persona sin medios para salvarse..

Artículo 45, párrafo primero, número 1:

1.^o Con la pena de reclusión mayor, si se ocasionare la muerte del superior agredido.»

Artículo tercero

La cuantía de las multas previstas en el artículo 152 de la Ley número 48/1960, de 21 de julio, queda establecida del siguiente modo:

Tercero. Multa de hasta 100.000 pesetas o por un importe igual a la tarifa aplicable a cada documento de transporte o de vuelo en que se haya cometido infracción.

Quinto. Multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.

Artículo cuarto

La cuantía de las multas previstas en los artículos 154, 155, 156 y 157 de la Ley número 48/1960, de 21 de julio, queda establecida del siguiente modo:

- a) La del artículo 154 de 100.000 a 1.000.000 de pesetas.
- b) La del artículo 155 hasta 1.000.000 de pesetas.
- c) La del artículo 156 hasta 100.000 pesetas.
- d) La del artículo 157 hasta 100.000 pesetas.

DISPOSICION ADICIONAL

El Gobierno podrá revisar la cuantía de las multas establecidas en los artículos 3.^o y 4.^o de la presente Ley, en función de las variaciones que experimente el índice de precios al consumo elaborado por el Instituto Nacional de Estadística.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. El Gobierno, en el plazo de un año a partir de la fecha de promulgación de la presente Ley someterá, a las Cortes Generales un proyecto de ley por el que actualice la Ley número 48/1960, de 21 de julio, sobre navegación aérea y la legislación penal aeronáutica.

Segunda. Hasta que por las Cortes Generales no se apruebe la Ley a que hace referencia la disposición final anterior, las referencias hechas en el Libro Primero de la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, de 24 de diciembre de 1964, al Ministerio del Aire, se entenderán aplicables al Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones. Las referencias hechas a la autoridad judicial aérea se entenderán aplicables al órgano competente de la Jurisdicción Ordinaria.

Tercera. Los artículos 1.^º y 2.^º y las disposiciones transitoria y derogatoria de la presente Ley tienen carácter de ley orgánica. Los demás preceptos contenidos en la misma tendrán naturaleza de ley ordinaria.

DISPOSICION TRANSITORIA

Los procedimientos que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de la presente Ley, por hechos tipificados como delitos o faltas en el Libro Primero de la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, de 24 de diciembre de 1964, pasarán a la Jurisdicción Ordinaria, continuándose su tramitación con arreglo a las normas procesales de dicha Jurisdicción.

DISPOSICION DEROGATORIA

1. Quedan derogados el Libro Segundo, la disposición transitoria y las disposiciones finales de la Ley Penal y procesal de la Navegación Aérea, de 24 de diciembre de 1964.
2. Queda derogado el artículo 2.^º del Real Decreto-ley 45/1978, de 21 de diciembre, en cuanto se oponga a lo dispuesto en la presente Ley.
3. Quedan derogados, igualmente, la disposición final cuarta de la Ley número 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea, en lo que se refiere a la Comisión de Codificación Aeronáutica, y el Decreto de 10 de febrero de 1940, modificado por Decreto de 11 de agosto de 1953, que creó dicha Comisión.

LEY ORGANICA 2/1986, de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. («BOE», núm. 63, de 14 marzo 1986.)

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

Respondiendo fundamentalmente al mandato del artículo 104 de la Constitución —según el cual una Ley Orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y Estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad—, la presente Ley tiene, efectivamente, en su mayor parte carácter de Ley Orgánica y pretende ser omnicomprendiosa, acogiendo la problemática de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales:

a) El carácter de Ley Orgánica viene exigido por el artículo 104 de la Constitución para las funciones, principios básicos de actuación y estatutos genéricamente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; por el artículo 149.1.29.^a para determinar el marco en el que los Estatutos de Autonomía pueden establecer la forma de concretar la posibilidad de creación de policías de las respectivas Comunidades y por el artículo 1.48.1.22.^a, para fijar los términos dentro de los cuales las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en cuanto a «la coordinación y demás facultades en relación con las policías locales».

Respecto a la Policía Judicial, el carácter de Ley Orgánica se deduce del contenido del artículo 126 de la Constitución, ya que, al regular las relaciones entre la Policía y el Poder Judicial, determina, indirecta y parcialmente, los estatutos de ambos y, al concretar las funciones de la Policía Judicial, incide en materias propias de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y concretamente en lo relativo a la «averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente», que constituyen zonas de delimitación de derechos fundamentales de la persona.

Sin embargo, otros aspectos del Proyecto de Ley —especialmente los relativos al proceso de integración de los Cuerpos Superior de Policía y de Policía Nacional en el Cuerpo Nacional de Policía— no tienen el carácter de Ley Orgánica, lo que impone la determinación, a través de una disposición final, de los preceptos que tiene carácter de Ley Orgánica.

b) El objetivo principal de la Ley se centra en el diseño de las líneas maestras del régimen jurídico de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en su conjunto, tanto de las dependientes del Gobierno de la Nación como de las Policias Autónomas y Locales, estableciendo los principios básicos de actuación comunes a todos ellos y fijando sus criterios estatutarios fundamentales.

A ello parece apuntar la propia Constitución cuando en el artículo 104,2 se remite a una Ley Orgánica para determinar las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en contraposición a la matización efectuada en el número 1 del mismo artículo, que se refiere exclusivamente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad dependientes del Gobierno de la Nación.

La seguridad pública constituye una competencia difícil de parcelar, toda vez que no permite delimitaciones o definiciones, con el rigor y precisión admisibles en otras materias. Ello es así porque las normas ordenadoras de

la seguridad pública no contemplan realidades físicas tangibles, sino eventos meramente previstos para el futuro, respecto a los cuales se ignora el momento, el lugar, la importancia y, en general, las circunstancias y condiciones de aparición.

Hay que tener en cuenta a este respecto la ocupación por parte de la seguridad pública de un terreno de encuentro de las esferas de competencia de todas las Administraciones Públicas —aunque el artículo 149.1 de la Constitución la enumere, en su apartado 29, entre las materias sobre las cuales el Estado tiene competencia exclusiva— y las matizaciones y condicionamientos con que la configura el texto constitucional, lo que hace de ella una de las materias compatibles por todos los poderes públicos, si bien con estatutos y papeles bien diferenciados.

Es la naturaleza fundamental y el carácter peculiarmente compatible de la materia lo que determina su tratamiento global en un texto conjunto, a través del cual se obtenga una panorámica general y clarificadora de todo su ámbito, en vez de parcelarla en textos múltiples de difícil o imposible coordinación.

La existencia de varios colectivos policiales que actúan en un mismo territorio con funciones similares y, al menos parcialmente, comunes, obliga necesariamente a dotarlos de principios básicos de actuación idénticos y de criterios estatutarios también comunes, y el mecanismo más adecuado para ello es reunir sus regulaciones en un texto legal único que constituye la base más adecuada para sentar el principio fundamental de la materia: El de la cooperación recíproca y de coordinación de las fuerzas y Cuerpos de Seguridad pertenecientes a todas las esferas administrativas.

II

Con apoyo directo en el artículo 149.1.29.^a, en relación con el 104.1 de la Constitución, la ley recoge el mantenimiento de la seguridad pública que es competencia exclusiva del Estado, correspondiente su mantenimiento al Gobierno de la Nación y al de las demás Administraciones públicas, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, dedicando sendos capítulos a la determinación de los principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y a la exposición de las disposiciones estatutarias comunes:

a) Siguiendo las líneas marcadas por el Consejo de Europa, en su «Declaración» sobre la Policía, y por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el «Código de conducta para funcionarios encargado de hacer cumplir la Ley», se establecen los principios básicos de actuación como un auténtico «Código Deontológico», que vincula a los miembros de todos los colectivos policiales imponiendo el respeto de la Constitución, el servicio permanente a la comunidad, la adecuación entre fines y medios, como criterio orientativo de su actuación, el secreto profesional, el respeto al honor y dignidad de la persona, la subordinación a la autoridad y la responsabilidad en el ejercicio de la función.

Los principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad son los ejes fundamentales, en torno a los cuales gira el desarrollo de las funciones policiales, derivando a su vez de principios constitucionales más generales, como el de legalidad o adecuación al ordenamiento jurídico, o de características estructurales, como la especial relevancia de los principios de jerarquía y subordinación, que no eliminan, antes potencian, el respeto al principio de responsabilidad por los actos que lleven a cabo.

La activa e intensa compenetración entre la colectividad y los funcionarios policiales —que constituye la razón de ser de éstos y es determinante del éxito o fracaso de su actuación—, hace aflorar una serie de principios que, de una parte, manifiestan la relación directa del servicio de la Policía respecto a la comunidad y, de otra parte, como emanación del principio constitucional de igualdad ante la Ley, la exigen la neutralidad política, la imparcialidad y la evitación de cualquier actuación arbitraria o discriminatoria.

Por encima de cualquier otra finalidad, la Ley pretende ser el inicio de una nueva etapa en la que destaque la consideración de la Policía como un servicio público dirigido a la protección de la comunidad, mediante la defensa del ordenamiento democrático.

A través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se ejerce el monopolio, por parte de las Administraciones Públicas, del uso institucionalizado de la coacción jurídica, lo que hace imprescindible la utilización de armas por parte de los funcionarios de Policía. Ello, por su indudable trascendencia sobre la vida y la integridad física de las personas, exige el establecimiento de límites y la consagración de principios, sobre moderación y excepcionalidad en dicha utilización, señalando los criterios y los supuestos claros que la legítima, con carácter excluyente.

También en el terreno de la libertad personal entran en tensión dialéctica la necesidad de su protección por parte de la Policía y el peligro, no por meramente posible y excepcional menos real, de su invasión; por cuya razón, en torno al tratamiento de los detenidos, se articulan obligaciones terminantes sobre la protección de su vida, integridad física y dignidad moral y sobre el estricto cumplimiento de los trámites, plazos y requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico.

Novedad a destacar es el significado que se da al principio de obediencia debida, al disponer que la misma en ningún caso podrá amparar actos manifiestamente ilegales ordenados por los superiores, siendo también digna de mención la obligación que se impone a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de evitar cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral.

Hay que señalar, finalmente, en este apartado, la estrecha interdependencia que refleja la Ley, entre el régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía —que lógicamente se habrá de tener en cuenta al elaborar los de otras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad— y los principios básicos de actuación, como garantía segura del cumplimiento de la finalidad de éstos.

b) En el aspecto estatutario, la Ley pretende configurar una organización policial, basada en criterios de profesionalidad y eficacia, atribuyendo

una especial importancia a la formación permanente de los funcionarios y a la promoción profesional de los mismos.

Los funcionarios de Policía materializan el eje de un difícil equilibrio, de pesos y contrapesos, de facultades y obligaciones, ya que deben proteger la vida y la integridad de las personas, pero vienen obligados a usar armas; deben tratar correcta y esmeradamente a los miembros de la comunidad, pero han de actuar con energía y decisión cuando las circunstancias lo requieran. Y la balanza capaz de lograr ese equilibrio, entre tales fuerzas contrapuestas, no puede ser otra que la exigencia de una actividad de formación y perfeccionamiento permanentes —respecto a la cual se pone un énfasis especial—, sobre la base de una adecuada selección que garantice el equilibrio psicológico de la persona.

La constitucionalización del tema de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad es una necesidad y una lógica derivación de su misión trascendental, en cuanto a la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades que, en el contexto de la Constitución, son objeto de su título I y principal, ya que integran la Carta Magna del ciudadano español. Esta es la razón que determina el particular relieve con que la Ley resalta la promesa o juramento de acatar y cumplir la Constitución por parte de los miembros de todos los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, que no constituye un mero trámite o formalismo, sino un requisito esencial, constitutivo de la condición policial y al mismo tiempo símbolo o emblema de su alta misión.

Por lo demás, con carácter general, se regula la práctica totalidad de los aspectos esenciales, integrantes de su estatuto personal (promoción profesional, régimen de trabajo, sindicación, incompatibilidades, responsabilidad), procurando mantener el necesario equilibrio, entre el reconocimiento y respeto de los derechos personales y profesionales y las obligadas limitaciones a que ha de someterse el ejercicio de algunos de dichos derechos, en razón de las especiales características de la función policial.

Especial mención merece, a este respecto, la interdicción de la huelga o de las acciones sustitutivas de la misma, que se lleva a cabo, dentro del marco delimitado por el artículo 28 de la Constitución, en aras de los intereses preeminentes que corresponde proteger a los Cuerpos de Seguridad, al objeto de asegurar la prestación continuada de sus servicios, que no admite interrupción. Lógicamente, como lo exige la protección de los derechos personales y profesionales de estos funcionarios, la Ley prevé la determinación de los cauces de expresión y solución de los conflictos que puedan producirse por razones profesionales.

El sistema penal y procesal diseñado, con carácter general, es el que ya se venía aplicando para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, suspendiéndose el expediente disciplinario mientras se tramita el proceso penal, aunque permitiendo la adopción de medidas cautelares hasta tanto se dicte sentencia firme.

III

Con fundamentación directa en el artículo 104 e indirecta en el artículo 8, ambos de la Constitución, la Ley declara, a todos los efectos, la naturaleza de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que corresponde al Cuerpo Nacional de Policía —nacido de la integración de los Cuerpos Superior de Policía y de Policía Nacional— y al Cuerpo de la Guardia Civil.

a) El capítulo II del título II se dedica a enumerar las funciones que deben realizar las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, siguiendo para ello el reparto de competencias al que se considera que apunta la Constitución. Pero es necesario efectuar algunas precisiones, que afectan al modelo policial que diseña la Ley, para comprender mejor por qué se asignan ciertas competencias al Estado, mientras que otras se otorgan a los demás Entes públicos territoriales.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que, en perfecta congruencia con el artículo 149.1.29.^a, el artículo 104.1 de la Constitución atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

En segundo lugar, hay que aludir a todas las funciones de carácter «extracomunitario» o «supracomunitario», según la expresión usada en los Estatutos de Autonomía para el País Vasco y para Cataluña. Entre ellas, está la competencia en materia de armas y explosivos, que también la propia Constitución ha reservado al Estado de modo expreso y, además, se encuentra la vigilancia de puertos, aeropuertos, costas y fronteras, aduanas, control de entrada y salida del territorio nacional, de españoles y extranjeros, régimen general de extranjería, extradición, emigración e inmigración, pasaportes y documento nacional de identidad, resguardo fiscal del Estado, contrabando, fraude fiscal al Estado y colaboración y auxilio a policías extranjeras.

Por lo que se refiere a las funciones propias de información y de policía judicial, la atribución es objeto de la adecuada matización. Porque la formulación del artículo 126 de la Constitución concibe la Policía Judicial estrechamente conectada con el Poder Judicial, que es único en toda España —y la Constitución insiste en ello, poniendo de relieve la idea de unidad jurisdiccional (artículo 117.5)— disponiendo su gobierno por un órgano único, el Consejo General del Poder Judicial (artículo 122.2), estableciendo que los Jueces y Magistrados se integren en un Cuerpo único (artículo 122.1) y atribuyendo al Estado competencias plenas en materia de administración de justicia (artículo 149.1.5.^a). Pero no se pueden desconocer las exigencias de la realidad y los precedentes legislativos, constituidos, sobre todo, por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que obligan a admitir la colaboración de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, en el ejercicio de la indicada función de Policía Judicial.

En otro aspecto, en cuanto a la distribución de las funciones atribuidas a la Administración del Estado, la Ley sigue los precedentes existentes, que deslindaban expresamente las correspondientes a los diversos Cuerpos de

Seguridad del Estado, si bien, en casos excepcionales, al objeto de conseguir la óptima utilización de los medios disponibles y la racional distribución de efectivos, se adoptan las previsiones necesarias para que cualquiera de dichos Cuerpos pueda asumir en zonas o núcleos determinados todas o algunas de las funciones asignadas al otro Cuerpo.

b) De la necesidad de dar cumplimiento al artículo 104.2 de la Constitución, se deduce que el régimen estatutario de la Guardia Civil debe ser regulado en la Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Ello significa que la Guardia Civil, como Cuerpo de Seguridad, sin perjuicio de realizar en determinadas circunstancias misiones de carácter militar, centra su actuación en el ejercicio de funciones propiamente policiales, ya sea en el ámbito judicial o en el administrativo.

En consecuencia, sin perjuicio del estatuto personal atribuible a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil —por razones de feroe, disciplina, formación y mando—, debe considerarse normal su actuación en el mantenimiento del orden y la seguridad pública, función en la que deben concentrarse, en su mayor parte, las misiones y servicios asumibles por la Guardia Civil.

Con todo ello, se pretende centrar a la Guardia Civil en la que es su auténtica misión en la sociedad actual: garantía del libre ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución y la protección de la seguridad ciudadana, dentro del colectivo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

c) Por lo que se refiere a la Policía, la Ley persigue dotar a la institución policial de una organización racional y coherente, a cuyo efecto, la medida más importante que se adopta es la integración de los Cuerpos Superior de Policía y Policía Nacional en un solo colectivo, denominado Cuerpo Nacional de Policía. De este modo, además de solucionar posibles problemas de coordinación y mando, se homogeneizan, en un solo colectivo, Cuerpos que realizan funciones similares o complementarias, con lo que se pue de lograr un incremento en la efectividad del servicio.

En el aspecto estatutario, se consagra la naturaleza civil del nuevo Cuerpo, si bien, dadas las especiales características que inciden en la función policial y la repercusión que sobre los derechos y libertades tienen sus actuaciones, se establecen determinadas peculiaridades, en materia de régimen de asociación sindical y en cuanto al régimen disciplinario.

El nuevo Cuerpo se estructura en cuatro Escalas —Superior, Ejecutiva, de Subinspección y Básica—, algunas de las cuales se subdividen en categorías para possibilitar la mejor prestación de los servicios de un colectivo jerarquizado e incentivar a los funcionarios mediante la promoción interna, y en ellas se irán integrando, en un proceso gradual, pero ininterrumpido, los actuales miembros de los dos Cuerpos que se extinguieren, siguiendo estrictos criterios de superior categoría o empleo, antigüedad y orden escalafonal.

Se fija la edad de jubilación forzosa del nuevo Cuerpo en sesenta y cinco años, unificando así la edad de jubilación de la Policía con el resto de los funcionarios públicos; complementariamente, se adopta la previsión

de desarrollar por Ley el pase a la segunda actividad, a las edades que exijan las funciones a desarrollar, teniendo en cuenta que las condiciones físicas son especialmente determinantes de la eficacia en el ejercicio de la profesión policial.

Por lo que respecta al régimen disciplinario, sin perjuicio de respetar las garantías procedimentales exigidas por la Constitución, se configura una regulación específica rápida y eficaz, inspirada en principios acordes con la estructura y organización jerarquizada del Cuerpo, con el propósito de conseguir la ejemplaridad, a través de la inmediación de las sanciones.

En cuanto al derecho de sindicación, se reconoce plenamente su ejercicio, si bien se introducen determinadas limitaciones —amparadas en el artículo 28.1 de la Constitución, y en correspondencia con el tratamiento de la materia, efectuado por el artículo 1.º, 5, de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad Sindical—, que se justifican en el carácter de Instituto armado que la Ley atribuye al Cuerpo.

d) Con antecedente básico en el artículo 126 de la Constitución, en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el Estatuto del Ministerio Fiscal, la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad completa el régimen regulador de la Policía Judicial, sentando las bases para la organización de unidades de Policía, encargadas del ejercicio de dicha función.

La organización se llevará a cabo con miembros de los dos Cuerpos de Seguridad del Estado, que habrán de recibir una formación especializada, configurándose la Policía Judicial, en el terreno doctrinal y docente, como una especialidad policial, y, considerándose el Diploma correspondiente como requisito necesario para desempeñar puestos en las unidades que se constituyan.

Los avances de la criminalidad moderna exigen que deba lucharse contra la misma con grandes medios y efectivos, utilizando las técnicas de la policía científica y contando con la colaboración de las Policias de otros Estados, por la facilidad con que los delincuentes traspasan las fronteras. Sólo desde la perspectiva del Estado puede hacerse frente con éxito al reto de dicha criminalidad, disponiendo del concurso de unidades de contrastada experiencia y alto índice de eficacia.

Como las Unidades de Policía Judicial son el puente de unión entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y el Poder Judicial, es punto central de regulación de aquéllas, el tratamiento de las correspondientes relaciones de dependencia, respecto a Jueces y Fiscales, así como el procedimiento de adscripción de funcionarios o equipo de Policía de dichas Unidades.

La Ley concreta el contenido de esta relación de dependencia singular, especificando las facultades que comporta para los Jueces y Tribunales, y saca la consecuencia de la formación especializada de los funcionarios de las Unidades de Policía Judicial en cuanto a su actuación, estrechamente controlada por aquéllos.

En definitiva, siguiendo el mandato constitucional, se ha procedido a regular la adscripción funcional, como la califica la Constitución, respecto a Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal, con la seguridad de que se cubri-

rán mejor las necesidades en la medida en que la Policía mantengan su estructura unitaria y su organización vinculadas a mandos únicos. Por ello, y salvo las especialidades concretadas en el capítulo correspondiente de la Ley, será aplicable al personal de las Unidades de Policía Judicial el régimen general de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

IV

El título III, con rúbrica «De las Comunidades Autónomas», pretende desarrollar la previsión contenida en el artículo 148.1.22.^a de la Constitución.

a) Siguiendo a la Constitución, se distingue entre Comunidades Autónomas con Cuerpos de Policía propios, ya creados, Comunidades cuyos Estatutos prevén la posibilidad de creación de Policias y Comunidades cuyos Estatutos no contienen tal previsión; ofreciéndose a las segundas la posibilidad de ejercer sus competencias policiales, acudiendo a la adscripción de Unidades del Cuerpo Nacional de Policía:

Para comprender el reparto de competencias, entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en materia de seguridad, es preciso señalar que tal delimitación tiene dos soportes fundamentales: la presente Ley Orgánica y los Estatutos. En el esquema de ordenación normativa que la Constitución estableció, se encomienda a una Ley Orgánica del Estado la fijación del marco de regulación de las Policias Autónomas, mientras que a los Estatutos les corresponde determinar la forma de creación de las mismas.

El Tribunal Constitucional ha usado ya, en diversas ocasiones, la noción de «bloque de constitucionalidad», para referirse a los instrumentos normativos que, junto con la Constitución misma y como complemento de ella, es preciso tener en cuenta para fijar con exactitud el régimen de una determinada competencia (Sentencias de 23 de marzo y 24 de mayo de 1981).

La pieza normativa en la que se relacionan de modo principal las competencias autonómicas es, sin duda, el Estatuto. Pero no es la única, ni es tampoco la norma de aplicación exclusiva para resolver los problemas interpretativos que pueden suscitarse. Son, por el contrario, los preceptos de la Constitución el marco de referencia más general y permanente; «no agotando su virtualidad en el momento de la aprobación del Estatuto de Autonomía, sino que continuarán siendo preceptos operativos en el momento de realizar la interpretación de los preceptos de éste, a través de los cuales se realiza la asunción de competencias por la Comunidad Autónoma» (Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de mayo de 1982).

b) Una vez sentadas las precedentes consideraciones y como complemento de las efectuadas al abordar la competencia del Estado, conviene poner de manifiesto que, en la asignación de funciones generales a las Comunidades Autónomas, se distingue entre aquellas competencias necesarias, que ineludiblemente deben respetarse —vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones y coordinación de las Policias Locales— y las de libre disposición del legislador estatal.

Por conexión con las primeras, se ha estimado procedente extenderlas

a la protección de las personalidades autonómicas y a la vigilancia y protección de los demás bienes de la Comunidad. Y, de la atribución específica de otras competencias, surge también la relativa al uso de la coacción administrativa, para obtener la objetividad de los actos o decisiones de las Comunidades Autónomas.

Entre las funciones, calificadas de concurrentes o de colaboración, deben mencionarse especialmente las relativas a la vigilancia de espacios públicos, protección de manifestaciones y mantenimiento del orden en grandes concentraciones humanas, si bien permitiendo la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a requerimiento de las autoridades de la Comunidad o cuando lo estimen necesario las autoridades estatales competentes.

Este sistema de competencias tiene una única excepción en el caso de aquellas Comunidades Autónomas que dispongan de Cuerpos de Policía propios, a la entrada en vigor de la presente Ley, a las cuales, por razones de respeto a las situaciones creadas, así como de funcionalidad y eficacia, se les permite mantener su actual régimen de competencias, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas estatutarias y orgánicas comunes previstas en la presente Ley.

Por último, en materia de competencias autonómicas, tiene entidad propia la coordinación de las Policias Locales. Según la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de abril de 1983, la coordinación es un concepto que usa la Constitución como instrumento para la fijación de medios y sistemas de relación, con objeto de lograr una cierta homogeneidad y hacer posibles, en su caso, actuaciones conjuntas y la colaboración mutua. Atendiendo a esta consideración general y a los preceptos normativos de las Comunidades, el desarrollo del artículo 148.1.22.^a, en cuanto a la coordinación y demás facultades en relación con las Policias Locales, se desarrolla ampliamente, con gran riqueza de posibilidades de coordinación y con carácter común respecto a todas las Comunidades que hayan asumido competencias sobre la materia, ya que estas facultades se han de ejecutar por los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y no por las Policias de éstas, lo que hace indiferente, a este respecto, el hecho de que las hayan creado o no.

c) El régimen estatutario será el que determine la Comunidad respectiva, con sujeción a las bases que en la Ley se establecen, como principios mínimos que persiguen una cierta armonización entre todos los colectivos que se ocupan de la seguridad. Tales principios mínimos son los establecidos en los capítulos I y III del título I de la propia Ley, y por ello, únicamente debe resaltarse: El reconocimiento de la potestad reglamentaria de las Comunidades Autónomas; la intervención, en el proceso de creación de los Cuerpos, del Consejo de Política de Seguridad, obedeciendo a consideraciones de planificación, de coordinación y de interés general, y la atribución, también de carácter general, con numerosos precedentes históricos y estatutarios, a los Jefes y Oficiales de las Fuerzas Armadas y Mandos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de la aptitud para su designación como Mandos de los Cuerpos de las Policias Autónomas, previa realización de un curso de especialización para tal misión en la Escuela General de Policía.

d) El artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, reconoce competencias a los municipios en materias de seguridad en lugares públicos y de ordenación del tráfico de personas y vehículos en las vías urbanas.

A partir del reconocimiento de dichas competencias, la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad admite distintas modalidades de ejecución de las mismas, desde la creación de Cuerpos de Policía propios, por parte de las Corporaciones Locales, hasta la utilización de personal auxiliar de custodia y vigilancia.

Por lo que respecta a las funciones, dado que no existe ningún condicionamiento constitucional, se ha procurado dar a las Corporaciones Locales una participación en el mantenimiento de la seguridad ciudadana, coherente con el modelo diseñado, presidido por la evitación de duplicidades y concurrencias innecesarias y en función de las características propias de los Cuerpos de Policía Local y de la actividad que tradicionalmente vienen realizando.

Sin la distinción formal, que aquí no tiene sentido, entre competencias exclusivas y concurrentes, se atribuyen a las Policias Locales las funciones naturales y constitutivas de toda policía; recogiéndose como específica la ya citada de ordenación, señalización y dirección del tráfico urbano; añadiendo la de vigilancia y protección de personalidades y bienes de carácter local, en concordancia con los cometidos similares de los demás Cuerpos policiales, y atribuyéndoles también las funciones de colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en materia de policía judicial y de seguridad ciudadana.

Y como, obviamente, se reconoce la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la materia y se parte de la autonomía municipal para la ordenación complementaria de este tipo de policía, la Ley Orgánica, en cuanto a régimen estatutario, se limita a reiterar la aplicación a las Policias Locales de los criterios generales establecidos en los capítulos II y III del título I.

V

Sobre la base de la práctica indivisibilidad de la seguridad pública y del consiguiente carácter concurrente del ejercicio de la competencia sobre la misma, dentro del respeto a la autonomía de las distintas esferas de la Administración Pública, la Ley ha querido resaltar la necesidad de intercomunicación entre los Cuerpos de Seguridad de dichas esferas administrativas y, por ello, inmediatamente después de enumerar en el artículo 2.^º cuáles son esos Cuerpos, proclama en su artículo 3.^º, como un elemento constitutivo de todos ellos, el principio de cooperación recíproca y de coordinación orgánica.

El principio de cooperación recíproca reaparece en el artículo 12 para cualificar las relaciones entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; se vuelve a reflejar al efectuar la clasificación de las funciones de las Policias Autónomas, en el artículo 38, uno de cuyos grupos es el de las

funciones de colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y se pone de relieve también en el artículo 53, respecto a las funciones de los Cuerpos de Policía Local.

Pero, precisamente como garantía de eficacia de la colaboración entre los miembros de los Cuerpos de Policía de las distintas esferas administrativas territoriales, la Ley ha considerado necesario establecer también unos cauces institucionalizados de auxilio y cooperación y unos mecanismos orgánicos de coordinación.

Los cauces de auxilio y cooperación responden a los supuestos de insuficiencia de medios, que pueden concurrir en algunas Comunidades Autónomas, en cuyos casos las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado coadyuvarán a la realización de sus funciones policiales, o se llevará a cabo la adscripción funcional de Unidades del Cuerpo Nacional de Policía a las Comunidades Autónomas que no dispongan de Policía propia, y sí de la posibilidad de crearla, recogida en sus Estatutos.

En cuanto a los mecanismos orgánicos de coordinación, el Derecho comparado ofrece modelos acabados de articulación de las diferentes piezas orgánicas en materia de seguridad, con base en los cuales se ha optado por la creación de un órgano político —el Consejo de Política de Seguridad—, de composición paritaria, presidido por el Ministro del Interior e integrado por los Consejeros de Interior o Gobernación de las Comunidades Autónomas, asistido por un órgano de carácter técnico, denominado Comité de Expertos.

Dichos órganos elaborarán fórmulas de coordinación, acuerdos, programas de formación, de información y de actuaciones conjuntas; correspondiéndoles también la elaboración de directrices generales y el dictamen de las disposiciones legales que afecten a los Cuerpos de Policía.

En cualquier caso, más que de coordinación coercitiva o jerárquica, se trata de una coordinación de carácter informativo, teniendo en cuenta el carácter paritario de los órganos previstos, de acuerdo con el precedente establecido en el artículo 4.^º de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, reguladora del proceso autonómico, con apoyo en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

En los niveles autonómico y local se recoge la posibilidad de constituir Juntas de Seguridad en las Comunidades Autónomas y en los municipios que dispongan de Cuerpos de Policía propios, para armonizar su actuación y la de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, como mecanismo complementario de coordinación operativa, puesto que la coordinación general se atribuye a los órganos antes citados.

TITULO PRIMERO**De los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad****CAPITULO PRIMERO****Disposiciones generales***Artículo primero*

1. La seguridad pública es competencia exclusiva del Estado. Su mantenimiento corresponde al Gobierno de la Nación.
2. Las Comunidades Autónomas participarán en el mantenimiento de la seguridad pública en los términos que establezcan los respectivos Estatutos y en el marco de esta Ley.
3. Las Corporaciones Locales participarán en el mantenimiento de la seguridad pública en los términos establecidos en la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local y en el marco de esta Ley.
4. El mantenimiento de la seguridad pública se ejercerá por las distintas Administraciones Públicas a través de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Artículo segundo

Son Fuerzas y Cuerpos de Seguridad:

- a) Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la Nación.
- b) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas.
- c) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales.

Artículo tercero

Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ajustarán su actuación al principio de cooperación recíproca y su coordinación se efectuará a través de los órganos que a tal efecto establece esta Ley.

Artículo cuarto

1. Todos tienen el deber de prestar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el auxilio necesario en la investigación y persecución de los delitos en los términos previstos legalmente.
2. Las personas y entidades que ejerzan funciones de vigilancia, seguridad o custodia referidas a personal y bienes o servicios de titularidad pública o privada tienen especial obligación de auxiliar o colaborar en todo momento con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

CAPITULO II**Principios básicos de actuación***Artículo quinto*

Son principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad los siguientes:

1. Adecuación al ordenamiento jurídico, especialmente:
 - a) Ejercer su función con absoluto respeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.
 - b) Actuar, en el cumplimiento de sus funciones, con absoluta neutralidad política e imparcialidad y, en consecuencia, sin discriminación alguna por razón de raza, religión u opinión.
 - c) Actuar con integridad y dignidad. En particular, deberán abstenerse de todo acto de corrupción y oponerse a él resueltamente.
 - d) Sujetarse en su actuación profesional, a los principios de jerarquía y subordinación. En ningún caso, la obediencia debida podrá amparar órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito o sean contrarios a la Constitución o a las Leyes.
 - e) Colaborar con la Administración de Justicia y auxiliarla en los términos establecidos en la Ley.
2. Relaciones con la comunidad. Singularmente:
 - a) Impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral.
 - b) Observar en todo momento un trato correcto y esmerado en sus relaciones con los ciudadanos, a quienes procurarán auxiliar y proteger, siempre que las circunstancias lo aconsejen o fueren requeridos para ello. En todas sus intervenciones, proporcionarán información cumplida, y tan amplia como sea posible, sobre las causas y finalidad de las mismas.
 - c) En el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance.
 - d) Solamente deberán utilizar las armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior.
3. Tratamiento de detenidos, especialmente.
 - a) Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán identificarse debidamente como tales en el momento de efectuar una detención.
 - b) Velarán por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y la dignidad de las personas.

c) Darán cumplimiento y observarán con la debida diligencia los trámites, plazos y requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico, cuando se proceda a la detención de una persona.

4. Dedicación profesional.

Deberán llevar a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo intervenir siempre, en cualquier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana.

5. Secreto profesional.

Deberán guardar riguroso secreto respecto a todas las informaciones que conozcan por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones. No estarán obligados a revelar las fuentes de información salvo que el ejercicio de sus funciones o las disposiciones de la Ley les impongan actuar de otra manera.

6. Responsabilidad.

Son responsables personal y directamente por los actos que en su actuación profesional lleven a cabo, infringiendo o vulnerando las normas legales, así como las reglamentarias que rijan su profesión y los principios enunciados anteriormente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que pueda corresponder a las Administraciones Públicas por las mismas.

CAPITULO III

Disposiciones estatutarias comunes

Artículo sexto

1. Los Poderes Públicos promoverán las condiciones más favorables para una adecuada promoción profesional, social y humana de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de acuerdo con los principios de objetividad, igualdad de oportunidades, mérito y capacidad.

2. La formación y perfeccionamiento de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad se adecuará a los principios señalados en el artículo 5.^º y se ajustará a los siguientes criterios:

a) Tendrá carácter profesional y permanente.

b) Los estudios que se cursen en los centros de enseñanza dependientes de las diferentes Administraciones públicas podrán ser objeto de convalidación por el Ministerio de Educación y Ciencia, que a tal fin tendrá en cuenta las titulaciones exigidas para el acceso a cada uno de ellos y la naturaleza y duración de dichos estudios.

c) Para impartir las enseñanzas y cursos referidos se promoverá la colaboración institucional de la Universidad, el Poder Judicial, el Ministerio Fiscal, las Fuerzas Armadas y de otras Instituciones, Centros o establecimientos que específicamente interesen a los referidos fines docentes.

3. Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán jurar o prometer acatamiento a la Constitución como norma fundamental del Estado.

4. Tendrán derecho a una remuneración justa, que contemple su nivel de formación, régimen de incompatibilidades, movilidad por razones de servicio, dedicación y el riesgo que comporta su misión, así como la especificidad de los horarios de trabajo y su peculiar estructura.

5. Reglamentariamente se determinará su régimen de horario de servicio que se adaptará a las peculiares características de la función policial.

6. Los puestos de servicio en las respectivas categorías se proveerán conforme a los principios de mérito, capacidad y antigüedad, a tenor de lo dispuesto en la correspondiente reglamentación.

7. La pertenencia a las fuerzas y Cuerpos de Seguridad es causa de incompatibilidad para el desempeño de cualquier otra actividad pública o privada, salvo aquellas actividades exceptuadas de la legislación sobre incompatibilidades.

8. Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no podrán ejercer en ningún caso el derecho de huelga, ni acciones sustitutivas del mismo o concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios.

9. El régimen disciplinario, sin perjuicio de la observancia de las debidas garantías, estará inspirado en unos principios acordes con la misión fundamental que la Constitución les atribuye y con la estructura y organización jerarquizada y disciplinada propias de los mismos.

Artículo séptimo

1. En el ejercicio de sus funciones, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tendrán a todos los efectos legales el carácter de Agentes de la Autoridad.

2. Cuando se cometiera delito de atentado, empleando en su ejecución armas de fuego, explosivos u otros medios de agresión de análoga peligrosidad, que puedan poner en peligro grave la integridad física de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, tendrán al efecto de su protección penal la consideración de Autoridad.

3. La Guardia Civil sólo tendrá consideración de fuerza armada en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden, de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

Artículo octavo

1. La jurisdicción ordinaria será la competente para conocer de los delitos que se cometan contra miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, así como de los cometidos por éstos en el ejercicio de sus funciones.

Iniciadas unas actuaciones por los Jueces de Instrucción, cuando éstos entiendan que existen indicios racionales de criminalidad por la conducta de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, suspenderán sus actuaciones y las remitirán a la Audiencia Provincial correspondiente, que será la competente para seguir la instrucción, ordenar, en su caso, el procesamiento y dictar el fallo que corresponda.

Cuando el hecho fuese constitutivo de falta, los jueces de instrucción serán competentes para la instrucción y el fallo, de conformidad con las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se exceptúa de lo dispuesto en los párrafos anteriores los supuestos en que sea competente la jurisdicción militar.

2. El cumplimiento de la prisión preventiva y de las penas privativas de libertad por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se realizarán en establecimientos penitenciarios ordinarios, con separación del resto de detenidos o presos.

3. La iniciación de procedimiento penal contra miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no impedirá la incoación y tramitación de expedientes gubernativos o disciplinarios por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente sólo podrá producirse cuando la sentencia recaída en el ámbito penal sea firme, y la declaración de hechos probados vinculará a la Administración. Las medidas cautelares que puedan adoptarse en estos supuestos podrán prolongarse hasta que recaiga resolución definitiva en el procedimiento judicial, salvo en cuanto a la suspensión de sueldo en que se estará a lo dispuesto en la legislación general de funcionarios.

TITULO II

De las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado

CAPITULO I

Disposiciones generales

Artículo noveno

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ejercen sus funciones en todo el territorio nacional y están integradas por:

a) El Cuerpo Nacional de Policía, que es un Instituto Armado de naturaleza civil, dependiente del Ministro del Interior.

b) La Guardia Civil, que es un Instituto Armado de naturaleza militar, dependiente del Ministro del Interior, en el desempeño de las funciones que esta Ley le atribuye, y del Ministro de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que éste o el Gobierno le encomienden. En tiempo de guerra y durante el estado de sitio, dependerá exclusivamente del Ministro de Defensa.

Artículo diez

1. Corresponde al Ministro del Interior la administración general de la seguridad ciudadana y el mando superior de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, así como la responsabilidad de las relaciones de colaboración y auxilio con las Autoridades policiales de otros países, conforme a lo establecido en Tratados y Acuerdos Internacionales.

2. Bajo la inmediata autoridad del Ministro del Interior, dicho mando será ejercido en los términos establecidos en esta Ley por el Director de la Seguridad del Estado, del que dependen directamente las Direcciones Generales de la Guardia Civil y de la Policía, a través de las cuales coordinará la actuación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

3. En cada provincia, el Gobernador Civil ejercerá el mando directo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con sujeción a las directrices de los órganos mencionados en los apartados anteriores, sin perjuicio de la dependencia funcional de las Unidades de Policía Judicial, respecto de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal, en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente.

CAPITULO II

De las funciones

Artículo once

1. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de las siguientes funciones:

a) Velar por el cumplimiento de las Leyes y disposiciones generales, ejecutando las órdenes que reciban de las Autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias.

b) Auxiliar y proteger a las personas y asegurar la conservación y custodia de los bienes que se encuentren en situación de peligro por cualquier causa.

c) Vigilar y proteger los edificios e instalaciones públicos que lo requieran.

d) Velar por la protección y seguridad de altas personalidades.

e) Mantener y restablecer, en su caso, el orden y la seguridad ciudadana.

f) Prevenir la comisión de actos delictivos.

g) Investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes.

h) Captar, recibir y analizar cuantos datos tengan interés para el orden y la seguridad pública, y estudiar, planificar y ejecutar los métodos y técnicas de prevención de la delincuencia.

i) Colaborar con los Servicios de Protección Civil en los casos de grave riesgo, catástrofe, o calamidad pública, en los términos que se establezcan en la legislación de Protección Civil.

2. Las funciones señaladas en el párrafo anterior serán ejercidas con arreglo a la siguiente distribución territorial de competencias:

a) Corresponde al Cuerpo Nacional de Policía ejercitar dichas funciones en las capitales de provincia y en los términos municipales y núcleos urbanos que el Gobierno determine.

b) La Guardia Civil las ejercerá en el resto del territorio nacional y su mar territorial.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los miembros del Cuerpo Nacional de Policía podrán ejercer las funciones de investigación

y las de coordinación de los datos a que se refieren los apartados g) y h) del número 1 de este artículo, en todo el territorio nacional.

La Guardia Civil, para el desempeño de sus competencias propias, podrá asimismo realizar las investigaciones procedentes en todo el territorio nacional, cuando ello fuere preciso.

En todo caso de actuación fuera de su ámbito territorial, los miembros de cada Cuerpo deberán dar cuenta al otro de las mismas.

4. Sin perjuicio de la distribución de competencias del apartado 2 de este artículo, ambos Cuerpos deberán actuar fuera de su ámbito competencial por mandato judicial o del Ministerio Fiscal o, en casos excepcionales, cuando lo requiera la debida eficacia en su actuación; en ambos supuestos deberán comunicarlo de inmediato al Gobernador civil y a los mandos con competencia territorial o material; el Gobernador civil podrá ordenar la continuación de las actuaciones o, por el contrario, el pase de las mismas al Cuerpo competente, salvo cuando estuvieren actuando por mandato judicial o del Ministerio Fiscal.

5. En caso de conflicto de competencias, ya sea positivo o negativo, se hará cargo del servicio el Cuerpo que haya realizado las primeras actuaciones, hasta que se resuelva lo procedente por el Gobernador civil o las instancias superiores del Ministerio del Interior, sin perjuicio de lo dispuesto para la Policía Judicial.

6. Al objeto de conseguir la óptima utilización de los medios disponibles y la racional distribución de efectivos, el Ministerio del Interior podrá ordenar que cualesquiera de los Cuerpos asuma, en zonas o núcleos determinados, todas o algunas de las funciones exclusivas asignadas al otro Cuerpo.

Artículo doce

1. Además de las funciones comunes establecidas en el artículo anterior, se establece la siguiente distribución material de competencias:

A) Serán ejercidas por el Cuerpo Nacional de Policía:

a) La expedición del documento nacional de identidad y de los pasaportes.

b) El control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros.

c) Las previstas en la legislación sobre extranjería, refugio y asilo, extradición, expulsión, emigración e immigración.

d) La vigilancia e inspección del cumplimiento de la normativa en materia de juego.

e) La investigación y persecución de los delitos relacionados con la droga.

f) Colaborar y prestar auxilio a las Policias de otros países, conforme a lo establecido en los Tratados o Acuerdos Internacionales sobre las Leyes, bajo la superior dirección del Ministro del Interior.

g) El control de las entidades y servicios privados de seguridad vigilancia e investigación de su personal, medios y actuaciones.

h) Aquellas otras que le atribuya la legislación vigente.

B) Serán ejercidas por la Guardia Civil:

a) Las derivadas de la legislación vigente sobre armas y explosivos.

b) El resguardo fiscal del Estado y las actuaciones encaminadas a evitar y perseguir el contrabando.

c) La vigilancia del tráfico, tránsito y transporte en las vías públicas interurbanas.

d) La custodia de vías de comunicación terrestre, costas, fronteras, puertos, aeropuertos y centros e instalaciones que por su interés lo requieran.

e) Velar por el cumplimiento de las disposiciones que tiendan a la conservación de la naturaleza y medio ambiente de los recursos hidráulicos, así como de la riqueza cinegética, piscícola, forestal y de cualquier otra índole relacionada con la naturaleza.

f) La conducción interurbana de presos y detenidos.

g) Aquellas otras que le atribuyen la legislación vigente.

2. Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado están obligadas a la cooperación recíproca en el desempeño de sus competencias respectivas.

3. Las dependencias del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil actuarán recíprocamente como oficinas para la recepción y tramitación de los documentos dirigidos a las Autoridades de cualquiera de los dos Institutos.

CAPITULO III

De la Guardia Civil

Artículo trece

1. El Cuerpo de la Guardia Civil se estructura jerárquicamente según los diferentes empleos, de conformidad con su naturaleza militar.

2. El régimen estatutario de la Guardia Civil será el establecido en la presente Ley, en las normas que la desarrollan y en el ordenamiento militar.

Artículo catorce

1. El Ministerio del Interior dispondrá todo lo concerniente a servicios de la Guardia Civil relacionados con la seguridad ciudadana y demás competencias atribuidas por esta Ley, así como a sus retribuciones, destinos, acuartelamientos y material.

2. Conjuntamente, los Ministros de Defensa y de Interior dispondrán todo lo referente a la selección, formación, perfeccionamiento, armamento y despliegue territorial, y propondrán al Gobierno el nombramiento del titular de la Dirección General de la Guardia Civil, así como la nor-

mativa reguladora del voluntariado especial para la prestación del servicio militar en la misma.

3. El Ministro de Defensa dispondrá lo concerniente al régimen de ascensos y situaciones del personal, así como a las misiones de carácter militar que se encomienden a la Guardia Civil, ejerciendo, respecto al voluntariado especial para la prestación del servicio militar en la misma las competencias que normativamente le correspondan.

Artículo quince

1. La Guardia Civil, por su condición de Instituto armado de naturaleza militar, a efectos disciplinarios, se regirá por su normativa específica.

En todo caso, será competente para la imposición de la sanción de separación del servicio el Ministro de Defensa, previo informe del Ministro del Interior.

2. Los miembros de la Guardia Civil no podrán pertenecer a partidos políticos o sindicatos ni hacer peticiones colectivas: individualmente podrán ejercer el derecho de petición en los términos establecidos en su legislación específica.

CAPITULO IV

De la Policía

SECCIÓN 1.^a NORMAS GENERALES, ESCALAS Y SISTEMAS DE ACCESO

Artículo dieciséis

1. La estructura y competencia de los órganos de dirección del Cuerpo Nacional de Policía serán las que se establezcan en las normas orgánicas del Ministerio del Interior.

2. El régimen estatutario del Cuerpo Nacional de Policía se ajustará a las previsiones de la presente Ley y las disposiciones que la desarrolle, teniendo como derecho supletorio la legislación vigente referida a los funcionarios de la Administración Civil del Estado. Sus miembros, hombres y mujeres, actuarán de uniforme o sin él, en función del destino que ocupen y del servicio que desempeñen.

3. La jubilación forzosa se producirá al cumplir el funcionario sesenta y cinco años.

4. Por Ley, se determinarán las edades y causas del pase de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía a la situación de segunda actividad, atendiendo a las aptitudes físicas que demande su función. Asimismo, se establecerán las remuneraciones a percibir y las obligaciones correspondientes a esta situación.

Artículo diecisiete

El Cuerpo Nacional de Policía constará de las siguientes Escalas y categorías:

La Escala superior, con dos categorías. Su sistema de acceso será a la inferior desde la Escala ejecutiva y a la categoría superior desde la inferior; por promoción interna en ambos casos.

La Escala ejecutiva, con dos categorías. Su sistema de acceso será el de oposición libre y el de promoción interna, en el porcentaje que reglamentariamente se determine, para la categoría inferior, y de promoción interna para la categoría superior.

La Escala de subinspección, con una sola categoría, a la que se accederá únicamente por promoción interna desde la Escala básica.

La Escala básica, con dos categorías, a las que se accederá por oposición libre a la categoría inferior, y por promoción interna a la superior.

Para el acceso a las Escalas anteriores, se exigirá estar en posesión de los títulos de los Grupos A, B, C, y D, respectivamente, y la superación de los cursos correspondientes en el Centro de Formación.

En el Cuerpo Nacional de Policía existirán las plazas de Facultativos y de Técnicos, con títulos de los Grupos A y B, que sean necesarias para la cobertura y apoyo de la función policial, que se cubrirán entre funcionarios de acuerdo con el sistema que reglamentariamente se determine. Excepcionalmente, si las circunstancias lo exigen, podrán contratarse, temporalmente especialistas para el desempeño de tales funciones.

Los Grupos a los que se refieren los apartados anteriores de este artículo, son los correspondientes a los Grupos de clasificación establecidos en el artículo 25 de la Ley 30/1984 de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

SECCIÓN 2.^a DE LOS DERECHOS DE REPRESENTACIÓN COLECTIVA

Artículo dieciocho

1. Los miembros del Cuerpo Nacional de Policía tienen derecho a constituir organizaciones sindicales de ámbito nacional para la defensa de sus intereses profesionales, así como el de afiliarse a las mismas y a participar activamente en ellas en los términos previstos en esta Ley.

2. Los miembros del Cuerpo Nacional de Policía sólo podrán afiliarse a organizaciones sindicales formadas exclusivamente por miembros del propio Cuerpo. Dichas organizaciones no podrán federarse o confederarse con otras que, a su vez, no estén integradas exclusivamente por miembros del referido Cuerpo. No obstante, podrán formar parte de organizaciones internacionales de su mismo carácter.

Artículo diecinueve

El ejercicio del derecho de sindicación y de la acción sindical por parte de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía tendrá como límites el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución y, especialmente, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como el crédito y prestigio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la seguridad ciudadana y de los propios funcio-

narios y la garantía del secreto profesional. Constituirán asimismo límite, en la medida que puedan ser vulnerados por dicho ejercicio, los principios básicos de actuación del artículo 5.^º de esta Ley.

Artículo veinte

1. Para constituir una organización sindical será preciso depositar los estatutos de la misma, acompañados del acta fundacional, en el Registro Especial de la Dirección General de Policía.
2. Los Estatutos deberán contener, al menos, las siguientes menciones:
 - a) Denominación de la asociación.
 - b) Fines específicos de la misma.
 - c) Domicilio.
 - d) Organos de representación, gobierno y administración y normas para su funcionamiento, así como el régimen de provisión electiva de cargos, que habrán de ajustarse a principios democráticos.
 - e) Requisitos y procedimientos para la adquisición y pérdida de la condición de afiliados, así como el régimen de modificación de sus Estatutos y disolución de la asociación sindical.
 - f) Régimen económico de la organización, que establezca el carácter, procedencia y destino de sus recursos, así como los medios que permitan a los afiliados conocer la situación económica.
3. Sólo se podrán rechazar, mediante resolución motivada, aquellos Estatutos que carezcan de los requisitos mínimos a que se refiere el número anterior, y cuyos defectos no hubieran sido subsanados en el plazo de diez días, a partir de que se les requiriese al efecto.

Artículo veintiuno

1. Las organizaciones sindicales legalmente constituidas tendrán derecho a formular propuestas y elevar informes o dirigir peticiones a las Autoridades competentes, así como a ostentar la representación de sus afiliados ante los Organos competentes de la Administración Pública.

2. Tendrán la condición de representantes de las organizaciones sindicales del Cuerpo Nacional de Policía aquellos funcionarios que, perteneciendo a las mismas, hayan sido formalmente designados como tales por el órgano de gobierno de aquéllas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos.

Artículo veintidós

1. Aquellas organizaciones sindicales del Cuerpo Nacional de Policía que en las últimas elecciones al Consejo de Policía hubieran obtenido, al menos, un representante en dicho Consejo, o en dos de las Escalas el 10 por 100 de los votos emitidos en cada una de ellas, serán consideradas organizaciones sindicales representativas, y en tal condición tendrán, además, capacidad para:

a) Participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de prestación del servicio de los funcionarios, a través de los procedimientos establecidos al efecto.

b) Integrarse en el grupo de trabajo o Comisiones de estudio que a tal efecto se establezcan.

2. Los representantes de dichas organizaciones sindicales representativas tendrán derecho:

a) A la asistencia y al acceso a los centros de trabajo para participar en actividades propias de su asociación sindical, previa comunicación al Jefe de la Dependencia y sin que el ejercicio de ese derecho pueda interrumpir el desarrollo normal del servicio policial.

b) Al número de horas mensuales que reglamentariamente se establezcan para el desarrollo de las funciones sindicales propias de su representación.

c) Al disfrute de los permisos no retribuidos necesarios para el desarrollo de las funciones sindicales propias de su cargo, dentro de los límites que reglamentariamente se establezcan.

d) Al pase a la situación de servicios especiales, en los términos que reglamentariamente se establezcan, con reserva del puesto de trabajo y al cómputo de antigüedad, mientras dure el ejercicio de su cargo representativo, debiendo incorporarse a su puesto de trabajo dentro del mes siguiente a la fecha del cese.

3. El número de representantes que la Administración tendrá que reconocer, a los efectos determinados en el número 2 de este artículo, se corresponderá con el número de representantes que cada organización sindical hubiere obtenido en las elecciones al Consejo de Policía.

4. En todo caso, se reconocerá a aquella organización sindical que no hubiera obtenido representantes elegidos en el Consejo de Policía, pero sí, al menos, el 10 por 100 de votos en una Escala, el derecho a un representante, a los solos efectos de lo previsto en el número 2 de este artículo.

Artículo veintitrés

1. En las dependencias con más de 250 funcionarios, las organizaciones sindicales tendrán derecho a que se les facilite un local adecuado para el ejercicio de sus actividades. En todo caso tendrán derecho a la instalación en cada dependencia policial de un tablón de anuncios, en lugar donde se garantice un fácil acceso al mismo de los funcionarios.

2. Estos podrán celebrar reuniones sindicales en locales oficiales, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la marcha del servicio, previa autorización del Jefe de la Dependencia, que sólo podrá denegarla cuando considere que el servicio puede verse afectado.

3. La autorización deberá solicitarse con una antelación mínima de setenta y dos horas, y en la misma se hará constar la fecha, hora y lugar de la reunión, así como el orden del día previsto.

4. La resolución correspondiente deberá notificarse, al menos, veinticua-

tro horas antes de la prevista para la reunión, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 2.

Artículo veinticuatro

1. Las organizaciones sindicales responderán por los actos o acuerdos adoptados por sus órganos estatutarios en la esfera de sus respectivas competencias.

2. Dichas organizaciones responderán por los actos de sus afiliados, cuando aquéllos se produzcan en el ejercicio regular de las funciones representativas o se pruebe que dichos afiliados actuaban por cuenta de las organizaciones sindicales.

SECCIÓN 3.^a DEL CONSEJO DE POLICÍA

Artículo veinticinco

1. Bajo la presidencia del Ministro del Interior o persona en quien delegue, se crea el Consejo de Policía, con representación paritaria de la Administración y de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía.

2. Son funciones del Consejo de Policía.

a) La mediación y conciliación en caso de conflictos colectivos.

b) La participación en el establecimiento y las condiciones de prestación del servicio de los funcionarios.

c) La formulación de mociones y la evacuación de consultas en materias relativas al Estatuto profesional.

d) La emisión de informes en los expedientes disciplinarios que se instruyan por faltas muy graves contra miembros del Cuerpo Nacional de Policía y en todos aquellos que se instruyan a los representantes de los Sindicatos, a que se refiere el artículo 22 de esta Ley.

e) El informe previo de las disposiciones de carácter general que se pretendan dictar sobre las materias a que se refieren los apartados anteriores.

f) Las demás que le atribuyan las Leyes y disposiciones generales.

3. Los representantes de la Administración en el Consejo de Policía serán designados por el Ministro del Interior.

La representación de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía en el Consejo se estructurará por Escalas, sobre la base de un representante por cada 6.000 funcionarios o fracción, de cada una de las cuatro Escalas que constituyen el Cuerpo.

Artículo veintiséis

1. Se celebrarán elecciones en el seno del Cuerpo Nacional de Policía, a efectos de designar los representantes de sus miembros en el Consejo de Policía y determinar la condición de representativos de los Sindicatos constituidos con arreglo a lo dispuesto en la presente Ley.

Las elecciones se celebrarán por Escalas, votando sus miembros una lista que contenga el nombre o nombres de los candidatos a representantes de la misma, mediante sufragio personal, directo y secreto.

2. Los candidatos a la elección podrán ser presentados, mediante listas nacionales, para cada una de las Escalas, por los Sindicatos de funcionarios o por las agrupaciones de electores de las distintas Escalas legalmente constituidas.

Las listas contendrán tantos nombres como puestos a cubrir, más igual número de suplentes.

3. Mediante el sistema de representación proporcional se atribuirá a cada lista el número de puestos que le correspondan, de conformidad con el cociente que resulte de dividir el número de votantes por el de puestos a cubrir. Si hubiere puesto o puestos sobrantes, se atribuirán a la lista o listas que tengan un mayor resto de votos.

4. La duración del mandato de los Delegados en el Consejo de Policía será de cuatro años, pudiendo ser reelegido en sucesivos procesos electorales.

Caso de producirse vacante, por cualquier causa, en la representación de los funcionarios en el Consejo de Policía, se cubrirá automáticamente por el candidato que ocupe el puesto siguiente en la lista respectiva.

5. Reglamentariamente, se establecerán las normas complementarias que sean precisas para la convocatoria de las elecciones, el procedimiento electoral y, en general, para el fucionamiento del Consejo de Policía.

SECCIÓN 4.^a RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Artículo veintisiete

1. El régimen disciplinario de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía se ajustará a los principios establecidos en el capítulo II del título I de esta Ley y a las normas del presente capítulo.

2. Las faltas podrán ser leves, graves y muy graves. Las faltas leves prescribirán al mes; las graves, a los dos años, y las muy graves, a los seis años. La prescripción se interrumpirá en el momento que se inicia el procedimiento disciplinario.

3. Se considerarán faltas muy graves:

a) El incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de las funciones.

b) Cualquier conducta constitutiva de delito doloso.

c) El abuso de sus atribuciones y la práctica de tratos inhumanos, degradantes, discriminatorios y vejatorios a las personas que se encuentren bajo su custodia.

d) La insubordinación individual o colectiva, respecto a las Autoridades o Mandos de que dependan, así como la desobediencia a las legítimas instrucciones dadas por aquéllos.

e) La no prestación de auxilio con urgencia, en aquellos hechos o circunstancias graves en que sea obligada su actuación.

- f) El abandono de servicio.
 - g) La violación del secreto profesional y la falta del debido sigilo respecto a los asuntos que conozcan por razón de su cargo, que perjudique el desarrollo de la labor policial o a cualquier persona.
 - h) El ejercicio de actividades públicas o privadas incompatibles con el desempeño de sus funciones.
 - i) La participación en huelgas, en acciones sustitutivas de las mismas, o en actuaciones concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios.
 - j) Haber sido sancionado por la comisión de tres o más faltas graves en el período de un año.
 - k) La falta de colaboración manifiesta con los demás miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
 - l) Embriagarse o consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas durante el servicio o con habitualidad.
 - m) Cualquier otra conducta no enumerada en los puntos anteriores, tipificada como falta muy grave en la legislación general de funcionarios.
- 4) Las faltas graves y leves se determinarán reglamentariamente, de conformidad con los siguientes criterios:
- a) Intencionalidad.
 - b) La perturbación que puedan producir en el normal funcionamiento de la Administración y de los servicios policiales.
 - c) Los daños y perjuicios o la falta de consideración que puedan implicar para los ciudadanos y los subordinados.
 - d) El quebrantamiento que pueda suponer de los principios de disciplina y jerarquía propios de este Cuerpo.
 - e) Reincidencia.
 - f) En general, su trascendencia para la seguridad ciudadana.
5. Incurrirán en la misma responsabilidad que los autores de una falta, los que induzcan a su comisión y los Jefes que la toleren. Asimismo, incurrirán en falta de inferior grado los que encubrieran la comisión de una falta.

Artículo veintiocho

1. Por razón de las faltas, a que se refiere el artículo precedente, podrán imponerse a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía las siguientes sanciones:

- 1.1. Por faltas muy graves:
 - a) Separación del servicio.
 - b) Suspensión de funciones de tres a seis años.
- 1.2. Por faltas graves:
 - a) Suspensión de funciones por menos de tres años.
 - b) Traslado con cambio de residencia.

c) Inmovilización en el escalafón por un período no superior a cinco años.

d) Pérdida de cinco a veinte días de remuneración y suspensión de funciones por igual período.

1.3. Por faltas leves:

a) Pérdida de uno a cuatro días de remuneración y suspensión de funciones por igual período, que no supondrá la pérdida de antigüedad ni implicará la inmovilización en el escalafón.

b) Apercibimiento.

Las sanciones por faltas muy graves prescribirán a los seis años, las impuestas por faltas graves a los dos años, y las impuestas por faltas leves al mes.

El plazo de prescripción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquél en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción o desde que se quebrantase su cumplimiento, si hubiera comenzado.

2. Las sanciones disciplinarias se anotarán en los respectivos expedientes personales con indicación de las faltas que las motivaron.

Transcurridos dos o seis años desde el cumplimiento de la sanción, según se trate de faltas graves o muy graves no sancionadas con la separación del servicio, podrá acordarse la cancelación de aquellas anotaciones a instancia del interesado que acredite buena conducta desde que se le impuso la sanción. La cancelación de anotaciones por faltas leves se realizará a petición del interesado a los seis meses de la fecha de su cumplimiento. La cancelación producirá el efecto de anular la anotación sin que pueda certificarse de ella, salvo cuando lo soliciten las Autoridades competentes para ello y a los exclusivos efectos de su expediente personal.

3. Los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía tendrán obligación de comunicar por escrito al superior jerárquico competente los hechos que consideren constitutivos de faltas graves y muy graves, de los que tengan conocimiento.

4. No se podrán imponer sanciones, por faltas graves o muy graves, sino en virtud de expediente instruido al efecto, cuya tramitación se regirá por los principios de sumariedad y celeridad. La sanción por faltas leves podrá imponerse sin más trámites que la audiencia al interesado.

Las sanciones disciplinarias impuestas a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía serán inmediatamente ejecutivas, no suspendiendo su cumplimiento la interposición de ningún tipo de recurso, administrativo o judicial, si bien la autoridad a quien competía resolverlo podrá suspender, de oficio o a instancia de parte, la ejecución de la sanción impuesta, en el caso de que dicha ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o de difícil reparación.

5. Para la imposición de la sanción de separación del servicio será competente el Ministro del Interior.

Para la imposición de sanciones por faltas muy graves y graves, además del Ministro del Interior, será competente el Director de la Seguridad del Estado.

Para la imposición de las sanciones por faltas graves también será competente el Director general de la Policía.

Además de los órganos anteriores, los Gobernadores civiles y los Jefes de las dependencias, centrales o periféricas, en que presten servicio los infractores, serán competentes para la imposición de las sanciones por faltas leves.

6. Iniciado un procedimiento penal o disciplinario, se podrá acordar la suspensión provisional por la autoridad competente para ordenar la incoación del expediente administrativo. La situación de suspensión provisional se regulará por lo dispuesto en la legislación general de funcionarios, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 8.3.

CAPITULO V

De la organización de Unidades de Policía Judicial

Artículo veintinueve

1. Las funciones de Policía Judicial que se mencionan en el artículo 12⁶ de la Constitución serán ejercidas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a través de las Unidades que se regulan en el presente capítulo.

2. Para el cumplimiento de dicha función tendrán carácter colaborador de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado el personal de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales.

Artículo treinta

1. El Ministerio del Interior organizará con funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que cuenten con la adecuada formación especializada, Unidades de Policía Judicial, atendiendo a criterios territoriales y de especialización delictual, a las que corresponderá esta función con carácter permanente y especial.

2. Las referidas Unidades orgánicas de Policía Judicial podrán adscribirse, en todo o en parte, por el Ministerio del Interior, oído el Consejo General del Poder Judicial, a determinados Juzgados y Tribunales. De igual manera podrán adscribirse al Ministerio Fiscal, oído el Fiscal general del Estado.

Artículo treinta y uno

1. En el cumplimiento de sus funciones, los funcionarios adscritos a Unidades de Policía Judicial dependen orgánicamente del Ministerio del Interior y funcionalmente de los Jueces, Tribunales o Ministerio Fiscal que estén conociendo del asunto objeto de su investigación.

2. Los Jueces o Presidentes de los respectivos órganos del orden jurisdiccional penal, así como los Fiscales Jefes podrán solicitar la intervención en una investigación de funcionarios o medios adscritos a Unidades orgánicas.

cas de Policía Judicial por conducto del Presidente del Tribunal Supremo o de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia o del Fiscal general del Estado, respectivamente.

Artículo treinta y dos

La Policía Judicial constituye una función cuya especialización se cursará en los Centros de Formación y Perfeccionamiento de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con participación de miembros de la Judicatura y del Ministerio Fiscal, o, complementariamente, en el Centro de Estudios Judiciales.

La posesión del diploma correspondiente será requisito necesario para ocupar puestos en las Unidades de Policía Judicial que se constituyan.

Artículo treinta y tres

Los funcionarios adscritos a las Unidades de Policía Judicial desempeñarán esa función con carácter exclusivo, sin perjuicio de que puedan desarrollar también las misiones de prevención de la delincuencia y demás que se les encomiendan, cuando las circunstancias lo requieran, de entre las correspondientes a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Artículo treinta y cuatro

1. Los funcionarios de las Unidades de Policía Judicial no podrán ser removidos o apartados de la investigación concreta que se les hubiera encomendado, hasta que finalice la misma o la fase del procedimiento judicial que la originará, si no es por decisión o con la autorización del Juez o Fiscal competente.

2. En las diligencias o actuaciones que lleven a cabo, por encargo y bajo la supervisión de los Jueces, Tribunales o Fiscales competentes de lo Penal, los funcionarios integrantes de las Unidades de Policía Judicial tendrán el carácter de comisionados de dichos Jueces, Tribunales y Fiscales, y podrán requerir el auxilio necesario de las Autoridades y, en su caso, de los particulares.

Artículo treinta y cinco

Los Jueces y Tribunales de lo Penal y el Ministerio Fiscal tendrán, respecto de los funcionarios integrantes de Unidades de Policía Judicial que le sean adscritas y de aquellos a que se refiere el número 2 del artículo 31 de esta Ley, las siguientes facultades:

- a) Les darán las órdenes e instrucciones que sean necesarias, en ejecución de lo dispuesto en las normas de Enjuiciamiento Criminal y Estatuto del Ministerio Fiscal.
- b) Determinarán, en dichas órdenes o instrucciones, el contenido y circunstancias de las actuaciones que interesen dichas Unidades.

c) Controlarán la ejecución de tales actuaciones, en cuanto a la forma y los resultados.

d) Podrán instar el ejercicio de la potestad disciplinaria, en cuyo caso emitirán los informes que pueda exigir la tramitación de los correspondientes expedientes, así como aquellos otros que consideren oportunos. En estos casos recibirán los testimonios de las resoluciones recaídas.

Artículo treinta y seis

Salvo lo dispuesto en este capítulo, el régimen funcionarial del personal integrado en las Unidades de Policía Judicial será el de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

TITULO III

De las Policias de las Comunidades Autónomas

CAPITULO I

Principios generales

Artículo treinta y siete

1. Las Comunidades Autónomas en cuyos Estatutos esté previsto podrán crear Cuerpos de Policía para el ejercicio de las funciones de vigilancia y protección a que se refiere el artículo 148.1.22 de la Constitución y las demás que le atribuye la presente Ley.

2. Las Comunidades Autónomas que no hicieran uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior podrán ejercer las funciones enunciadas en el artículo 148.1.22 de la Constitución, de conformidad con los artículos 39 y 47 de esta Ley.

3. Las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos no prevean la creación de Cuerpos de Policía también podrán ejercer las funciones de vigilancia y protección a que se refiere el artículo 148.1.22 de la Constitución mediante la firma de acuerdos de cooperación específica con el Estado.

CAPITULO II

De las competencias de las Comunidades Autónomas

Artículo treinta y ocho

Las Comunidades Autónomas, a que se refiere el número 1 del artículo anterior, podrán ejercer, a través de sus Cuerpos de Policía, las siguientes funciones:

1. Con carácter de propias:

a) Velar por el cumplimiento de las disposiciones y órdenes singulares dictadas por los órganos de la Comunidad Autónoma.

b) La vigilancia y protección de personas, órganos, edificios, establecimientos y dependencias de la Comunidad Autónoma y de sus entes instrumentales, garantizando el normal funcionamiento de las instalaciones y la seguridad de los usuarios de sus servicios.

c) La inspección de las actividades sometidas a la ordenación o disciplina de la Comunidad Autónoma, denunciando toda actividad ilícita.

d) El uso de la coacción en orden a la ejecución forzosa de los actos o disposiciones de la propia Comunidad Autónoma.

2. En colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado:

a) Velar por el cumplimiento de las Leyes y demás disposiciones del Estado y garantizar el funcionamiento de los servicios públicos esenciales.

b) Participar en las funciones de Policía Judicial, en la forma establecida en el artículo 29.2 de esta Ley.

c) Vigilar los espacios públicos, proteger las manifestaciones y mantener el orden en grandes concentraciones humanas.

El ejercicio de esta función corresponderá, con carácter prioritario, a los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de la intervención de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuando, bien a requerimiento de las Autoridades de la Comunidad Autónoma, o bien por decisión propia, lo estimen necesario las Autoridades estatales competentes.

3. De prestación simultánea e indiferenciada con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado:

a) La cooperación a la resolución amistosa de los conflictos privados cuando sean requeridos para ello.

b) La prestación de auxilio en los casos de accidente, catástrofe o calamidad pública, participando en la forma prevista en las Leyes, en la ejecución de los planes de Protección Civil.

c) Velar por el cumplimiento de las disposiciones que tiendan a la conservación de la naturaleza y medio ambiente, recursos hidráulicos, así como la riqueza cinegética, piscícola, forestal y de cualquier otra índole relacionada con la naturaleza.

Artículo treinta y nueve

Corresponde a las Comunidades Autónomas, de conformidad con la presente Ley y con la de Bases de Régimen Local, coordinar la actuación de las Policias Locales en el ámbito territorial de la Comunidad, mediante el ejercicio de las siguientes funciones:

a) Establecimiento de las normas-marco a las que habrán de ajustarse los Reglamentos de Policias Locales, de conformidad con lo dispuesto en la Presente Ley y en la de Bases de Régimen Local.

b) Establecer o propiciar, según los casos, la homogeneización de los distintos Cuerpos de Policias Locales, en materia de medios técnicos para aumentar la eficacia y colaboración de éstos, de uniformes y de retribuciones.

- c) Fijar los criterios de selección, formación, promoción y movilidad de las Policias Locales, determinando los distintos niveles educativos exigibles para cada categoría, sin que, en ningún caso, el nivel pueda ser inferior a Graduado Escolar.
- d) Coordinar la formación profesional de las Policias Locales, mediante la creación de Escuelas de Formación de Mandos y de Formación Básica.

CAPITULO III

Del régimen estatutario de las Policias de las Comunidades Autónomas

Artículo cuarenta

El régimen estatutario de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas vendrá determinado, de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.18 de la Constitución, por los principios generales del título I de esta Ley, por lo establecido en este capítulo y por lo que dispongan al efecto los Estatutos de Autonomía y la legislación de las Comunidades Autónomas, así como por los Reglamentos específicos de cada Cuerpo.

Artículo cuarenta y uno

1. Corresponde a los órganos competentes de cada Comunidad Autónoma, previo informe del Consejo, a que se refiere el artículo 48 de esta Ley, la creación de sus Cuerpos de Policía, así como su modificación y supresión en los casos en que así se prevea en los respectivos Estatutos de Autonomía.
2. Los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas son Institutos armados de naturaleza civil, con estructura y organización jerarquizada.
3. En el ejercicio de sus funciones, los miembros de los citados Cuerpos deberán vestir el uniforme reglamentario, salvo los casos excepcionales que autoricen las Juntas de Seguridad.
4. Los miembros de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas estarán dotados de los medios técnicos y operativos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, pudiendo portar armas de fuego. El otorgamiento de la licencia de armas competirá, en todo caso, al Gobierno de la Nación.

Artículo cuarenta y dos

Los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas sólo podrán actuar en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma respectiva, salvo en situaciones de emergencia, previo requerimiento de las Autoridades estatales.

Artículo cuarenta y tres

1. Los Mandos de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas se designarán por las Autoridades competentes de la Comunidad Autónoma, entre Jefes, Oficiales y Mandos de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

2. Durante su permanencia en la Policía de la Comunidad Autónoma, dichos Jefes, Oficiales y Mandos pasarán a la situación que reglamentariamente corresponda en su Arma o Cuerpo de procedencia, al cual podrán reintegrarse en cualquier momento que lo soliciten.

3. Un porcentaje de las vacantes de los citados puestos de Mando podrá ser cubierto, mediante promoción interna, entre los miembros del propio cuerpo de Policía de la Comunidad Autónoma, en el número, con las condiciones y requisitos que determinen el Consejo a que se refiere el artículo 48 de esta Ley.

4. Los Mandos de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas habrán de realizar, una vez designados y antes de su adscripción, un curso de especialización homologado por el Ministerio del Interior para el mando peculiar de estos Cuerpos.

Artículo cuarenta y cuatro

La selección, el ingreso, la promoción y formación de los miembros de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas se regulará y organizará por las respectivas Comunidades Autónomas, sin perjuicio de lo establecido en los respectivos Estatutos.

TITULO IV

De la colaboración y coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas

CAPITULO I

De la colaboración entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas

Artículo cuarenta y cinco

Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas deberán prestarse mutuo auxilio e información recíproca en el ejercicio de sus funciones respectivas.

Artículo cuarenta y seis

1. Cuando las Comunidades Autónomas que, según su Estatuto, puedan crear Cuerpos de Policía no dispongan de los medios suficientes para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 38.1 y 2.c) de la presente Ley, podrán recabar, a través de las Autoridades del Estado el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, correspondiendo en este caso a las Autoridades gubernativas estatales la determinación del modo y forma de prestar el auxilio solicitado.

En caso de considerarse procedente su intervención, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado actuarán bajo el mando de sus Jefes naturales.

2. En el resto de los casos, cuando en la prestación de un determinado servicio o en la realización de una actuación concreta concurran, simultáneamente, miembros o Unidades de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de la Policía de la Comunidad Autónoma, serán los Mandos de los primeros los que asuman la dirección de la operación.

CAPITULO II

De la adscripción de Unidades del Cuerpo Nacional de Policía a las Comunidades Autónomas

Artículo cuarenta y siete

Las Comunidades Autónomas incluidas en el apartado 2 del artículo 37 de la presente Ley, podrán solicitar del Gobierno de la Nación, a través del Ministerio del Interior, para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 38.1 de aquélla, la adscripción de Unidades del Cuerpo Nacional de Policía.

Las condiciones de dicha adscripción se determinarán en acuerdos administrativos de colaboración de carácter específico, que deberán respetar en todo caso los siguientes principios:

La adscripción deberá afectar a Unidades operativas completas y no a miembros individuales del citado Cuerpo.

Las Unidades adscritas dependerán, funcionalmente, de las Autoridades de la Comunidad Autónoma, y orgánicamente del Ministerio del Interior.

Dichas Unidades actuarán siempre bajo el Mando de sus Jefes naturales.

En cualquier momento podrán ser reemplazadas por otras, a iniciativa de las Autoridades estatales, oídas las Autoridades de la Comunidad Autónoma.

CAPITULO III

De los órganos de coordinación

Artículo cuarenta y ocho

1. Para garantizar la coordinación entre las políticas de seguridad pública del Estado y de las Comunidades Autónomas se crea el Consejo de Política de Seguridad, que estará presidido por el Ministro del Interior e integrado por los Consejeros de Interior o Gobernación de las Comunidades Autónomas y por un número igual de representantes del Estado designados por el Gobierno de la Nación.

2. El Consejo de Política de Seguridad ejercerá las siguientes competencias:

Aprobar los planes de coordinación en materia de seguridad y de infraestructura policial.

Informar las plantillas de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y sus modificaciones. El Consejo podrá establecer el número máximo de los efectivos de las plantillas.

Aprobar directivas y recomendaciones de carácter general.

Informar las disposiciones que dicten las Comunidades Autónomas en relación con sus propios Cuerpos de Policía, así como la de creación de éstos.

Informar los convenios de cooperación, en materia de seguridad entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Las demás que le atribuya la legislación vigente.

3. Para su adecuado funcionamiento el Consejo de Política de Seguridad elaborará un Reglamento de régimen interior que será aprobado por el mismo.

Artículo cuarenta y nueve

1. Dentro del Consejo de Política de Seguridad funcionará un Comité de Expertos integrados por ocho representantes, cuatro del Estado y cuatro de las Comunidades Autónomas, designados estos últimos anualmente por los miembros del Consejo de Política de Seguridad que representen a las Comunidades Autónomas. Dicho Comité tendrá la misión de asesorar técnicamente a aquél y preparar los asuntos que posteriormente vayan a ser debatidos en el Pleno del mismo y con carácter específico:

Elaborar y proponer fórmulas de coordinación.

Preparar acuerdos de cooperación.

Proponer programas de formación y perfeccionamiento de los Policías.

Elaborar planes de actuación conjunta.

2. El Reglamento de régimen interior del Consejo de Política de Seguridad determinará las normas de composición y funcionamiento del Comité de Expertos.

Artículo cincuenta

1. En las Comunidades Autónomas que dispongan de Cuerpos de Policía propios podrá constituirse una Junta de Seguridad integrada por igual número de representantes del Estado y de las Comunidades Autónomas, con la misión de coordinar la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de los Cuerpos de Policía de la Comunidad Autónoma; en los términos que reglamentariamente se determinen.

2. La Junta de Seguridad será el órgano competente para resolver las incidencias que pudieran surgir en la colaboración entre los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de los Cuerpos de Policía de la Comunidad Autónoma.

A tal efecto, las Autoridades competentes de las Comunidades Autónomas y los Gobernadores civiles deberán informar periódicamente a dicha Junta acerca de las deficiencias que se observen en la coordinación, mutuo auxilio e información recíproca entre aquéllos, indicando las medidas oportunas para corregir los problemas suscitados.

TITULO V**De las Policias Locales***Artículo cincuenta y uno*

1. Los municipios podrán crear Cuerpos de Policía propios, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, en la Ley de Bases de Régimen Local y en la legislación autonómica.
2. En los municipios donde no exista Policía Municipal, los cometidos de ésta serán ejercidos por el personal que desempeñe funciones de custodia y vigilancia de bienes, servicios e instalaciones, con la denominación de Guardias, Vigilantes, Agentes, Alguaciles o análogos.
3. Dichos Cuerpos sólo podrán actuar en el ámbito territorial del municipio respectivo, salvo en situaciones de emergencia y previo requerimiento de las Autoridades competentes.

Artículo cincuenta y dos

1. Los Cuerpos de Policía Local son Institutos armados, de naturaleza civil, con estructura y organización jerarquizada, rigiéndose, en cuanto a su régimen estatutario, por los principios generales de los capítulos II y III del título I y por la sección 4.^a del capítulo IV del título II de la presente Ley, con la adecuación que exija la dependencia de la Administración correspondiente, las disposiciones dictadas al respecto por las Comunidades Autónomas y los Reglamentos específicos para cada Cuerpo y demás normas dictadas por los correspondientes Ayuntamientos.
2. Por lo que respecta al ejercicio de los derechos sindicales, y en atención a la especificidad de las funciones de dichos Cuerpos, les será de aplicación la Ley que se dicte en cumplimiento de lo establecido en la disposición adicional segunda, apartado 2, de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

3. Será también de aplicación a los miembros de dichos Cuerpos lo dispuesto, respecto a los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas, en el artículo 41.3 de la presente Ley; si bien la facultad que en el mismo se atribuye a las Juntas de Seguridad corresponderá al Gobernador civil respectivo.

Artículo cincuenta y tres

1. Los Cuerpos de Policía Local deberán ejercer las siguientes funciones:
 - a) Proteger a las autoridades de las Corporaciones Locales, y vigilancia o custodia de sus edificios e instalaciones.
 - b) Ordenar, señalizar y dirigir el tráfico en el casco urbano, de acuerdo con lo establecido en las normas de circulación.
 - c) Instruir atestados por accidentes de circulación dentro del casco urbano.

d) Policía Administrativa, en lo relativo a las Ordenanzas, Bandos y demás disposiciones municipales dentro del ámbito de su competencia.

e) Participar en las funciones de Policía Judicial, en la forma establecida en el artículo 29.2 de esta Ley.

f) La prestación de auxilio, en los casos de accidente, catástrofe o calamidad pública, participando, en la forma prevista en las Leyes, en la ejecución de los planes de Protección Civil.

g) Efectuar diligencias de prevención y cuantas actuaciones tiendan a evitar la comisión de actos delictivos en el marco de colaboración establecido en las Juntas de Seguridad.

h) Vigilar los espacios públicos y colaborar con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y con la Policía de las Comunidades Autónomas en la protección de las manifestaciones y el mantenimiento del orden en grandes concentraciones humanas, cuando sean requeridos para ello.

i) Cooperar en la resolución de los conflictos privados cuando sean requeridos para ello.

2. Las actuaciones que practiquen los Cuerpos de Policía Local en el ejercicio de las funciones previstas en los apartados c) y g) precedentes deberán ser comunicadas a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado competentes.

Artículo cincuenta y cuatro

1. En los municipios que tengan Cuerpo de Policía propio, podrá constituirse una Junta Local de Seguridad, que será el órgano competente para establecer las formas y procedimientos de colaboración entre los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en su ámbito territorial.

2. La constitución de dichas Juntas y su composición se determinará reglamentariamente. La presidencia corresponderá al Alcalde, salvo que concurriera a sus sesiones el Gobernador civil de la provincia, en suyo caso, la presidencia será compartida con éste.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—1. En el Cuerpo Nacional de Policía se integrarán los funcionarios de los Cuerpos Superior de Policía y de Policía Nacional que quedan extinguidos.

La integración en las Escalas previstas en el artículo 17 de esta Ley se realizará en la forma siguiente:

En la Escala Superior:

Primera categoría: Comisarios Principales, Coroneles y el número de Comisarios y Tenientes Coroneles que reglamentariamente se determine de acuerdo con la disposición adicional tercera.1.

Segunda categoría: Comisarios, Tenientes Coroneles y Comandantes.

En la Escala Ejecutiva:

Primera categoría: Subcomisarios, Capitanes e Inspectores de primera.

Segunda categoría: Tenientes e Inspectores de segunda y tercera.

En la Escala de Subinspección:

Suboficiales.

En la Escala Básica:

Primera categoría: Cabos.

Segunda categoría: Policias Nacionales.

2. Dentro de cada Escala, la integración se hará por riguroso orden de empleo o categoría y antigüedad en los mismos, sobre la base de otorgar la misma puntuación al empleo de Coronel y a la categoría de Comisario principal; al empleo de Teniente Coronel y a la categoría de Comisario; al empleo de Capitán y a la categoría de Inspector de primera, y al empleo de Teniente y a la categoría de Inspector de segunda.

3. Los miembros de las Fuerzas Armadas que hasta la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica venían prestando servicio en el Cuerpo de Policía Nacional, podrán optar, en el plazo de seis meses desde dicha entrada en vigor, por integrarse definitivamente en las Escalas correspondientes del Cuerpo Nacional de Policía, en cuyo caso pasarán a la situación militar de retirado, o por reintegrarse a su Arma o Cuerpo de procedencia.

4. El personal del Cuerpo de la Policía Nacional escalafonado como especialista en la Música y Ayudantes Técnicos de Sanidad, se incorporará a las respectivas Escalas y categorías del nuevo Cuerpo Nacional de Policía, en el lugar que les pueda corresponder con arreglo a su empleo y antigüedad, sin perjuicio de que continúen rigiéndose, en cuanto no se oponga a lo dispuesto en esta Ley, y hasta tanto se desarrollem sus especiales características, por las normas que los regulan.

5. Los miembros del extinguido Servicio de Tráfico, que figuran en escalafón aparte, se incorporarán al nuevo Cuerpo Nacional de Policía, en el lugar que les pueda corresponder con arreglo a su empleo y antigüedad.

6. Los miembros del Cuerpo de Policía Nacional que ingresaron por convocatorias especiales para el Batallón de Conductores, prestarán los servicios propios de su empleo en cualquier destino que pudiera corresponderles.

7. Los Subcomisarios, Capitanes e Inspectores de primera integrados en la Escala Ejecutiva, que en la fecha de promulgación de esta Ley hubieren alcanzado una antigüedad en el Cuerpo o Carrera de procedencia, igual o superior a quince años, podrán quedar integrados en la Escala Superior, previa superación de las pruebas y cursos que al efecto se determinen.

En todo caso, para concurrir a dichas pruebas, será preciso en el caso de los Oficiales procedentes del Ejército, llevar un mínimo de tres años con destino en la Policía Nacional en la fecha de la convocatoria de estas pruebas.

8. Podrá reservarse, para la promoción interna, con dispensa de un grado del requisito de titulación y siempre que se hayan realizado los cursos y obtenido los diplomas en la Escuela de Policía que reglamentariamente se determinen, hasta un 50 por 100 de las vacantes convocadas para los funcionarios integrados en la Escala inmediata inferior. Los funcionarios citados sólo podrán ejercitarse este derecho en tres convocatorias, siéndoles de aplicación las demás previsiones contenidas en la disposición adicional segunda de la presente Ley.

9. A los efectos previstos en esta disposición, serán computables como de carrera militar los cuatro años de estudios en la Academia Militar de los Oficiales procedentes de las Fuerzas Armadas.

Segunda. 1. La integración a que se refiere la disposición anterior no supondrá variación económica alguna para los funcionarios de los Cuerpos mencionados durante el presente ejercicio, que seguirán percibiendo las retribuciones correspondientes a su anterior empleo o categoría, de acuerdo con la normativa vigente.

2. Los Oficiales integrados en la Escala Ejecutiva, con arreglo a lo establecido en la disposición anterior, que hubieren alcanzado títulos del grupo A, mantendrán las retribuciones básicas correspondientes a dichos títulos. No obstante, todos los funcionarios integrados en la misma categoría percibirán idénticas remuneraciones globales, en cuanto por su pertenencia a la misma.

Tercera.—Si, como consecuencia de la integración en el Cuerpo Nacional de Policía, de los miembros de los Cuerpos Superior de Policía y Policía Nacional y de la subsiguiente aprobación de las plantillas correspondientes, resultase una inadecuada distribución de efectivos, en las Escalas, categorías o en las Unidades, el personal sobrante podrá optar entre:

a) El traslado o destino a los servicios en que haya vacantes de la Escala o categoría a que pertenezca, con la correspondiente compensación económica, de conformidad con lo legalmente establecido.

b) La ocupación de plazas vacantes, en el destino en que se encuentre, cuyas funciones, sin ser exactamente las correspondientes a su Escala, sean las más afines dentro de lo posible, manteniendo las percepciones económicas de la Escala a que pertenezca.

c) El pase a la situación de segunda actividad, previa concesión del Ministerio del Interior, en el número y condiciones que se determinen, siempre que les resten menos de quince años para alcanzar la edad de jubilación.

d) El pase a la situación de excedencia forzosa, con los derechos y obligaciones previstos reglamentariamente.

Cuarta. I. Mientras no se proceda al desarrollo de la situación de segunda actividad de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía creada por esta Ley, los funcionarios procedentes del Cuerpo de la Policía Nacional seguirán provisionalmente el régimen vigente de dicha situación, y los procedentes del Cuerpo Superior pasarán igualmente a la misma al cumplir la edad de sesenta y dos años, en la que permanecerán hasta la edad de

jubilación, y en la que continuarán perfeccionando trienios y percibiendo idénticas retribuciones que en activo, excepto las que se deriven de la clase de destino o del lugar de residencia.

2. Mientras no se lleve a cabo el desarrollo reglamentario del régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, y en aquellos aspectos que no estén directamente regulados en esta Ley, se aplicará a los miembros de los dos colectivos que se integran en dicho Cuerpo las previsiones del Real Decreto 1346/1984, de 11 de julio.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. Si excepcionalmente y en atención a las necesidades del servicio, el Ministerio del Interior, a través de la selección correspondiente, adscribe personal con la debida formación para ejercer funciones de mando en unidades uniformadas del Cuerpo Nacional de Policía, si fuera militar, pasará a la situación militar que corresponda.

Segunda. Los requisitos de ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía, duración de los cursos, plazos de mínima permanencia en las diversas Escalas y categorías, régimen de ascensos, y de promoción, cursos, programas, constitución de los Tribunales, baremos y demás requisitos que en cada caso sean exigidos, se determinarán reglamentariamente.

Tercera 1. El Gobierno, a propuesta del Ministerio del Interior, aprobará el Reglamento orgánico y de servicio del Cuerpo Nacional de Policía, así como las plantillas de las Escalas y categorías de dicho Cuerpo, por una sola vez.

2. El Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministros de Defensa e Interior, aprobará el Reglamento orgánico y de servicio de la Guardia Civil, así como las plantillas y empleos de dicho Cuerpo, por una sola vez.

3. Las plantillas orgánicas de las distintas Unidades dependientes de la Dirección de la Seguridad del Estado se fijarán por el Ministro del Interior.

4. Los Ministerios de Economía y Hacienda y del Interior darán conjuntamente las instrucciones relativas a las misiones de resguardo fiscal, encomendadas al Cuerpo de la Guardia Civil.

5. El Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Defensa y de Interior, determinará la extensión del mar territorial sobre el que se ejercerán las competencias atribuidas por esta Ley al Cuerpo de la Guardia Civil.

Cuarta. Las referencias a la Policía y a los Cuerpos Superior de Policía y de Policía Nacional, contenidas en la legislación vigente, se considerarán hechas al Cuerpo Nacional de Policía.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. 1. Lo dispuesto en la presente Ley no será de aplicación a la competencia que el artículo 17 del Estatuto de Autonomía atribuye a las instituciones del País Vasco en materia de régimen de la Policía Autónoma, para la protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden público dentro del territorio autónomo, que seguirá regulándose por dicho Estatuto en la forma en que se determina por el mismo.

2. No obstante lo establecido en el número anterior, los artículos 5, 6, 7 y 8, que contienen los principios básicos de actuación, y las disposiciones estatutarias comunes, por su carácter general, se aplicarán al régimen de la Policía Autónoma del País Vasco.

3. La coordinación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la Policía Autónoma en el territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco, se realizará por la Junta de Seguridad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 y la disposición transitoria cuarta del Estatuto de Autonomía del País Vasco.

Segunda. 1. La Policía Autónoma de Cataluña se rige por su Estatuto de Autonomía y normas que lo desarrollen, respecto a las que la presente Ley tendrá carácter supletorio, de conformidad con el artículo 13.1 de aquél.

2. No obstante lo establecido en el número anterior, por su carácter general, serán de aplicación directa al régimen de la Policía Autónoma de Cataluña, los artículos 5, 6, 7 y 8 de esta Ley, y, en virtud de lo dispuesto respectivamente en los apartados 2. c), 7 y 4, del artículo 13 del Estatuto de Cataluña, los artículos 38, 43 y 46 de la misma.

3. La coordinación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la Policía Autónoma en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña, se realizará por la Junta de Seguridad, de acuerdo con lo dispuesto en los apartados 6 y 7 del artículo 13 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

Tercera. La Policía Foral de Navarra se regirá por la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra y normas que la desarrollan, respecto de las que la presente Ley tendrá carácter supletorio.

2. No obstante, lo establecido en el número anterior, por su carácter general, serán de aplicación directa al régimen de la Policía Foral, los artículos 5, 6, 7, 8, 43 y 46 de esta Ley, sin perjuicio de las competencias que corresponden a Navarra en materia de regulación del régimen de Policía, en virtud de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto; asimismo, y de conformidad con el artículo 51.2 de la citada Ley Orgánica, podrán aplicarse los artículos 38 y 39 de esta Ley, si así se establece en la normativa propia de la Comunidad Foral de Navarra.

3. La coordinación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la Policía Foral de Navarra se realizará por la Junta de Seguridad, de acuerdo con lo previsto por el artículo 51.2 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral.

Cuarta. Cuando las Comunidades Autónomas, a que hace referencia el apartado 2 del artículo 37 de esta Ley, ejerzan sus funciones en la forma prevista en el artículo 47, la financiación de las mismas se hará al 50 por 100 con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

Si las referidas Comunidades Autónomas optasen por crear Cuerpos de Policía propios, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del referido artículo, no les será de aplicación lo establecido en la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas.

Quinta. Tienen el carácter de Ley Orgánica los preceptos que se contienen en los títulos I, III, IV, V y el título II, salvo los artículos 10, 11.2 a 6, 12.1 y 17 del mismo, las disposiciones adicionales segunda, tercera y las disposiciones finales.

DISPOSICION DEROGATORIA

A la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica, quedan derogadas en su totalidad, las Leyes de 15 de marzo de 1940; de 23 de noviembre de 1940; de 2 de septiembre de 1941; 24/1970, de 2 de diciembre, y 55/1978, de 4 de diciembre. Quedan, asimismo, derogadas cuantas disposiciones, de igual o inferior rango, se opongan a lo preceptuado en la presente Ley.

CIRCULARES Y CONSULTAS

Circulares, consultas e instrucciones de la Fiscalía General del Estado

LIBERTAD CONDICIONAL: CUESTIONES QUE SUSCITA EL REQUISITO DE QUE LOS BENEFICIARIOS HAYAN SIDO SENTENCIADOS A MAS DE UN AÑO DE PRIVACION DE LIBERTAD

— Consulta número 9/1985, de 11 de noviembre —

— I —

La Consulta está determinada por las dudas que se le han presentado al Fiscal de Vigilancia Penitenciaria del territorio en orden a la interpretación que haya de darse a los artículos 98 del Código penal, 72 de la Ley General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979 y 58 y 59 c) del Reglamento Penitenciario de 8 de mayo de 1981. En concreto, las cuestiones que plantea y que se relacionan con aquellas normas son las siguientes:

1. Condenada una persona, en la misma o en diferentes causas, a varias penas de arresto mayor que en conjunto sobrepasan el año de duración, ¿cabe la acumulación matemática de las mismas con la consecuencia de aplicar a la sanción resultante el beneficio de la libertad condicional?

2. Condenada una persona, en la misma o en diferentes causas, a dos penas de seis meses y un día de prisión, ¿concurre el requisito exigido por el artículo 98 del Código penal de encontrarse "sentenciado a más de un año de privación de libertad" que conlleva la aplicación de la libertad condicional?

El Fiscal que formula la Consulta se pronuncia en sentido positivo para la primera de las cuestiones planteadas y negativamente para la segunda.

— II —

Se analizan ahora, por separado, cada uno de los temas que la interpretación del artículo 98 del Código penal ha suscitado.

1. La posibilidad de acumular penas de arresto mayor que, en su conjunto, excedan de un año, a efectos de aplicar en su momento la libertad condicional, está justificada en opinión del Fiscal consultante con argumentos de diversa naturaleza.

— El artículo 84 del Código penal establece que las penas de reclusión y prisión son las que se cumplirán según el sistema progresivo o de individualización científica separado en grados, el último de los cuales lo constituye la libertad condicional; está, pues, excluido implícitamente en él, el arresto mayor, pero sólo en su extensión natural, porque dada su corta duración no permite llevar a cabo una labor de reeducación y reinserción social, y porque para esa pena está reservada fundamentalmente la condena condicional. Como no debe desconocerse que tanto la Ley como el Reglamento Penitenciario regulan el tratamiento progresivo con carácter general, sin exclusión de pena alguna, la suma de las diversas penas de arresto mayor está expresamente permitida por el artículo 59 c) del Reglamento Penitenciario declarativo de que “cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional”.

— El artículo 98 del Código penal, con su referencia explícita a “los sentenciados a más de un año de privación de libertad”, no representa un obstáculo para la eficacia de la suma de las penas de arresto mayor, pues en él no se condiciona el beneficio a la clase de pena sino a la duración de la condena.

Las razones aducidas en apoyo de su tesis por el Fiscal que consulta las juzgamos perfectamente válidas, y como confirmación de ellas pueden agregarse otras complementarias.

A la vista del principio de legalidad en la ejecución de las penas que recoge el artículo 81 del Código penal, la cuestión más importante es precisar si existe discordancia o desarmonía entre las normas del Código penal y las disposiciones reglamentarias. Para ello debemos dar solución a este interrogante: ¿Autoriza o no el artículo 98 del Código penal a aplicar la libertad condicional a condenas, por razón de delito, que en su conjunto excedan del año, pero que aisladamente consideradas ninguna de ellas rebasa ese *quantum punitivo*? En su estricta literalidad el vigente artículo 98 ni autoriza ni impide la acumulación de penas privativas de libertad inferiores a un año a efectos de aplicar la libertad condicional a la suma resultante; sólo establece que los titulares de este derecho subjetivo son “los sentenciados a más de un año de privación de libertad”. Veamos sus antecedentes.

En el artículo 1.^o de la Ley de Libertad Condicional de 23 de julio de 1914, el requisito temporal no estaba constituido por la imposición de una determinada clase de pena que excediera del año, sino por el hecho de que los penados fueran sentenciados a más de un año de privación de libertad, con independencia de que ese tope se alcanzara con la suma de otras penas menos graves. Este es su texto: “se establece la libertad condicional para los penados sentenciados a más de un año de privación de libertad”. El Código penal de 1928 rectifica este criterio al señalar que “podrá otorgarse la libertad condicional a los condenados a penas de reclusión y prisión” (artículo 174); se tiene en cuenta, pues, la clase de pena impuesta (sólo la prisión o reclusión), pero sin que existiera un

límite de tiempo de ellas, puesto que la libertad condicional se aplicaba incluso a las penas inferiores a un año si eran de prisión (artículo 28 del Reglamento de 24 de diciembre de 1928 para la aplicación del nuevo Código penal en los Servicios de prisiones, y artículo 46 del Reglamento de prisiones de 14 de noviembre de 1930).

El Código penal de 1932 (artículo 101) en la misma línea que la Ley de 23 de julio de 1914, expresaba que "se establece la libertad condicional para los penados sentenciados a más de un año de privación de libertad". A partir del Código penal de 1944 todos los textos legales han extendido la libertad condicional a "los sentenciados a más de un año de privación de libertad" (artículo 98) con redacción virtualmente idéntica a la de la originaria Ley de libertad condicional. Es cierto que, en ningún caso, estos Códigos aclaraban si la privación de libertad superior a un año debía ser efecto directo de una sola condena o si también era hábil para que entrara en juego la libertad condicional la acumulación de dos o más condenas. El Reglamento para los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956, reformado parcialmente por Decreto de 25 de enero de 1968 dispuso en su artículo 56 que "cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, las que sean superiores a la de arresto serán consideradas como una sola de mayor duración a efectos de aplicación de la libertad condicional". Solamente están exentas de la acumulación las penas de arresto mayor, pero las de presidio o prisión inferiores a un año que concurren con otras de igual naturaleza podían verse beneficiadas por la libertad condicional.

Sin embargo, la Consulta de esta Fiscalía de 1 de diciembre de 1970 en la interpretación que hizo de la norma reglamentaria no la desvincula de la exigencia temporal del artículo 98 del Código, por cuanto se afirma que a pesar del artículo 56 la concesión del beneficio de libertad condicional debe considerarse subordinado a que concurren en el penado todos los requisitos necesarios para ser acreedores al mismo, entre los cuales cuenta como principal *que la pena a cumplir por cada delito sea superior a un año*; de ahí el que seguidamente se indique que la efectividad del beneficio de libertad condicional en los casos de condenas múltiples quede apagado cuando el penado además de la condena en que se le concede la libertad condicional tenga que cumplir otras penas impuestas de duración inferior a un año. Es decir, que aunque el artículo 56 disponga que cuando se sufran dos o más condenas de privación de libertad *superiores a arresto* serán consideradas como una sola, en la Consulta se resuelve que esas dos o más condenas han de ser siempre *superiores a un año*. Entendemos ahora que la expresión "superiores a la de arresto", debió ser interpretada en sentido estricto, con lo que hubieran tenido cabida en ella también las penas de prisión inferiores a un año.

El artículo 59 c) del nuevo Reglamento Penitenciario declara que cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de la aplicación de la libertad condicional. Tiene, pues, una mayor amplitud que la norma derogada pues también las diversas penas de arresto

—antes excluidas— cuya suma exceda del año puedan acogerse a la libertad condicional.

Con su remisión expresa a los reglamentos, ni el artículo 81 del Código penal ni el 990 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal suponen un obstáculo para la acumulación de penas a efectos de poder aplicar la libertad condicional. Lo único no permitido sería conceder este beneficio a penas que, separadamente o de modo conjunto, no excedieran del año. Con la interpretación dada no se vulnera el artículo 98, párrafo primero, del Código penal, porque como ya apuntábamos, no hay que tener en cuenta el dato objetivo de que la condena impuesta supere el año de privación de libertad, sino el subjetivo de que una persona, el sentenciado, a través de una o varias resoluciones haya sido condenada a penas excedentes del año.

2. La segunda cuestión objeto de Consulta es muy concreta: si condenada una persona a dos penas de seis meses y un día debe entenderse o no que concurre el requisito de haber sido sentenciada a más de un año de privación de libertad. Opta el consultante por la solución negativa al estimar que ambas condenas ni por separado ni sumadas superan el año; argumenta del siguiente modo: la acumulación matemática de ambas sanciones ha de hacerse necesariamente reduciendo los castigos a días y contabilizando los meses a razón de treinta días, con lo que resulta un monto total de 362 días inferior al de 365 días, que constituye el año.

A pesar de que en la mayor parte de las penas que prevé el Código la duración está expresada en años, no existe norma alguna sobre el cómputo de los años. Sí lo hacía el Código penal de 1928 al establecer en su artículo 110 que “para computar la duración de las penas a los efectos de su cumplimiento, los días se contarán de 24 horas, los meses de 30 días y los años de 365 días cualquiera que sea su duración natural”. El Código de Comercio en materia de disposiciones comunes a los contratos, expresa que los años se computarán de 365 días (artículo 60).

¿Cumplen las dos condenas de seis meses y un día la condición que impone el artículo 98 del Código penal de estar “sentenciados a más de un año”? Toda interpretación no puede tener otro contenido que la explicación del significado de la norma, de modo que la fórmula legislativa coincida exactamente con la voluntad del legislador; objetivamente la declaración normativa que examinamos, relacionada en su literalidad con una unidad de tiempo —más de un año— es clara, pero acontece que ese vocablo de un único sentido gramatical, tiene valores temporales diversos coincidentes con el entendimiento vulgar, pues caben en él tanto los 366 días como los 12 meses y un día. La fidelidad del intérprete al esquema lingüístico del legislador permite concluir que tanto uno como otro de aquellos significados cumplen con el presupuesto legal de ser sentenciado a más de un año, porque, evidentemente, en su sentido usual 12 meses constituyen un año. A ello debe unirse tanto el principio del *favor rei*, presente en toda interpretación de normas de naturaleza penal, como el hecho de que la solución que mayor igualdad ofrece para integrar temporalmente un año, es la de multiplicar el número de sus me-

ses por 30 días. Lo único que podría oponerse a esta interpretación es que el sentenciado como autor de un delito a la pena de un año, representativo de 365 días, no sería beneficiario de la libertad condicional, derecho que sí se otorgaría a quien fuera sentenciado por dos delitos a sendas penas de seis meses y un día que materialmente considerados suman 362 días, pero es lo cierto que si ponderamos los meses se trataría de 12 meses y 2 días, cifra superior a los 12 meses que forman el año.

ACTUACION DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCEDIMIENTOS PROMOVIDOS PARA OBTENER EL DERECHO A JUSTICIA GRATUITA Y EN LOS PROCESOS CIVILES QUE PUEDAN SUBSEGUIR

— Consulta número 10/1985, de 10 de noviembre —

— I —

La Consulta formulada se refiere a la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos iniciados para obtener el derecho a justicia gratuita que regula la Ley 34/1984, de 6 de agosto, sobre reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, más en concreto, a si es parte directa en tales procesos o si sólo lo será como consecuencia de la delegación que, en su favor, pueda hacer el Abogado del Estado. La opinión que se sustenta es la de que el Ministerio Fiscal, por derecho propio, es parte, y ello a pesar de que el nuevo artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exprese que la solicitud por la que se inste el beneficio de justicia gratuita se sustanciará *con audiencia de las demás partes y del Abogado del Estado*. Este precepto, se agrega, no debe interpretarse aisladamente, sino a través de otros, ordenadores también de esta materia, de los cuales se concluye que el Ministerio Fiscal es parte. En este sentido se citan el artículo 28 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto establece que, asegurado el pago de las eventuales costas, la parte a quien interese puede promover un nuevo incidente para obtener la justicia gratuita o para extinguir el beneficio, si durante la tramitación del proceso principal se modificaran las circunstancias antes tenidas en cuenta, y también el artículo 29 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al señalar por su parte que están exentos de la prestación de fianza a que se refiere el artículo anterior, el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal. Añadiéndose que no sólo se menciona al Ministerio Fiscal en el procedimiento para obtener la justicia gratuita, sino que al tratar de los efectos que se originan una vez concedidos aquellos beneficios, la Ley de Enjuiciamiento Civil le vuelve a dar intervención con su preceptivo dictamen (artículos 39 y 40) acerca de si es o no sostenible en juicio la pretensión principal cuando el Abogado designado de oficio y el Colegio de Abogados se hubieren pronunciado negativamente.

La conclusión a que, en definitiva, llega el Fiscal en su Consulta, es la de la inexcusabilidad de la intervención del Ministerio Fiscal en estos procedimientos por vía directa y no por la delegación que pueda hacer el Abogado del Estado.

— II —

En la ordenación que la Ley de Enjuiciamiento Civil hace de los procedimientos relacionados con el reconocimiento del derecho a justicia gratuita la intervención del Ministerio Fiscal está sujeta a distinto tratamiento. Deben, pues, aunque no se haga así en la Consulta distinguirse dos momentos cronológica y procesalmente diferentes. Uno es el de la intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento cuyo fin único es la obtención del beneficio de justicia gratuita, y otro el de la participación del Ministerio Fiscal en el proceso principal una vez que se haya concedido el beneficio.

1. *Intervención del Ministerio Fiscal en el procedimiento para obtener el beneficio procesal de justicia gratuita.* El derecho a litigar gratuitamente se reconoce para cualquier tipo de proceso (jurisdicción contenciosa o voluntaria), se extiende a todos los incidentes y recursos (artículo 32 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y pueden ejercitarse quienes vayan a asumir la posición jurídica de actor en el juicio principal (artículo 20), así como cualesquiera de las partes después de entablada la demanda, ya sea en primera instancia (artículo 25), en apelación (artículo 26) o en casación (artículos 26, párrafo segundo y 1.708). En todos los casos se considera como un incidente del negocio principal y se sigue por los trámites del juicio verbal (artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los procesos regulados en esta ley y artículo 66 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 para los juicios de cognición); intervienen en este incidente, junto a su promotor "las demás partes y el Abogado del Estado" (artículo 22), con la particularidad de que cuando se solicite el beneficio de justicia gratuita para litigar en juicios verbales, se debe oír "al Abogado del Estado o al Fiscal por su delegación" (artículo 740).

La concesión o denegación del derecho a justicia gratuita declarada en la sentencia para un negocio determinado, es provisional pues en cualquier momento de la tramitación del proceso principal, si se modifican las circunstancias, la parte a quien interese podrá instar nueva solicitud siempre que preste fianza (artículo 28). El Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal pueden promover el incidente que tiende al cambio de la situación sin necesidad de prestar fianza (artículo 29).

2. *Intervención del Ministerio Fiscal en el proceso principal después de concedido el beneficio de justicia gratuita.* Uno de los efectos de la obtención del derecho a disfrutar justicia gratuita es el nombramiento de Abogado y Procurador de oficio para que actúen en el negocio principal sin que éstos cobren sus honorarios y derechos (artículos 30,4 y 42).

Aquí la intervención del Ministerio Fiscal está prevista en dos momentos: antes de iniciarse el proceso y durante su tramitación.

a) Con la finalidad de que sea designado Abogado de oficio, el Juez o Tribunal, una vez concedido el beneficio, se dirigirá al Colegio de abogados para que designe a dos Letrados que se encuentren en turno de oficio (artículo 33, párrafo segundo), debiendo facilitar el interesado al Abogado designado en primer lugar, los datos, documentos y antecedentes necesarios para el estudio del asunto (artículo 34), antecedentes que podrán ser ampliados o aclarados a instancias del Abogado dentro de los seis días siguientes a su entrega (artículo 35); si con la ampliación, o sin ella, se estimare por el Abogado que la pretensión a deducir es insostenible, lo comunicará dentro de seis días al órgano jurisdiccional (artículo 36), quien tramitará los antecedentes al Colegio de Abogados para que, también en el plazo de seis días, emita dictamen sobre si puede sostenerse o no en juicio la pretensión (artículo 38); si este dictamen fuere negativo y por tanto conforme con el del Abogado designado en primer lugar los antecedentes pasan ya al Ministerio Fiscal para que dictamine, previa audiencia del interesado, si lo juzga necesario (artículo 39), y si estimare en su dictamen que es defendible la pretensión del interesado se entregará toda la documentación al Abogado designado en segundo lugar, para quien será obligatoria la defensa (artículo 40).

b) Las reglas anteriores se aplicarán también en el caso de ser el demandado quien se encuentre en situación de justicia gratuita, o cuando el derecho se reconozca después de contestada la demanda o en la segunda instancia (artículo 41).

Para el recurso de casación la designación de Abogado y Procurador de oficio se rige por lo dispuesto en el artículo 1.708 (artículo 44), norma que contiene reglas diferentes a las de la primera y la segunda instancia. El recurrente que gozare de justicia gratuita tiene una opción: o designar Abogado en el escrito de comparecencia o en el de interposición del recurso haciendo constar el designado su aceptación, o bien solicitar de la Sala Primera del Tribunal Supremo dentro de los diez primeros días del emplazamiento que se dirija al Colegio de Abogados para que designe a dos de ellos por turno de oficio, comunicándose las actuaciones para la interposición; si ninguno de los Abogados considerase procedente el recurso y se excusaren en el término fijado, se pasarán las actuaciones al Ministerio Fiscal para que, de estimarlo procedente, interponga el recurso, y en caso contrario las devuelva con la nota de "Visto" (artículo 1.708).

— III —

Como puede observarse tras la exposición resumida de la normativa en vigor, el tema de la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos sobre justicia gratuita da lugar a un planteamiento más complejo que el articulado en la Consulta; y la solución que consideramos ajustada tampoco puede coincidir exactamente con la que se propone de juzgar

inxcusable en todos los casos la presencia del Ministerio Fiscal en los procedimientos aludidos. Es necesario distinguir:

1. *Hay supuestos en los que el Ministerio Fiscal es parte en el procedimiento para obtener el derecho a la justicia gratuita.* El artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil expresa que la solicitud (demanda) de justicia gratuita se sustanciará por los trámites del juicio verbal y con audiencia de las demás partes y del Abogado del Estado. En él al Ministerio Fiscal no se le designa *nominatio*, pero su presencia en alguno de esos procesos está indirectamente contenida en el término "las demás partes"; así, el Ministerio Fiscal intervendrá en los procedimientos en que se pretenda la justicia gratuita cuando el proceso civil principal que después haya de sustanciarse verse sobre las cuestiones en que legalmente es preceptiva su intervención; también, cuando el negocio ulterior vaya a integrarse en cualquiera de los actos de jurisdicción voluntaria en cuya tramitación es obligado su informe (artículo 1.815 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Si la naturaleza del proceso que haya de seguir es la *condictio* para la intervención del Ministerio Fiscal en el estricto procedimiento de justicia gratuita aquél será fácilmente identificable desde un principio porque el artículo 20, apartado segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que en la demanda solicitando la justicia gratuita se expresará la pretensión que se quiere hacer valer (en el proceso principal). Este mismo precepto justifica que en el giro "las demás partes" del artículo 22 esté incluido el Ministerio Fiscal siempre que deba ser parte en el proceso principal, dado que en la solicitud de justicia gratuita es indispensable designar "la parte o partes contrarias".

2. *Al contrario, hay otros casos en que el Ministerio Fiscal es ajeno del todo al procedimiento de justicia gratuita.* Así cuando, por razón de su naturaleza, los procesos que hayan de seguir sean de aquellos en que no interviene el Ministerio Fiscal, tampoco será parte en el dirigido a obtener justicia gratuita. El artículo 29 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no puede esgrimirse para concluir que el Ministerio Fiscal es parte en la generalidad de los procedimientos de justicia gratuita, porque la referencia que en él se hace al Ministerio Fiscal como legitimada para promover incidentes modificativos de justicia gratuita durante la tramitación del proceso principal, debe contraerse exclusivamente a aquellos procesos en que esté interviniendo como parte; sólo ostentando esta cualidad en el proceso principal se está en condiciones de conocer si ha cambiado la situación económica de las partes, pero ello es realmente imposible si no interviene en el asunto principal.

3. Si la intervención plena del Ministerio Fiscal en los procedimientos de justicia gratuita está subordinada a que ostente la cualidad de parte en el proceso principal, una vez concluidos aquéllos, su intervención en forma de dictamen anterior al asunto principal (artículo 39 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) no está sujeta a límite alguno, es incondicionada. Debe, pues, afirmarse que así como los procedimientos de justicia gratuita previos a un proceso en el que el Ministerio Fiscal no sea parte se sustancian sin su presencia, una vez que aquéllos han terminado, y si

se dan los supuestos legales, deberá intervenir en vía de dictamen informando sobre la eventual prosperabilidad de la pretensión dirigida a iniciar el proceso subsiguiente (artículos 39-40), a continuarlo (artículo 41) o incluso sobre la posibilidad de interponer directamente recursos de casación (artículos 1.708 y 1.719). Pero es siempre un dictamen posterior a la concesión de justicia gratuita que versa sobre la viabilidad de la pretensión o sobre la procedencia de los recursos a formalizar.

La Ley de Enjuiciamiento Civil no especifica si este tipo de intervención por vía de dictamen se limitará a aquellos procesos en que no haya de ser parte en el asunto principal o si debe informar siempre, esto es cualesquiera que sea la naturaleza del negocio que haya de seguir. Muy claro era el anterior artículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues, conforme a su párrafo segundo, el dictamen del Ministerio Fiscal sobre si era sostenible o no la pretensión a entablar, sólo procedía cuando no hubiere de ser parte en el proceso siguiente, añadiendo el párrafo tercero, que cuando fuere parte el Ministerio Fiscal, dará ese dictamen un Abogado que no sea de pobres, elegido por el Colegio donde lo haya, y en su defecto designado por el Juez.

La nueva Ley guarda silencio sobre este punto, pues el artículo 39 se limita a reconocer el carácter preceptivo —no meramente facultativo— y vinculante del dictamen del Ministerio Fiscal sobre si puede sostenerse o no en juicio la pretensión a ejercitarse. La interpretación lógica de esta norma, que ha modificado sustancialmente la anterior, permite concluir que la función dictaminadora del Ministerio Fiscal es obligada cualesquiera sea el proceso que haya de seguir, estando su fundamento tanto en el principio de la acentuación de su intervención en materias relacionadas con la defensa de los derechos de los ciudadanos, como en el hecho de que tal dictamen en cuanto proviene del defensor de la legalidad, representará siempre una garantía para los litigantes ante supuestos, ciertamente singulares, en que los Abogados designados no quieran, sin razón, asumir la carga de la defensa de oficio.

Este mismo sistema de informar mediante dictamen, que si es positivo conlleva la obligatoriedad de la defensa, es aplicable cuando el derecho a justicia gratuita se reconozca después de contestada la demanda o en la segunda instancia (artículo 41), pero varía sensiblemente para el recurso de casación. El artículo 44 se remite a los artículos 1.708 y 1.719 en donde se establece el régimen de representación y defensa del recurrente que gozase ya de la situación legal de justicia gratuita. La particularidad estriba en que cuando los Abogados designados mostraren su parecer contrario a la interposición y se excusaren dentro de plazo, el Ministerio Fiscal no emite dictamen sino que es él mismo quien debe decidir si interpone o no el recurso.

4. La solicitud de justicia gratuita para *procesos de cognición* está sujeta al régimen expuesto, dado que el artículo 66 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, en el marco de estos juicios y redactado según la Ley 34/1984, de 6 de agosto, dice que “el beneficio de justicia gratuita se discernirá en las condiciones y con la extensión que determinan las leyes vigentes y por el procedimiento establecido para el juicio verbal”.

Cuando el beneficio de justicia gratuita se solicite para litigar en un juicio verbal se seguirá el mismo procedimiento previsto para el asunto principal, pero con la especialidad que se extrae del texto del nuevo artículo 740, declarativo de que "cuando en estos juicios se solicite el beneficio de justicia gratuita, conocerá el propio Juzgado de Distrito o de Paz, oyendo al Abogado del Estado o al Fiscal por su delegación". La referencia a la intervención del Abogado del Estado se ajusta a la legalidad, porque, efectivamente, en defensa del Estado, en materia civil debe intervenir en la contestación a todas las demandas de pobreza (artículo 55, 2.^a del Reglamento del Cuerpo de Abogados del Estado, aprobado por Decreto de 27 de julio de 1943). Pero la eficacia de una incondicionada y propia delegación al Fiscal es cuestión que precisa de matizaciones. La posibilidad de una delegación figurando como delegado el Ministerio Fiscal procede del artículo 72 del citado Decreto de 27 de julio de 1943, que dispone: "Los Abogados del Estado podrán delegar si se estimase conveniente... en el Fiscal Municipal de la localidad respectiva la representación y defensa del Estado que privativamente les corresponde ante los Tribunales y Juzgados, respecto a los juicios o asuntos de que deban conocer los Tribunales y Juzgados establecidos en poblaciones que no sean capitales de provincia". El párrafo segundo de este artículo establece que "tales delegaciones podrán hacerlas por sí en los incidentes de pobreza, tasaciones de costas o diligencias de prueba que hayan de practicarse en Juzgados de poblaciones en que no haya Audiencia". Esta delegación fue recogida en el Decreto de 21 de noviembre de 1952 cuyo artículo 23 (derogado por la Ley de 6 de agosto de 1984) refiriéndose al juicio verbal decía: "cuando en estos juicios se solicite defensa por pobre, conocerá el Juzgado Municipal en juicio verbal, oyendo al Abogado del Estado o al Fiscal Municipal, Comarcal, o de Paz por su Delegación".

La vigencia de la delegación para procesos penales contenida en el artículo 72 del Decreto de 27 de julio de 1943 y trasladada en otros términos al artículo 740 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha sido cuestionada. En la Memoria de esta Fiscalía elevada al Gobierno el 15 de septiembre de 1984, se recogía el parecer del Fiscal de La Coruña, quien decía a propósito de las delegaciones que venían haciendo los Abogados del Estado a los Fiscales de Distrito que intervenían en procedimientos orales, preparatorias y juicios de faltas, que el precepto que las autoriza, desconoce las funciones que incumben al Ministerio Fiscal como defensor de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público, cuyo ejercicio puede resultar incompatible con los intereses del Estado; de ahí, se agregaba, que aquella norma (el artículo 72 del Decreto de 27 de julio de 1943) tanto por ser anterior a la Constitución y al propio Estatuto Orgánico y chocar con sus principios como por el principio de jerarquía establecido en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (artículo 15) deba entenderse derogada.

El nuevo artículo 740 supone la confirmación de aquella delegación nacida en el ámbito de una disposición con categoría formal de Decreto, y representa la proyección de la misma en forma expresa sobre el juicio

verbal para los incidentes de pobreza. Este supuesto llama aún más la atención que el de la delegación en los procedimiento penales menores a sustanciar fuera de la capital, porque en ellos el Ministerio Fiscal es parte, actúa en el proceso, y en muchas ocasiones habrá intereses paralelos y sustancialmente coincidentes entre Abogado del Estado y Ministerio Fiscal; pero en los juicios verbales civiles la delegación se hace para intervenir en un proceso en el que el Ministerio Fiscal, si es parte, puede con esa dualidad subjetiva de intervención, dar lugar a una oposición de intereses con los del representante de la Administración, y si no es parte asume una cualidad que no está prevista en la Ley.

Una delegación absolutamente vinculante, sin más causa que la *mera facultas* emanada del Abogado del Estado, y con el importante efecto de asumir el Ministerio Fiscal la representación y defensa de la Administración, no debe admitirse. Por lo pronto los requisitos puramente técnicos inherentes al concepto de delegación son ajenos a ella, ya que cualquier delegación supone una relación de dependencia jerárquica entre delegante y delegado, y ello únicamente se produce para los miembros del Ministerio Fiscal respecto del Fiscal General del Estado. En este sentido, y como sólo es posible el nacimiento de una verdadera delegación entre órganos pertenecientes a la misma estructura jerárquica e institucional, bien puede decirse que la delegación prevista en el artículo 740 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la que el Ministerio Fiscal, institución independiente del ejecutivo, actuaría en representación de la Administración, no es propia delegación. Sin embargo, su contenido formal podría asumirse, pero no por la eficacia del acto unilateral de delegación emitido por el Abogado del Estado, sino por el cumplimiento de una actividad de cooperación que debe mediar entre los distintos órganos del Estado cuando estén ordenados hacia la protección de intereses públicos esenciales. Y, además, tal asunción lo sería de un modo doblemente condicionado. De una parte, que la actuación del Ministerio Fiscal se acomodará siempre a la estricta legalidad, aunque de ella resultaren afectados los intereses económicos de la Administración que representa en estos procesos el Abogado del Estado; y de otra, que se acepta en cuanto sea delegación de la presencia material en el proceso, equivalente a sustitución en la actuación, pero no si se entendiera como delegación en la representación formal, con una actividad ulterior predeterminada por el contenido de las instrucciones del delegante.

En definitiva, cuando se pretenda obtener el derecho a justicia gratuita para litigar en juicios verbales, el Ministerio Fiscal puede intervenir en lugar del Abogado del Estado, pero dado que la ejecución de una delegación en sentido formal no presupone representación, el Ministerio Fiscal actuará en nombre propio, con absoluta libertad respecto al delegante y con instrucciones exclusivas de quien jerárquicamente depende; la única dependencia sustancial del Ministerio Fiscal en estos procesos es la del valor supremo que representa la justicia, por lo que el artículo 740 no debe interpretarse en modo alguno como una introducción de grietas en el principio de legalidad.

**PRESUPUESTOS PARA LA RESTITUCION AL PROPIETARIO
DE LAS COSAS SUSTRAIDAS Y PIGNORADAS EN LAS CAJAS
DE AHORROS Y MONTES DE PIEDAD**

— Consulta número 11/1985, de 26 de noviembre —

— I —

El resumen de los antecedentes y razonamientos de la Consulta es el siguiente:

En diversas actuaciones judiciales seguidas por delitos contra la propiedad ha tomado actualidad el viejo problema planteado por el posterior empeño de los efectos sustraídos en las Cajas de Ahorros y Montes de Piedad. Los propietarios despojados de sus bienes no se explican que para recuperarlos hayan de abonar previamente a esas entidades la cantidad que éstas pagaron por el empeño y los intereses vencidos, razón por la cual han demandado protección a esa Fiscalía. La Consulta, en el ámbito del principio recogido en el artículo 464 del Código civil, de que la posesión de bienes muebles adquirida de buena fe equivale al título, plantea el tema referido a la interpretación que deba darse a las excepciones contenidas en él que admiten la posibilidad de reivindicación. Y al efecto, destaca las excepciones que se extraen de aquella norma. Una es de carácter general y está concebida así: "Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea" (artículo 464, párrafo primero, inciso segundo). Las otras excepciones de distinto matiz son las siguientes: a) "Si el poseedor de la cosa mueble perdida o sustraída la hubiese adquirido de buena fe en venta pública, no podrá el propietario obtener la restitución sin reembolsar el precio dado por ella" (artículo 464, párrafo segundo). b) "Tampoco podrá el dueño de las cosas empeñadas en los Montes de Piedad establecidos con autorización del Gobierno obtener la restitución, cualquiera que sea la persona que la hubiese empeñado, sin reintegrar antes al Establecimiento la cantidad del empeño y los intereses vencidos" (artículo 464, párrafo tercero). c) "En cuanto a las adquiridas en Bolsa, feria o mercado, o de un comerciante legalmente establecido y dedicado habitualmente al tráfico de objetos análogos, se estará a lo que dispone el Código de Comercio" (artículo 464, párrafo cuarto).

Con estos antecedentes legales a interpretar, señala que por "privación ilegal" hay que entender los supuestos de sustracción, y concretamente el hurto y el robo, por lo que cualquiera sea el sentido que se dé a la palabra "título" (título posesorio o título de propiedad) no cabe duda de que con los hechos dados nos hallamos ante una excepción a las llamadas adquisiciones a *non domino*, razón por la cual las cosas sustraídas pueden reclamarse al poseedor de buena fe. Pero junto a esta excepción general del artículo 464, párrafo primero, están las de los párrafos sucesivos de este artículo, entre las que destaca, a los fines de la Consulta, la de las cosas empeñadas en las Cajas de Ahorros y Montes

de Piedad. Situados en las excepciones, el tema lo centra en si los últimos supuestos de reivindicabilidad constituyen —como la del párrafo primero del artículo 464— también una excepción propia a la regla general de que la posesión de buena fe equivale a título, o, si, por el contrario, son excepciones especiales o contraexcepciones a la excepción general que admite la reivindicabilidad en los casos de pérdida o privación ilegal de la cosa mueble. Si todas se configuraran como excepciones a la regla general contenida en el artículo 464, párrafo primero, inciso primero —tesis que no acepta— contaría con una norma tipo y cuatro casos especiales, algunos de los cuales podrían entrar en conflicto entre sí; concretamente si una cosa es sustraída y después es empeñada en Cajas de Ahorros, cuál de las excepciones prevalece, la general del artículo 464, párrafo primero, que permite la reivindicación directa, o la especial del artículo 464, párrafo tercero, en el que a la restitución debe preceder la entrega por el propietario del precio y los intereses?

En suma, la exposición de la Consulta, concluye así: la norma del artículo 464 referente a las cosas empeñadas en los Montes de Piedad es aplicable solamente cuando esos bienes no procedan del hurto o del robo, por lo que si las cosas empeñadas han sido sustraídas a su propietario el Juez que instruya el sumario, o la Audiencia en su caso, deben pedir a las Cajas de Ahorros y Montes de Piedad que los objetos sean entregados en depósito a su propietario, depósito que se convertirá de nuevo en propiedad definitiva una vez dictada sentencia firme, siendo el condenado quien deberá devolver a las Cajas de Ahorros la cantidad que obtuvo de éstas. En favor de esta interpretación aduce estos argumentos: que es socialmente lo más justa y conforme con el carácter eminentemente individualizador del Derecho penal, así como con el sentido socializador del Derecho civil; en segundo lugar, que las cosas sustraídas al constituir cuerpo del delito (artículo 334 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) deberán ser recogidas por el Juez en los primeros momentos y forma parte de su cometido disponer que se depositen los objetos en poder de su propietario; y por último, que lo que dispongan los reglamentos de las Cajas de Ahorros y Montes de Piedad, no puede ir, en ningún caso, en contra de los preceptos del Código civil, Código penal y Ley de Enjuiciamiento Criminal, dado el sistema de jerarquía y prelación de fuentes jurídicas.

— II —

Aparte direcciones doctrinales intermedias menos extendidas, la interpretación del párrafo primero del artículo 464 del Código civil ha dado lugar a dos posiciones esencialmente antagónicas. Para una de ellas (progresiva o germanista), la posesión de bienes muebles conduce, con independencia de la usucapión, a una adquisición válida por el tercero de buena fe, aunque el transmitente no fuera propietario; se produce así una adquisición *a non domino* generadora de una situación de irreivindicabilidad; la excepción, representada por la posibilidad de reivindicación,

tiene lugar únicamente cuando el *verus dominus* hubiere perdido las cosas después enajenadas o cuando hubiere sido privado ilegalmente de ellas (*hurto, robo*). Conforme a la otra posición (conservadora o romanista), la posesión de bienes muebles no legitima al poseedor de buena fe para una adquisición a *non domino*, o derivada del no titular, capaz de llevar la irreivindicabilidad, sino que la titularidad real no se produce hasta que se den los requisitos de la usucapión, con la única particularidad de que el título está implícito en toda posesión de buena fe; se mantiene el principio de la reivindicabilidad general de los bienes muebles, ya que la finalidad del artículo 464, párrafo primero, no es la adquisición inmediata de la propiedad por el poseedor, sino la de facilitar la adquisición haciendo equivalentes posesión y título.

Pero las dos cuestiones más conflictivas y de difícil —por no decir imposible— conciliación que laten en las direcciones indicadas, no tienen especial trascendencia para la solución de la Consulta, porque ya entendamos la palabra *título* del artículo 464, párrafo primero, como título de mera posesión o como título de propiedad, nos hallaremos según los hechos proporcionados, no ante el principio general sino ante la excepción (privación ilegal) que en cualesquiera de los sentidos en que interpretemos el artículo 464 legítima la reivindicabilidad e impide, en consecuencia, las adquisiciones a *non domino*. Esto es, tanto la tesis conservadora como la de ascendencia germánica aceptan la reivindicabilidad de las cosas que un propietario aparente transmite a un tercero de buena fe cuando la posesión de aquél derive de un acto ilícito a incluir en el concepto de privación ilegal; sólo discrepan en la procedencia o no de la irreivindicabilidad de las cosas transmitidas a un tercero cuando la conducta del enajenante no se inserta en los actos que constituyen privación ilegal, pues mientras una —la romanista— parte de la reivindicación por el propietario a no ser que mediante la usucapión se haya adquirido la propiedad, la otra —dirección progresiva— admite la irreivindicabilidad porque al equiparar título a título de propiedad, con la entrega a un tercero adquirente de buena fe se produjo la transmisión instantánea de la propiedad.

Dado, pues, que estemos en presencia de actos típicos que encajan en el término de *privación ilegal* al propietario, el tema que se plantea es éste: si está sometido a las reglas de la restitución o reivindicabilidad condicionada del artículo 464, párrafo primero, inciso segundo, el supuesto del artículo 464, párrafo tercero, referente a las cosas empeñadas en los Montes de Piedad, o si, al contrario, este último se trata de un caso especial de reivindicación que estaría condicionada al pago de un precio y los intereses. En la Consulta se proclama que el artículo 464, párrafo tercero, no está previsto para las cosas hurtadas o robadas —sometidas siempre al régimen de la reivindicación directa— sino para los supuestos de desposesión voluntaria del titular que no encajan en los de privación ilegal. Sólo en estos últimos casos, se insiste, procedería el reembolso del precio y el pago de los intereses por el propietario desposeído antes de obtener la restitución, pero no se aplicará el artículo 464, párrafo tercero, cuando las cosas empeñadas procedían de pérdida,

hurto o robo, hipótesis en que habrá lugar a la restitución simple o sin necesidad de reintegrar al adquirente el precio y los intereses. Según este punto de vista, en el artículo 464, párrafo tercero, se trataría de una excepción al artículo 464, párrafo primero, inciso segundo, que quedaría plasmada así: para las cosas de cuya posesión se desprende el titular voluntariamente y se transmiten en propiedad a un tercero, la reg'a general es la reivindicación estricta, pero si esas cosas han sido transmitidas a Cajas de Ahorros y Montes de Piedad, para obtener la restitución es necesario reembolsar el precio y satisfacer los intereses vencidos.

— III —

No parece viable la tesis que se mantiene en la Consulta de que en la estructura del artículo 464, párrafo tercero, no se contemplan las cosas perdidas, hurtadas o robadas (sujetas a reivindicación plena), sino sólo las que no hayan sido objeto de privación ilegal (sometidas a restitución condicionada).

Las cosas a que se refiere el artículo 464, párrafo tercero, no sólo han de ser de pertenencia ajena al prestatario con garantía prendaria, sino que además deberá tratarse de cosas de las que ha sido desposeído ilegítimamente su dueño a través de conductas que se integran en el concepto de privación ilegal. En este punto, el artículo 464 merece esta interpretación: todos los supuestos que se relacionan a continuación del párrafo primero, inciso primero, lo son de reivindicabilidad, si bien con matizaciones. El primer caso (artículo 464, párrafo primero, inciso segundo) se contrae a transmisiones genéricas o que no ofrecen especialidad alguna por su forma o por la condición del adquirente; aquí la reivindicación es plena, obteniéndose la restitución sin contraprestación alguna. En los otros casos —de modo singular en los párrafos segundo y tercero del artículo 464— se trata de transmisiones específicas, derivando la especialidad no del modo en que es desposeído el propietario —privación ilegal expresa—, sino de la forma de la transmisión al tercer adquirente; aquí la reivindicación tiene los límites derivados del reembolso del precio o del precio y los intereses.

Que el artículo 464, párrafo tercero, está condicionado por la privación ilegal de las cosas empeñadas se infiere no sólo de la declaración general del artículo 464, párrafo primero, inciso segundo, sino también del artículo 464, párrafo segundo, que se inicia así: "Si el poseedor de la cosa mueble *perdida o sustraída*", y del propio artículo 464, párrafo tercero, según el cual "*tampoco* podrá el dueño de *las cosas empeñadas...* obtener la restitución", con lo que se advierte una clara relación entre ambos preceptos, de modo que en los dos casos los bienes transmitidos han de ser de procedencia ilegal, variando tan sólo en la forma de adquisición (venta pública en el artículo 464, párrafo segundo) y en la cualidad del adquirente (Montes de Piedad en el artículo 464, párrafo tercero).

El artículo 464, párrafo tercero, parte de que el Monte de Piedad ha

adquirido en prenda de buena fe una cosa mueble ajena perdida o susstraída, pero a pesar de ello el titular queda asistido de una acción de restitución: se regula en él, pues, un supuesto que, en principio, es de reivindicabilidad de las cosas de que se privó ilegalmente a su propietario, pero representa una excepción a la reivindicación incondicionada; es reivindicación pero con indemnización o restitución del precio y los intereses al acreedor prendario; sólo en este sentido, como dice la Sentencia de 20 de junio de 1955 (Sala Primera), el artículo 464, párrafo tercero, supone una excepción al artículo 464, párrafo primero, inciso segundo, que estaría justificada en interés del comercio, para el cual la reivindicación pura sera un obstáculo. En suma, se protege en esta norma a los terceros poseedores de buena fe —en este caso los Montes de Piedad— para seguridad del tráfico mercantil y aunque no se les mantiene en la adquisición se les asegura el precio dado y los intereses vencidos; el dueño reivindicante que reembolsó puede repetir contra quien dispuso de la cosa ajena mediante acción de enriquecimiento injusto o de indemnización instando la devolución con los daños y perjuicios. En esta línea, la Sentencia de 4 de julio de 1975 (Sala Primera) establece que el artículo 464, párrafo tercero, significa que acreditando (ante el establecimiento) la legítima propiedad de los objetos empeñados y la tenencia, también legítima de los correspondientes resguardos, aunque estén extendidos a nombre de tercera persona —el mandatario, el causante, el sustractor— se puede obtener su restitución previo reintegro de capital e intereses.

Al adquirente de buena fe se le mantiene en la adquisición si el propietario desposeído no reintegra el precio y los intereses vencidos, con lo que el incumplimiento de la obligación se traduce en la imposibilidad de reivindicar.

Señalemos que ya antes de la publicación del Código civil se acogía la solución del artículo 464, párrafo tercero, para los préstamos concedidos a quien ha pignorado una cosa ajena. El R. D. de 13-7-1880, que aprobó los Estatutos del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Madrid estableció (art. 26) que cuando por autoridad competente se declare el mejor derecho sobre un objeto empeñado, se entregará al que obtenga esta declaración previo pago de la cantidad prestada y los intereses. Declaraciones de este carácter y otras semejantes que se hallan en la ordenación de las Cajas de Ahorros y Montes de Piedad, son perfectamente válidas no sólo porque se ajustan al artículo 464, párrafo tercero, sino porque el Código civil al tratar de concretas materias expresa que los Montes de Piedad y Cajas de Ahorros se regirán por los reglamentos especiales que las conciernen (artículos 1.109, 1.757 y 1.873).

— IV —

Aunque la transmisión a las Cajas de Ahorros y Montes de Piedad no se hace a título de propiedad sino de garantía, la posición del poseedor (acreedor pignoraticio) es inatacab'e, ostentando el *ius retentionis*, mien-

tras no sea reembolsado en la cantidad prestada y los intereses vencidos. Mas la acción reivindicatoria del propietario que haya perdido involuntariamente la posesión de las cosas, pignoradas después en las Cajas de Ahorros, se enerva con carácter definitivo cuando haya transcurrido el plazo previsto para la prescripción adquisitiva de bienes muebles adquiridos de buena fe, pues cumplido el plazo, por la usucapión se ha adquirido la propiedad por el poseedor. Si durante el transcurso del plazo la reivindicación está condicionada, llegado el *dies ad quem* estaremos ante un supuesto típico de absoluta irreivindicabilidad.

Pero no solamente las normas del Derecho privado sirven de fundamento a la tesis que aquí se mantiene. También en el Código penal existen preceptos que refuerzan el sentido de aquellas normas al imponer el deber de restituir al tercero que se halle en posesión de la cosa adquirida por un medio legal, aunque sin desconocer, al mismo tiempo, la irreivindicabilidad si bien con carácter excepcional.

Como en el artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la acción civil comprende la restitución de la cosa, el artículo 101 del Código penal en congruencia con aquél, establece como primer concepto de la responsabilidad *ex delicto* la restitución; el párrafo primero del artículo 102 del Código penal determina cuál es el objeto de la restitución (*restitutio in pristinum* siempre que sea posible); el párrafo segundo de este mismo artículo expresa que se hará la restitución aunque la cosa se halle en poder de un tercero y éste la haya adquirido por un medio legal; y, en fin, el párrafo tercero del artículo 102 concluye diciendo que la anterior "disposición no es aplicable en el caso de que el tercero haya adquirido la cosa en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerla irreivindicable". Esta remisión se hace indudablemente al Código civil y al Código de comercio. Si tenemos en cuenta el contenido de la Consulta, que se refiere fundamentalmente a la sustracción de joyas a particulares que después se pignoran, excluimos ya de la remisión los supuestos que prevé el Código de comercio, pues su artículo 85 reconoce la prescripción de derecho a favor del adquirente de mercaderías compradas en establecimientos mercantiles, el 324, la reivindicabilidad limitada de los efectos cotizables al portador pignorados, y el 545 declara la irreivindicabilidad de los títulos al portador negociados en Bolsa, casos no coincidentes con el que es objeto de análisis.

Pues bien, en los supuestos de bienes muebles pignorados, y en perspectiva penal, ¿el propietario despojado tiene derecho indicionado a que el poseedor se los restituya? Se impone analizar sintéticamente la evolución del actual artículo 102 del Código penal. El Código penal de 1822 estableció (art. 93) que "se hará en todos los casos la restitución libre de lo robado o sustraído", sin distinguir si en ese momento la cosa había pasado o no a poder de un tercero ajeno al acto delictivo. En el de 1848-1850 se contempla ya el hecho de que el poseedor al tiempo de la restitución fuera un tercero, y al efecto indica (art. 116) que la restitución procede aunque la cosa se halle en poder de un tercero, pero agrega una excepción: no procede la restitución cuando el tercero haya prescrito la cosa con arreglo a lo establecido por las leyes civiles. En el Código

penal de 1870 (art. 122) la norma es la restitución pero reconoce excepciones, más no basadas en la prescripción adquisitiva del tercero, sino concebidas de forma genérica —como el actual Código— esto es, siempre que la adquisición se haya hecho en la forma y con los requisitos requeridos para la irreivindicabilidad. El Código penal de 1928, tras afirmar como regla la restitución, añade (art. 73) que “esta disposición no es aplicable cuando haya prescrito la acción reivindicatoria o cuando la cosa sea irrevindicable del poder de un tercero, por haberlo adquirido en la forma y con las condiciones establecidas por las leyes”.

Es preciso aclarar que para que se den las situaciones excepcionales del artículo 102 del Código penal partimos de que el poseedor en cuyo poder se hallen las cosas lo sea de buena fe, pues en otro caso, obviamente, no estaríamos ante una responsabilidad civil *ex delicto*, sino frente a un tema de responsabilidad penal imputable al poseedor.

Luego en el sistema del artículo 102 del Código penal el propietario desposeído tiene derecho a la restitución de la cosa que se halle en poder de un tercero, aun cuando éste lo sea de buena fe. Pero no tiene derecho a la restitución cuando concurran los requisitos para la irreivindicabilidad, que en lo que aquí interesa serán aquellos que se deriven del artículo 464, párrafo tercero, del Código civil; si el artículo 102, párrafo tercero, del Código penal, en relación con el artículo 464, párrafo tercero, del Código civil, condiciona unas veces y excluye otras la efectividad del derecho del propietario desposeído a la restitución, es claro que ésta es improcedente cuando siendo las cosas objetivamente reivindicables no haya cumplido el requisito de pago del precio y los intereses, ni tampoco cuando por el transcurso del tiempo (usucapión) hayan adquirido el carácter de absolutamente irreivindicables. Resulta evidente que en cualquiera de estas dos situaciones no procede la restitución definitiva, pero tampoco debe aceptarse la legitimidad de la puesta a disposición del propietario de los bienes sustraídos y ocupados en poder de un tercero de buena fe.

A estos fines se consideran válidas las conclusiones recogidas en la Consulta de esta Fiscalía de 8 de junio de 1971. Se refiere a si la restitución de los efectos del delito que se encuentren en poder de un poseedor de buena fe puede hacerse directa y coercitivamente durante la tramitación del sumario o si deberá efectuarse la entrega por el cauce de los artículos 615 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y se establece:

— Que la intervención de los efectos del delito debe hacerse en los primeros momentos de la instrucción sumarial para dar cumplimiento a la obligación de restituirlas a su dueño, pues esta es la primordial de las responsabilidades *ex delicto* que enumera el artículo 101 del Código penal.

— Que tal restitución no procede cuando la adquisición se hubiere efectuado en la forma y con los requisitos legales para hacerla irreivindicable.

— Que los incidentes que puedan originarse con motivo de la ocupación

de las cosas que se hallen en poder de un tercero y las pretensiones que se formulen con motivo de la restitución, han de resolverse por el Juez en pieza separada en donde podrá discutirse si los efectos ocupados constituyen o no el cuerpo del delito y si fueron adquiridos en la forma y con los requisitos que los hacen irreivindicables según las disposiciones del Código civil y del Código de comercio, en cuyo caso la restitución no procede, decretándose entonces en favor del dueño la indemnización de daños y perjuicios que sustituye a la restitución.

La relación del artículo 102, párrafo tercero del Código penal con el artículo 464 del Código civil, está reconocida por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. He aquí ahora algunas sentencias en las que no se reconoce el derecho del propietario privado de la cosa a obtener la restitución, al partirse en ellas del respeto a los principios sobre irreivindicabilidad sancionados en el Derecho privado.

La sentencia de 20 de noviembre de 1972 dice que el único límite a la restitución viene impuesto en el artículo 102, párrafo tercero, que respecta las adquisiciones *a non domino* hechas por un tercero en forma irreivindicable con arreglo a las leyes civiles y mercantiles, de modo que tratándose de bienes muebles habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 464 del Código civil y 85, 86, 324 y 545 del Código de comercio para determinar la irreivindicabilidad.

La sentencia de 4 de julio de 1973 declara que el párrafo segundo del artículo 102 del Código penal no es aplicable cuando el tercero haya adquirido la cosa en la forma y con los requisitos establecidos en las leyes para hacerla irreivindicable, tales como las ventas a que atude el Código civil en el artículo 464, párrafos segundo y tercero, venta pública y objetos empeñados en los Montes de Piedad.

Por su parte, la sentencia de 13 de junio de 1980, expresa que sólo se exceptúan de la restitución al propietario los casos en que el tercero haya adquirido en la forma y con los requisitos establecidos en las leyes para hacerla irreivindicable, casos que, entre otros, son aquellos a que se refiere el artículo 464, párrafos segundo y tercero del Código civil.

La de 2 de diciembre de 1981 observa que la restitución de la cosa objeto del delito deberá hacerse aunque se halle en poder de un tercero no protegido legalmente a título de irreivindicabilidad, carácter irreivindicable que está limitado, aunque con criterios interpretativos distintos, por el artículo 464 del Código civil con las excepciones que opone a la reivindicación general de la cosa mueble que haya sido objeto de privación ilegal.

A modo de conclusión y teniendo en cuenta el objeto de la Consulta puede establecerse lo siguiente:

1. En la estructura del artículo 464 del Código civil deben distinguirse diversos supuestos perfectamente diferenciados.

a) El del artículo 464, párrafo primero. Se trata de una *verdadera irreivindicabilidad* de bienes muebles adquiridos por un tercero de buena fe a un titular aparente, pero siempre que la posesión de éste no sea

illegal (pérdida, hurto, robo) sino derivada de la entrega voluntaria por el dueño (depósito, comodato, arrendamiento, prenda).

b) En los siguientes apartados del artículo 464 que no contienen una remisión al Código de comercio, se contienen supuestos de reivindicabilidad; en unos casos es plena y en otros condicionada, hasta el punto de que el incumplimiento de la condición origina una verdadera irreivindicabilidad. Pero en todos estos casos hay que partir de que se trata de cosas perdidas o de las que el dueño ha sido privado ilegalmente que se hallan en poder de un tercero de buena fe.

a') Artículo 464, párrafo primero, inciso segundo. *La reivindicabilidad es pura*, y procede, sin más, una vez ocupadas las cosas en poder del tercero, su entrega o restitución al propietario.

b') Artículo 464, párrafo segundo. *La reivindicabilidad está condicionada*. La entrega o restitución al propietario de las cosas que se hallen en poder de un tercer adquirente, sólo se hará cuando se reembolse al tercero el precio que éste satisfizo al transmitente.

c') Artículo 464, párrafo tercero. *La reivindicabilidad está doblemente condicionada* al reembolso del precio pagado y a los intereses vencidos. Sólo entonces procederá la restitución al propietario.

2. La interpretación del artículo 102 del Código penal en relación con el artículo 464 del Código civil, conduce a estos resultados:

a) Cuando el párrafo segundo del artículo 102 del Código penal expresa que procede la restitución aunque las cosas se hallen en poder de un tercero que las haya adquirido de modo legal, se está refiriendo tan sólo a los supuestos que hemos denominado de reivindicabilidad pura del artículo 464, párrafo primero, inciso segundo.

b) Al disponer el artículo 102, párrafo tercero, que no procede la restitución de la cosa cuando el tercero la haya adquirido en la forma y con los requisitos establecidos por la Ley para hacerla irreivindicable, no alude únicamente a las hipótesis de verdadera irreivindicabilidad (artículo 464, párrafo primero), sino también a los supuestos de irreivindicabilidad sobrevenida por incumplimiento de los eventos que condicionaban la reivindicabilidad (artículo 464, párrafos segundo y tercero), o, más que concreto:

a') No procede la entrega o restitución al propietario de las cosas sustraídas que se ocuparon en poder de un tercero de buena fe, en tanto no haya satisfecho a éste el precio de su adquisición en venta pública.

b') No procede la restitución de esas mismas cosas si no se ha reembolsado el precio por el que fueron pignoradas en los Montes de Piedad, más los intereses vencidos.

c') No procede la restitución al propietario en los casos de verdadera e inicial irreivindicabilidad.

3. Si bien es cierto que las cosas sustraídas y pignoradas posteriormente en los Montes de Piedad sólo se entregarán al propietario cuando éste cumpla la obligación *ex lege* del artículo 464, párrafo tercero, también lo es que este privilegio concedido únicamente a los Montes de Piedad, que se materializa en la mayor parte de las veces en una virtual irreivindicabilidad, no es incondicionado. Aunque el privilegio existe "cualesquier que sea la persona que hubiere empeñado" la cosa, para su real efectividad, por sus órganos y empleados deberán observarse rigurosamente los deberes de diligencia para asegurarse que el constituyente de la prenda es el titular de la cosa dada en garantía o bien un tercero que actúa en su nombre, y si existen dudas fundadas sobre la licitud de su origen no deberá llevarse a cabo, pues en otro caso eventualmente podría excluirse la buena fe, que deberá existir tanto en el momento de la formación del consentimiento como en el de la entrega si ésta se produjere después. Un comportamiento irregular o del todo inadecuado en los actos constituidos del negocio prendario por quienes materialmente lo concluyen, que dé lugar a la constitución de prendas por quien no es el dueño de lo pignorado, lo puede hacer ineficaz e incluso, en casos extremos, ser generadores de responsabilidad delictual, lo que, evidentemente, conllevaría la inaplicación del privilegio contenido en el artículo 464, párrafo tercero, del Código civil.

**DE NUEVO SOBRE EL ARTICULO 344 DEL CODIGO PENAL:
POSIBILIDAD DE QUE LOS PSICOTROPICOS SE INCLUYAN
ENTRE LAS SUSTANCIAS QUE CAUSAN GRAVE DAÑO A LA
SALUD**

— Consulta número 12/1985, de 13 de diciembre —

— I —

En la Consulta se expresa que la inclusión de los psicotrópicos en el tipo delictivo definido en el artículo 344 del Código penal resolvió el problema que se presentaba, desde el punto de vista de la legalidad, de la extensión del concepto de estupefacientes a productos que siendo psicoactivos no tenían aquellos específicos efectos, pero ha suscitado otras muchas cuestiones no resueltas todavía en la doctrina ni en la jurisprudencia. La que ahora interesa se concreta en si los psicotrópicos deberán incluirse o no entre las sustancias gravemente perjudiciales para la salud; si sobre alguno de ellos, como el ácido lisérgico, no se cuestiona su gravedad, otros psicotrópicos como las anfetaminas, barbitúricos, hipnóticos y sedantes —incluidos en las listas II, III y IV del anexo I del Convenio de Viena de 1 de febrero de 1971— suelen recibir un tratamiento penal muy diverso en las sentencias de los Tribunales y en los dictámenes del Ministerio Fiscal. Como en la Circular 1/1981, de 4 de junio, no se abordaba directamente este tema, se somete a la consideración de la Fiscalía General del Estado la oportunidad de completar la interpretación del

artículo 344, mas ello sin perjuicio de razonar su criterio el Fiscal que consulta y que es el siguiente: en principio parece evidente que todas las sustancias psicotrópicas pueden ser incluidas entre las que causan grave daño a la salud en la medida en que pueden producir importantes trastornos psíquicos y significativas alteraciones en el comportamiento, así como, muchas de ellas, desarrollar fenómenos de tolerancia y de progresiva dependencia; pero, naturalmente, será necesario identificar en cada caso el producto que haya sido objeto de la acción sometida a enjuiciamiento, recurrir a los pertinentes asesoramientos periciales, y a la vista de la riqueza en sustancia psicotrópica que ofrezca la fórmula empleada para su elaboración, decidir si nos encontramos o no ante un producto gravemente nocivo para la salud, o incluso que se trata de un preparado que, por su escasa actividad farmacológica, no está siquiera comprendido en los términos del artículo 344, como ocurre con los relacionados en el anexo 2 del Real Decreto 2829 de 6 de octubre de 1977.

Las precisiones aludidas, indispensables para una adecuada tipicidad de los productos psicotrópicos, han de ser objeto de actividad probatoria, cosa que no siempre sucede, pues en muchas sentencias se advierte que no hay decisión concreta sobre el grado de nocividad de los psicotrópicos porque, estando condicionada al conocimiento del porcentaje de dicha sustancia en el producto aprehendido, esto no se ha verificado en la instrucción sumarial; de ahí el que se proponga que debe cuidarse en los procedimientos que se incoen por tráfico de sustancias psicotrópicas de que quede plenamente identificado el fármaco que haya sido objeto del delito, expresada la fórmula utilizada en su fabricación y así cuantificado, en términos de mayor o menor gravedad, el peligro para la salud que representa su uso.

— II —

Si desde una perspectiva farmacológica se han separado de los estupefacientes las llamadas drogas psicotrópicas o modificativas del normal estado psíquico de las personas, desde un punto de vista jurídico-penal se han unificado en su tratamiento estupefacientes y psicotrópicos tras la promulgación de la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio. Mas como ambos conceptos son ajenos al contexto de la norma penal será necesario extraerlos de disposiciones extrapenales, ya sean de orden interno o de carácter internacional. Por ello, si para determinar con exactitud la extensión que deba darse a la palabra *estupefacientes* del artículo 344 hay que tener en cuenta, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, las sustancias que figuran en las listas I, II y IV del Convenio de las Naciones Unidas de 1961, también para perfilar las *sustancias psicotrópicas* habrá que acudir al Convenio de Viena de 21-2-1971 que entró en vigor en España el 16 de agosto de 1976. En él se establece que las sustancias psicotrópicas en general son las productoras de un estado de dependencia y estimulación o depresión del sistema nervioso central y que tengan como resultado alucinaciones o trastornos de la función

motora o el juicio o del comportamiento o del estado de ánimo (artículo 2.4). A efectos legales las únicas sustancias o preparados que tienen la consideración de psicotrópicos son las enumeradas en el anexo al citado Convenio de 1971. La lista I del anexo está dedicada a los alucinógenos o ampliadores de la conciencia, siendo algunos naturales o de origen vegetal (mescalina, psilocibina) y otros artificiales o de síntesis (dietilamida del ácido lisérgico); la lista II incluye las que ejercen una acción estimulante sobre el sistema nervioso central, que son los derivados anfetamínicos (dexanfetaminas, metanfetaminas, metilfenidato); a la lista III están incorporados todos los derivados del ácido barbitúrico o productores de una acción depresora o reductora de la conciencia, y en la lista IV se hallan sustancias con las que se puede formar alguna de las anteriores. Estas sustancias —32 en total— que aparecen designadas por su denominación común internacional y por su denominación química en el Convenio, se encuentran también en el anexo I al Real Decreto 2.829 de 6 de octubre de 1977 regulador de las sustancias y preparados psicotrópicos que fue desarrollado por la Orden de 14-1-1981. Todas ellas son, pues, los psicotrópicos en sentido legal, pero su número es *appertus* porque en el futuro pueden incorporarse otros productos a los inicialmente establecidos (artículo 1,1 del Real Decreto de 6 de octubre de 1977), como así ha sucedido, pues a partir de la Orden de 15-1-1981 en que se incluyó la "tilidina" en la lista I, hasta la del 30-5-1984 en que se incorpora a la lista III el "Sosegón" han sido varias las sustancias que han aumentado las listas adjuntas al anexo. No son sin embargo a efectos legales psicotrópicos las sustancias naturalmente psicotrópicas relacionadas en el anexo 2 del Real Decreto de 6 de octubre de 1977.

— III —

A pesar de que la tipicidad penal directa de los psicotrópicos procede del artículo 344 en su redacción por Ley de 25 de junio de 1983, es lo cierto que ya antes de ella la jurisprudencia del Tribunal Supremo había considerado su tráfico ilícito constitutivo de un delito contra la salud pública, pues si no eran susceptibles de incardinarse los psicotrópicos en el primitivo artículo 344 antes de la ratificación en 1976 del Convenio de Viena, en cambio una vez producida ésta y por obra del artículo 96 de la Constitución se convirtió aquél en ley interna desde la entrada en vigor de la norma fundamental (Sentencias de 3 de mayo de 1980, 7 de mayo de 1984, 12 de julio de 1984 y 8 de julio de 1985).

Con la nueva normativa estupefacientes y sustancias psicotrópicas se hallan en el artículo 344 en una situación de total paralelismo tanto en el plano de la tipicidad como en el de la agravación de la pena tipo. En el párrafo primero la penalidad varía para el tráfico de estupefacientes y psicotrópicos según causen o no grave daño a la salud; lo mismo acontece con las circunstancias previstas en el párrafo segundo, que siendo determinantes todas ellas de la imposición de las penas respectivamente superiores en grado, abarcan al ilegítimo tráfico de sustancias estupe-

facientes y psicotrópicas. Este tratamiento idéntico en tema de penalidad significa que dentro de la expresión técnica de psicotrópicos es necesario distinguir entre los que supongan un grave perjuicio para la salud de los demás. En el área estricta de los estupefacientes no hay problemas, pues el Tribunal Supremo a través de continuadas resoluciones ha trazado con precisión la línea divisoria entre los productos de aquella naturaleza que causan grave daño a la salud y los que no causan grave daño, para incluir entre estos últimos a los derivados de la *cannabis* en sus variadas morfologías, esto es, tanto los preparados a base de sumidades florales y hojas de planta, como los preparados a base de resina pura aunque éstos tengan una mayor proporción de su principio activo, el tetrahidrocannabinol. Lo mismo cabe decir respecto de una sustancia alucinógena, legalmente psicotrópica, el ácido lisérgico o L.S.D. pues siempre ha sido considerada en la jurisprudencia como causante de un grave perjuicio para la salud (SS. 5-10-1983, 20-12-1983, 8-2-1984, 7-5-1984, 11-5-1984, 29-5-1984, 1-6-1984, 26-6-1984, 8-5-1985, 16-10-1985, 12-11-1985).

Pero si el ácido lisérgico, sustancia psicotrópica de síntesis, causa en todo caso grave daño a la salud según la doctrina jurisprudencial, no se han planteado todavía ante el Tribunal Supremo supuestos de tráfico de anfetaminas o de barbitúricos comprendidos, por razón del tiempo de comisión del delito, en el actual artículo 344. Directamente, por tanto, esa interpretación nunca ha versado sobre si existen, y cuáles son en caso afirmativo, productos psicotrópicos que causen grave daño a la salud. Sin embargo, son de anotar dos sentencias que ante hechos acaecidos antes de la vigencia de la Ley de 25-6-1983, afrontan el problema.

Una, la de 12 de julio de 1984, es tan contradicción que no puede esgrimirse en apoyo de que ciertos cualificados productos anfetamínicos produzcan grave daño a la salud. En los hechos acaecidos durante el año 1980 se valoraba la significación penal del tráfico, sin autorización, de sustancias que contenían anfetaminas ("Bustaid", "Minilip", "Dexedrina"). La sentencia de instancia había condenado por el anterior artículo 344 a prisión menor y multa. Ante el recurso del condenado el único Considerando de la sentencia de casación dice literalmente "que las anfetaminas que son sustancias psicotrópicas conforme al Convenio de Viena de 21-2-1971, ratificado por España en instrucción de 2-2-1976, son sustancias que, como ya ha declarado esta Sala, pueden causar grave daño a la salud, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 344 del Código penal con posterioridad a la reforma introducida por la Ley de 25-6-1983, la pena a imponer es la de prisión menor y multa, por lo que al haber sido impuestas en el grado mínimo, en la sentencia recurrida, no procede la revisión de la misma por hallarse la pena justificada". Pero a pesar de lo que se dice en la sentencia de casación se da lugar al recurso y ya en la segunda sentencia puede leerse que "los hechos declarados probados constituyen un delito contra la salud pública previsto y penado en el artículo 344 del Código penal, por lo que procede imponer a los procesados la pena de arresto mayor, dado que las sustancias con las que traficaron, en cuya composición entran anfetaminas, que constituyen psicotrópicos que no causan grave perjuicio para la salud". La in-

congruencia apuntada es patente e irreconciliable, pues de un lado se afirma que los productos anfetamínicos objeto del delito "pueden causar grave daño a la salud", y por otro se sostiene que "constituyen psicotrópicos, que no causan graves perjuicios para la salud".

Otra sentencia que trata de la materia que aquí nos interesa es la de 8 de julio de 1985. Los hechos acaecieron en 1978 y se condenó en instancia a prisión menor y multa por tráfico de productos anfetamínicos (concretamente "Bustaid"). Se expresa en ella que el recurso carece de practicidad porque en la sentencia, dictada antes de la reforma de 25 de junio de 1983, se hizo uso de la facultad concedida en el párrafo tercero del artículo 344 condenando a prisión menor y multa, "y como el contenido de los frascos que el recurrente recibe para vender o traficar es la sustancia denominada "Bustaid", en cantidad notable, —419 frascos— compuesta por anfetaminas, es evidente, que el producto psicotrópico causa grave daño a la salud, según ha declarado reiteradamente esta Sala (Sentencia de 30-9-1981, 4-2-1983 y 4-2-1984) como comprendido en las listas II y III del Convenio de Viena de 1971, sobre sustancias psicotrópicas ratificado por España en 1976, al contener anfetaminas y barbitúricos, lo que determinaría al menos aplicar el párrafo primero del artículo 344 del Código penal reformado y nos llevaría a la pena de prisión menor y multa que es la impuesta en la instancia, sin olvidar que en razón a la cantidad intervenida de 100 frascos, podría apreciarse como de notoria importancia, extremo vedado en casación en perjuicio del recurrente, pero que es suficiente para reforzar la desestimación del recurso". En esta sentencia se admite expresamente que existen psicotrópicos que causan grave daño a la salud; no se concreta la proporción o intensidad del principio activo en el producto intervenido objeto del tráfico, indicándose tan sólo que está compuesto por anfetaminas. Por lo demás, la afirmación de que la tesis que se mantiene "ha sido declarada reiteradamente por esta Sala", no es del todo exacta, dado que las sentencias que se citan no se refieren a la cuestión discutida, pues la de 30-9-1981 absuelve por tratarse de una sustancia que no estaba incluida en los Convenios de 1961 y 1971; la de 4-2-1983 trata de productos estupefacientes, y la de 4-2-1984 absuelve por tráfico de productos psicotrópicos al no estar las sustancias de que se trataba en el Convenio de estupefacientes de 1961 y porque no eran productos de efectos nocivos para la salud.

— IV —

En estricta interpretación del artículo 344, debe aceptarse que existen sustancias psicotrópicas —aparte las incluidas en la lista I del Convenio de Viena— susceptibles de causar grave daño a la salud. Unas tendrán en su composición derivados cíclicos de la anfetamina. Otras, barbitúricos. Productos farmacéuticos comercializados en cuya composición intervengan anfetaminas o barbitúricos podrían contarse por centenares, no estando una gran mayoría sujetos a control por lo que pueden expedirse sin necesidad de receta médica. Para la concreción de los psicotrópicos

sometidos a limitaciones de fabricación, comercio y consumo forzosamente habrá que acudir a las listas II, III y IV del Convenio de Viena de 1971, reproducidas en el Real Decreto de 6-10-1977.

1. Las sustancias estimulantes o anfetamínicas de la lista II son las siguientes: Anfetamina, Dexanfetamina, Metandetamina, Metilfenidato, Fenciclidina y Fennetracina.

Un jurista no está en condiciones —ni tampoco es esta ocasión para ello— de señalar los preparados comerciales en cuya composición entran las sustancias citadas y menos aún de expresar cuál es la proporción en cada una de ellas del principio activo anfetamínico, pero sí puede decirse que todos los productos que las contengan —y no estén insertos en el anexo II del R. D. de 6-10-1977— no sólo son psicotrópicos capaces de constituir el tipo que define el artículo 344, sino que según la proporción que contengan podrá ser, en un orden jurídico, gravemente perjudicial para la salud. Nos referimos, por supuesto, sólo al tráfico ilegítimo de estos productos, el único capaz de generar con la falta de control la directa nocividad de su abuso para la salud pública desde el punto de vista de su peligrosidad humana; no al riesgo terapéutico que pueda suponer la utilización controlada de estos productos para la salud del enfermo. Precisamente el uso terapéutico y las frecuentes indicaciones médicas han contribuido a la proliferación de preparados comerciales anfetamínicos.

Entre las especialidades más caracterizadas que suelen ser objeto de tráfico ilegítimo deben mencionarse: Centramina (la sustancia psicotrópica que interviene en su composición es el sulfato de anfetamina), Dexedrina (sulfato de dexanfetamina), Maxitón (tartrato de dexanfetamina), Minilip (resinato de anfetamina) y Bustaid (Clorhidrato de metanfetamina). El uso terapéutico está autorizado para indicaciones muy precisas, pero están sometidos al máximo control dada la importancia de su acción estimulante sobre el sistema nervioso central y el sistema cardio-vascular y la gravedad de sus efectos secundarios (trastornos nerviosos, confusión mental, alucinaciones) pudiendo dar lugar a una dependencia por drogadicción.

El Minilip y el Bustaid —denominado por algunos el caviar de los anfetaminómanos— son especialidades farmacéuticas que se anularon el 1 de octubre de 1983.

El Tribunal Supremo ha considerado al Bustaid, por su contenido de metanfetamina, no sólo como psicotrópico idóneo para formar el tipo normal del artículo 344 (SS. de 4-2-1984, 7-5-1984, 12-7-1984), sino también para originar la especialidad de sustancia que causa grave daño a la salud (S. de 8-7-1985). También el Minilip (S. de 12-7-1984), el Maximabato (S. de 7-5-1984) y la Dexedrina (S. de 7-5-1984 y 12-7-1984) son psicotrópicos cuyo tráfico es sancionable conforme al artículo 344.

2. Las sustancias tranquilizantes, sedantes o hipnógenos (barbitúricos) contenidas en la lista III, son: Amobardital, Ciclobardital, Glutetimida, Pentobarbital y Secobarnital. Todas ellas derivan del ácido barbitúrico y su principal derivado activo es el ácido dietil barbitúrico. Su uso terapéutico se hace en calidad de tranquilizantes o sedantes; en ge-

neral los barbitúricos son drogas adictivas y causan dependencia. Aparte las intoxicaciones graves por sobredosis (intoxicaciones agudas) o por su consumo continuado (crónicas) son productores de perturbaciones psíquicas.

Tan sólo aludimos aquí al preparado llamado "Sosegón", en cuya composición interviene la pentazocina, que fue incluida por Orden de 30-5-1984 en la lista III del Convenio de Viena sobre psicotrópicos. Antes de estas fechas, en sentencia de 4-2-1984, el Tribunal Supremo había excluido del artículo 344 al "Sosegón" porque "este medicamento no contiene más que el producto llamado pentazocina, cuyo uso como analgésico permitido ya fue reconocido en la sentencia de 30-9-1981 al no producir efectos nocivos para la salud, ni dependencias ni habituación".

3. En la lista IV se hallan sustancias con las que puede formarse alguna de las comprendidas en las listas II y III. Son las siguientes: Antepiramona, Barbital, Etinamato, Meprobamato, Metacualona, Metilfenobarbital, Metiprilona, Fenobarbital, Pipradol.

Recientemente, por Orden de 30-5-1984 se han incluido en esta lista especialidades farmacéuticas muy conocidas (Rohipnol, Valium, Tranxilium, Rivotril y Delgamer) porque en su composición intervienen sustancias del grupo de las Benzodiacepinas. A pesar de la data de la incorporación a la lista IV, la sentencia del Tribunal Supremo de 15-7-1985 consideró hecho tipificado en el artículo 344 el tráfico de Rohipnol por hechos acaecidos en 1982, "porque tal especialidad farmacéutica se encuentra sometida al control de los psicotrópicos desde el Anexo II del Convenio de Viena de 1971, ratificado por España ya en la fecha en que se desarrollaron los hechos examinados", cuando es lo cierto que el Anexo II citado se destina a relacionar las sustancias psicotrópicas *no incluidas* en las listas I, II, III y IV del Convenio, y allí figuraba el Flunitracepán, sustancia psicotrópica que interviene en la composición del Rohipnol.

En conclusión, si abstractamente todas las sustancias psicotrópicas incluidas en las listas del Convenio de Viena de 1971 son nocivas para la salud, ante un hecho concreto de tráfico, y en trances de precisar si son productores además de un grave daño, se considera indispensable que, dado un preparado farmacéutico, a través de la actividad probatoria adecuada queden aclaradas las siguientes circunstancias: identificación exacta del producto, naturaleza de la sustancia psicotrópica que interviene en su composición, riqueza de sus principios activos, nocividad o riesgo para la salud pública de su uso extraterapéutico y acción farmacológica y efectos (dependencia física y potencial dependencia psicológica).

LA PENA DE PRIVACION DEL PERMISO DE CONDUCIR EN CONCURRENCIA CON LAS DE ARRESTO MAYOR O MULTA DIRECTA: SU PROBLEMATICA DEGRADABILIDAD

— Consulta número 13/1985, de 19 de diciembre —

— I —

La cuestión planteada en la Consulta se resume así: en determinadas infracciones delictivas sancionadas con penas conjuntas, si una de ellas es la de privación del permiso de conducir (arts. 340 bis a) y 516 bis) y concurren circunstancias degradatorias de la penalidad, ¿es posible, por razón de delito, imponer la pena de privación del permiso de conducir en una extensión inferior a tres meses y un día? El criterio seguido por el Fiscal que consulta ha sido el de degradar tan sólo las penas conjuntas susceptibles de ello; y entiende que son degradables las de arresto mayor y la multa de los artículos 340 bis a) y 516 bis, pero no lo serán, sin embargo, las penas de multa resultantes de haber degradado la pena de arresto mayor (art. 74), ni la de privación del carnet de conducir, cuya intangibilidad es, precisamente, la que permite imponer la multa señalada en forma directa para un tipo penal en cuantía inferior a 30.000 pesetas. En consecuencia, la pena de privación del permiso de conducción no es, en ningún caso, susceptible de degradación jurídica aunque concurran las condiciones que el Código penal prevé para ello (arts. 51-54, 65, 66, etc.). Si el tema central de la Consulta se concreta en si es posible por razón de delito una sanción de privación del permiso de conducir inferior a tres meses y un día, también se tratan en ella otras cuestiones directamente coligadas que se proyectan en la eventual degradación de las penas conjuntas con aquélla (arresto mayor, multa directamente prevista para el delito, multa sustitutoria). La causa que ha determinado la Consulta está en dos sentencias del Tribunal Supremo que admiten la degradación de la pena de privación del permiso de conducir hasta límites inferiores a los tres meses y un día. La tesis sustentada de la que después se hará un resumen argumental, es contraria a ellas. He aquí las sentencias.

— *Sentencia de 19 de mayo de 1980.* La sentencia de instancia estimó la existencia de un delito del artículo 516 bis, concurriendo la atenuante privilegiada de menor edad (art. 9,3, en relación con el 65) y condenó —parece que partiendo de la pena alternativa de multa— a 5.000 pesetas de multa (el mínimo de la multa delictiva estaba entonces fijado en 10.000 pesetas) y privación del permiso de conducir por tres meses y un día. Se había degradado, pues, la pena de multa pero no la de privación del permiso de conducir. Contra esta sentencia recurrió el Ministerio Fiscal porque “si se mantuvo en ella en su categoría de grave la complementaria pena de privación del carnet de conducir al sancionar el supuesto del artículo 516 bis, de igual manera, y por las mismas motivaciones, debía

mantenerse como grave la principal pena de multa". El Tribunal Supremo casa la sentencia, elevando la pena de multa hasta el mínimo legal de pena grave (10.000 pesetas), al tiempo que degrada la pena de privación del permiso de conducir a tres meses. El razonamiento es doble: que la pena de multa es más importante que la de privación del permiso de conducir, por cuanto ésta actúa como complementaria de aquélla; y que al no poder degradarse ambas penas, porque entonces sería castigado un delito con penas leves, debe serlo la complementaria.

El primero de estos razonamientos merece el siguiente desarrollo en la sentencia. "Como la multa es siempre pena principal en nuestro Derecho y nunca accesoria, hay que entender que el legislador en el artículo 28 utilizó el calificativo no en sentido legal de pena principal que emana de los artículos 27 y 31, sino en el sentido semántico y usual de "pena más importante", expresión que lleva embebida una intención comparativa con otras penas conjuntas que sin ser accesorias responden a una idea de complementariedad, y este es el caso de la pena de privación del permiso de conducir... con realidad de grave o leve según su extensión temporal, pena principal que al no aplicarse nunca con carácter único viene a servir en el sistema penalógico vigente de complemento a una pena principal, y situada en un plano de menor importancia, inherente a esta función integradora o complementaria".

El segundo razonamiento se desenvuelve así: "Que en el tipo del artículo 516 bis a las penas alternativas de arresto y multa se añadió, a partir de la ley de 28 de noviembre de 1974 —precedida de la expresión verbal "además", que refuerza el sentido de complementariedad— la pena de privación del permiso de conducir, y por tanto al ser aplicada al conjunto de penas la degradación que impone el artículo 65 y no poder incidir sobre ambas —la de la multa elegida y la de privación del permiso de conducir— porque entonces el delito vendría a estar sancionado con dos penas leves, lo procedente sería mantener la pena de multa, pena más importante, en la cuantía que otorga significación legal de pena grave, para evidenciar la entidad delictiva del hecho, y degradar la pena principal pero complementaria de privación del permiso de conducir".

— *Sentencia de 7 de marzo de 1984.* Parte de un delito del artículo 516 bis con una eximente incompleta en el que el Tribunal *a quo* condenó a 20.000 pesetas de multa —la alternativa por la que se optó fue la de arresto— y a dos años de privación del permiso de conducción. Se había degradado la pena privativa de libertad pero no la privativa de derechos. El Ministerio Fiscal apoyó este recurso porque "al concurrir una eximente incompleta, cuyos efectos regula el artículo 66 del Código penal, éste deberá afectar a ambas penas, por lo que impuesta la pena de multa de 20.000 pesetas, la de privación del permiso de conducir debió rebajarse también al menos en un grado y por tanto no debió imponerse por tiempo superior a tres meses. El Tribunal Supremo da lugar al recurso declarando que "la pena de privación del permiso de conducir debió rebajarse al menos en un grado y por tanto no debió imponerse por tiempo superior a tres meses, y ello cualquiera que sea el criterio seguido por el Tribunal

sentenciador respecto a la pena principal (arresto o multa) en su facultad de optar por una u otra, ya que si hubiera optado por la pena de multa es indudable que al imponerla en la cuantía de 20.000 pesetas no la habría rebajado al grado inferior y siguiendo el criterio de la sentencia de 19 de mayo de 1980, debió degradarse la de privación del permiso de conducir; y si optó por la de arresto, es indudable que el hecho de rebajarla en un grado ello no impide que tal degradación afecte también a la de privación del permiso de conducir, y así en uno y otro caso quedaría castigado el delito con la pena grave de 20.000 pesetas".

— *Sentencia de 1 de octubre de 1985.* Por razón de la fecha de su notificación no está recogida en los antecedentes de la Consulta. En ella se condenó por delito del artículo 516 bis, párrafo segundo, con la atenuante de menor edad a las penas de 40.000 pesetas de multa y un año de privación del permiso de conducir. El condenado fundó su recurso en que no se había extendido la degradación a la pena conjunta de privación del permiso de conducir. El Fiscal en esta ocasión impugnó el recurso porque la pena de privación del permiso de conducir correspondiente a un delito debe ser superior a tres meses y había procedido correctamente la sentencia de instancia al imponerla dentro del grado mínimo que está comprendido entre los tres meses y un día y los 22 meses. El Tribunal Supremo da lugar al recurso y declara que "la degradación impuesta por el artículo 65 del Código penal, de carácter imperativo al menos en un grado, debe extenderse, en el caso de penas conjuntas a todas ellas siempre que la principal o más significativa siga manteniendo su condición de grave según los artículos 27 y 28 del Código penal, y en este caso la degradación debe afectar a la privación del permiso de conducir o la facultad de obtenerlo". En consecuencia, el Tribunal Supremo rebaja esta pena hasta tres meses.

— II —

En el meticuloso y meritorio análisis que se hace en la Consulta de su objeto específico, se llega a la conclusión de la absoluta indegradabilidad de la pena de privación del permiso de conducir, pues ya concurra con pena privativa de libertad (art. 516 bis) o con pena pecuniaria (artículos 340 bis a), y 516 bis), serán éstas las que hayan de degradarse. Todo ello se particulariza en tres supuestos, cuya argumentación sistematizamos y resumimos en la siguiente forma:

1. *Degradabilidad limitada de la pena de privación de libertad que concurra con la privación del permiso de conducir.* Es la hipótesis del artículo 516 bis cuando se opte por la alternativa del arresto mayor; el precepto degradatorio concurrente producirá sus efectos sobre todas las sanciones integrantes de la penalidad conjunta siempre que todas éstas sean susceptibles de degradación. La pena inferior en grado a la de arresto mayor será la multa de 30.000 a 300.000 pesetas (art. 74), pero sin que pueda bajarse de la cifra mínima; la pena de privación del per-

miso de conducir ha de quedar intacta en su natural extensión (de tres meses y un día a cinco años).

2. *Degradabilidad sin límites de la pena de multa señalada directamente para el tipo delictivo, que concurre con la de privación del permiso de conducir.* Este es el caso del artículo 340 bis a) y del artículo 516 bis cuando la opción se concrete en la pena pecuniaria. Ante un precepto degradatorio la multa debe descender por debajo de las 30.000 pesetas, pues al permanecer inalterada en su duración la pena de privación del permiso de conducir queda a salvo la exigencia del artículo 6 del Código penal de imponer por delito una pena grave.

No hay obstáculos para que la multa del tipo pueda imponerse en cuantía inferior a su límite mínimo, porque los límites de su gravedad o levedad tienen vigencia sólo cuando se impusiere como "pena principal única", pero no cuando sea conjunta con otras penas graves, como lo es la pena de privación de permiso de conducir. ¿Pero qué debe entenderse por "pena principal"? Por pena principal en el ámbito de la multa, no hay que entender pena más importante en sentido usual, sino que tal expresión ha de equipararse a pena de multa asignada por la Ley a un delito concreto, y, al contrario, pena de multa no principal es la que se impone por vía de sustitución. Esta interpretación se extrae del análisis gramatical de los artículos 28 y 93, 2.^a del Código penal.

3. *No degradabilidad de la pena de privación del permiso de conducir.* Esta pena no es susceptible de degradación ni tampoco de elevación. Sólo pueden ser elevadas o degradadas las penas que figuran en las escalas graduales del artículo 73 del Código penal, pero no las excluidas de ellas porque carecen de pena superior e inferior. La excepción única a esta regla es la de la pena de multa directa, que sin estar expresamente en las escalas del artículo 73 es admisible la inferior y superior en grado en la forma del artículo 76, lo que justifica que cuando el legislador ha querido que una pena no gradual tenga ascensos y descensos así lo ha declarado. La pena de privación del permiso de conducir, pena principal y común, ni está incluida en el artículo 73 ni existe para ella un precepto específico regulador del régimen de ascensos y descensos; las sentencias del Tribunal Supremo que han degradado esta pena estableciendo que la inferior en grado es la que no rebase los tres meses y un día, no citan precepto alguno que justifique la degradabilidad ni la forma en que se ha hecho, porque la referencia al artículo 28, situado en el capítulo de la clasificación de las penas, se limita a fijar el límite diferenciador entre la gravedad y la levedad tanto para la multa como para la privación del permiso de conducir.

Si, en fin, no es degradable, en cuanto pena de duración temporal es divisible en grados tras la Ley de 28 de noviembre de 1974, pero siempre que entre en juego la aplicación del artículo 516 bis, pues, al contrario que los artículos 340 bis a) y 565, queda sujeto a las reglas del artículo 61 del Código penal.

El resumen de la tesis que se mantiene en la Consulta es este:

— En general, ante una penalidad conjunta, los preceptos degradatorios producen su efecto sobre todas las sanciones integrantes de la penalidad, con la única excepción de aquellas penas que por su naturaleza no sean susceptibles de ascensos ni de descensos, entre las que se halla precisamente la pena de privación del permiso de conducir.

— En particular la penalidad conjunta constituida por multa directa y privación del permiso de conducir, ha de degradarse la primera y mantenerse intacta la segunda, al modo como establece la doctrina recogida en la Consulta de la Fiscalía del Tribunal Supremo 10/1972, fundándose en estas dos notas: en que dicha multa no actúa como única sino en forma conjunta con la principal de privación del permiso de conducir, y en que el término “principal” no viene utilizado en sentido vulgar sino en sentido jurídico, aludiendo a las multas directamente señaladas por la ley al delito, en contraposición a las multas sustitutorias a las que se llega por vía de degradación (art. 74).

— III —

La Fiscalía del Tribunal Supremo no se ha pronunciado hasta ahora de modo directo sobre la materia que específicamente constituye el objeto de esta Consulta: la degradación o no de la pena de privación del permiso de conducir. Pero se ha ocupado en diversos momentos de otras cuestiones muy inmediatamente relacionadas; como es la de admitir en general la degradación de la pena de multa conjunta con penas privativas de derecho.

1. De una parte se han examinado la naturaleza y los *efectos de la pena de privación del permiso de conducir*. En la Circular 4/1971, de 23 de diciembre, se destacaba su carácter de pena principal y no accesoria. Es siempre pena principal pues al no llevarla consigo ninguna otra clase de pena en modo alguno puede considerarse accesoria; junto a la de inhabilitación especial es la única pena privativa de derecho no accesoria de otras. Contribuyen a resaltar su naturaleza de pena principal tanto el hecho de que tenga vida propia en los delitos en que se establece de forma conjunta con las de arresto y multa, como la consideración de que cuenta con autónomos límites temporales.

En la Consulta 4/1975, de 2 de diciembre se afirmaba que la pena de privación del permiso de conducir tiene la trascendencia jurídica de ser pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de conducir durante el tiempo fijado en la sentencia, con la independencia de que se esté o no en posesión de título administrativo o documento que autorice la conducción.

2. *De los casos de multas inferiores al mínimo delictivo y de los efectos de su concurrencia con otras penas se ocupó la Consulta 10/72, de 9 de noviembre.* Su tema central es el de la posibilidad o no de imponer sanciones pecuniarias por debajo del límite legal y las conclusiones eran estas:

a) No puede imponerse la multa correspondiente a un tipo por debajo del mínimo, cuando esa pena sea la única asignada a la figura de delito. Tampoco es modificable el límite inferior cuando se trate de penas de multas sustitutivas, supuesto que contempla el artículo 74. Así, en los casos de pena de multa directa única y de multa procedente de degradación, el límite mínimo es legalmente infranqueable.

b) Cuando la multa esté prevista como principal conjunta con penas privativas o restrictivas de libertad o de derechos, no quiebra la característica del delito recogida en el artículo 6 del Código, por el hecho de que la multa a impóner en una determinada conducta punible por el juego de las circunstancias, de la participación o del desarrollo de la infracción criminal, resulte de cuantía inferior al mínimo legal delictivo, y ello porque siempre acompañará al delito la pena grave conjunta con la multa.

Tras un examen de las diversas modalidades de concurrencia en los que la multa puede admitirse en cuantía inferior al límite legal, se decía: "la multa de cuantía fija, configurada como principal conjunta, por ir acompañada de otra pena, puede bajar del mínimo legalmente previsto en el artículo 28, 1.º". Y entre los supuestos de concurrencia de la multa en cuantía fija con penas privativas de derechos, que permiten un *quantum* inferior al límite legal, se citaba el artículo 340 bis a) que para determinados delitos contra la seguridad del tráfico establecía las penas de multa de 5.000 a 50.000 pesetas y la privación del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día a cinco años.

— IV —

Para fijar la naturaleza de la pena de privación del permiso de conducir es necesario hacer referencia a las vicisitudes experimentadas desde su incorporación a los textos penales. Lo fue por primera vez en el Código penal de 1944 para la imprudencia punible cometida con vehículo de motor; en ningún otro artículo, aparte el 565, había referencia a ella, y tan sólo se hacía constar que "toda infracción sancionada en este artículo cometida con vehículos de motor, llevará aparejada la privación del permiso para conducirlos por tiempo de uno a cinco años". Cuando por la especial gravedad del hecho, las penas privativas de libertad podían aumentarse en uno o dos grados, la privación del permiso de conducir podía ser definitiva. Promulgada durante la vigencia de este texto legal la Ley de 9 de mayo de 1950, su artículo 11 expresaba que "todo conductor condenado por delito comprendido en esta ley será privado del permiso de conducir por tiempo de uno a cinco años y con carácter definitivo si fuere reincidente en alguno de los artículos 1, 3, 9 y 10 de la presente ley". Tampoco aquí hay referencia explícita a que la privación del permiso de conducir fuera una verdadera pena, razón por la cual pudo sostenerse por alguna dirección doctrinal que se trataba de una

medida de seguridad que tiene por finalidad evitar la conducción a quienes lo hagan de manera peligrosa.

La Ley de 24 de abril de 1958, que introdujo modificaciones en el Código penal, dispuso en el artículo 26, 5.^º que "no se reputará pena la privación del permiso para conducir vehículos de motor acordada durante el proceso", aunque era abonable para el cumplimiento de la condena (art. 33); pero en la escala general de penas del artículo 27 fue introducida, con el carácter de *pena accesoria*, "la privación del permiso para conducir vehículos de motor", pena que tenía una duración de uno a cinco años, excepto en los casos en que se imponga como definitiva (art. 30), situación prevista en el artículo 565, que, por lo demás, era el único caso a que se extendía tal pena; su efecto era el de inhabilitar al penado para el ejercicio del derecho a conducir vehículos de motor durante el tiempo fijado en la sentencia (art. 42).

El Código penal aprobado por Decreto de 28 de marzo de 1963 alteró sustancialmente la naturaleza de la privación del permiso para conducir vehículos de motor, figurando ahora en la escala general del artículo 27 entre las *penas graves*. La duración de esta pena era de un mes a diez años y el único delito comprendido en el Código penal para el que estaba prevista seguía siendo el del artículo 565.

La Ley de 8 de abril de 1967 modifica el texto del Código penal de 1963. A partir de esta disposición la privación del permiso de conducir adquiere un nuevo tratamiento y desarrollo. Por una parte, en la escala general de penas del artículo 27 figura entre las *penas comunes* a las dos clases anteriores (las penas graves y las penas leves) junto a la multa y a la caución; su duración seguía comprendida entre un mes a diez años (art. 30), si bien excepcionalmente podía llegarse a la privación definitiva (arts. 340 bis a) y 565), reputándose pena grave cuando fuere impuesta por tiempo superior a tres meses (art. 28, 1.^º) y leve, cuando la privación no sea superior a tres meses (art. 28, 2.^º). Por otra parte, como pena grave se aplica no sólo a la imprudencia punible del artículo 565 sino también a los delitos contra la seguridad del tráfico del artículo 340 bis a); como pena leve está expresa en el artículo 586. 3.

La Ley de 28 de noviembre de 1974, tras modificar el artículo 516 bis, agregó un párrafo que decía: "en todos los casos comprendidos en este artículo se impondrá, además, la pena de privación del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día a cinco años".

La única alteración sustancial de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, fue la eliminación en los artículos 340 bis a) y 565 de la posibilidad de privar definitivamente del permiso de conducir.

La privación del permiso de conducir es una pena principal, común a los delitos y a las faltas relacionados directa o indirectamente con el tráfico, y, en consecuencia, puede ser grave o leve. Los efectos que pro-

duce están perfectamente determinados (art. 42), lo mismo que su duración máxima y mínima (art. 30, pár. último); la mínima prevista en todos los casos constitutivos de delito es la de tres meses y un día (una excepción representa el delito definido en el artículo 42, 2 de la Ley de Caza, en el que la privación del permiso de conducir tiene un mínimo de sólo dos meses); la máxima oscila entre los cinco años (art. 340 bis a), y art. 516 bis) y los diez años (art. 565). Al tiempo de su aplicación es divisible en grados en el caso del artículo 516 bis (arts. 62, 78, 79) pero no en los supuestos de los arts. 340 bis a) y 565, dada la no sujeción a las reglas del artículo 61 que en ellos se proclama.

La concurrencia de esta pena con la de multa aparece en los artículos citados. Ahora bien, ¿qué relación existe entre las mismas? Aunque la pena de privación del permiso de conducir se halla prevista para muy concretos delitos, y la de multa, en sus muy variadas formas, está dotada de una gran generalidad, ambas se encuentran en relación de recíprocas y expresa complementariedad cuando la multa sea directa, lo que explica que tengan en la escala general de penas el mismo carácter: se trata de penas comunes (art. 27) y precisamente por ello es necesario especificar cuándo se reputan graves y cuándo leves (art. 28). Este plano de igualdad legal no se desequilibra por el hecho de atender al orden en que estén colocadas dentro de la escala general, ni tampoco por el dato formal de estar relacionadas antes o después en los tipos delictivos en que concurren (art. 340, bis a) y 516 bis). De ahí el que haya podido decirse en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1962 que "no puede admitirse en términos generales que la mayor o menor gravedad de los delitos ha de graduarse por el orden en que están colocadas las penas en el artículo 27, porque este orden puede servir de norma cuando se trate de penas homogéneas o de la misma naturaleza, pero no en el caso de que las penas que se impongan sean diferentes en su contenido". Dada, pues, la heterogeneidad que presentan penas pecuniarias y penas privativas de derechos, no es fácil determinar en un plano objetivo los módulos indicadores de una mayor gravedad. Lo único que, con seguridad, puede decirse es que la multa en cuantía de 30.000 a 300.000 pesetas se considera como la última pena de todas las escalas graduales del artículo 73 (art. 74) y que la multa en los arts. 340 bis a) y 516 bis tiene esa misma mínima cuantía. Pero tampoco a través de este dato puede compararse técnicamente con la pena de privación del permiso de conducir, porque si la multa es la última de las penas, la de privación del permiso de conducir, siendo pena, ni siquiera está comprendida en las escalas graduales. Si no existe prioridad esencial de una respecto a la otra a extraer de los textos penales, debería aceptarse la conclusión de que son degradables cualesquiera de las penas en conflicto con el único límite de que no se haga de modo conjunto, pues en tal caso se infringiría el artículo 6 del Código penal que impide castigar los delitos exclusivamente con penas leves. Ahora bien, en trances de imponer la inferior en grado sí hallaríamos diferencias formales, y es que para la multa tipo existe una norma que explicita el modo de efectuar la degradabilidad (art. 76), en tanto que para el permiso de conducir, a pesar de tratarse de una

pena expresada en fracciones de tiempo, no contamos con reglas en el Código penal para su eventual degradabilidad. ¿Significa ello que la pena de privación del permiso de conducir sea absolutamente indegradable? En interpretación literal de las normas reguladoras de la materia, podría concluirse que si entre las diversas escalas graduales del artículo 73 no se halla la privación del permiso de conducir y la regla general es que la pena inferior será la que siga en número en la escala respectiva, al carecer la pena de privación del permiso de pena inferior, aunque concurren los supuestos que obligan a degradar, esto no será posible en los delitos en que aquella figure como pena conjunta con privativas de libertad o pecuniarias.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene una posición favorable a la degradabilidad. El fundamento —en el que siempre ha insistido— consiste en que ante la imposibilidad de rebajar todas las penas que conjuntamente integran el tipo, debe mantenerse la pena de multa por ser más importante. Hemos de señalar que esta dirección jurisprudencial no explica algunas importantes cuestiones. Entre otras, citamos las siguientes: por qué se impone una pena inferior en grado a la de privación del permiso de conducir, cuando el artículo 73, párrafo cuarto, expresa que los Tribunales atenderán —debe resaltarse el tono imperativo de la palabra— para hacer aplicación de la pena inferior a las escalas graduales que siguen, y es notorio que en ellas no está la de privación del carnet de conducir; tampoco se justifica el *por qué* en los tres meses comienza el grado inferior de tal pena; queda en blanco, asimismo, y sin perspectivas de integración razonable, cual será la pena inferior en dos grados o la superior en grado, posible ésta por el juego de los artículos 69 bis y 516 bis. Y si no obtenemos respuesta a estas cuestiones para la pena de privación del permiso de conducir, con menos razón, si las referimos a la prohibición o inhabilitación para obtenerlo, ausente en la escala general de penas y sólo citada, en normas sustantivas, como tal pena en el artículo 516 bis y como medida de seguridad en el artículo 8, 1.^a, b) del Código penal y en el 5, 7.^a de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social. Si se advierte que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha equiparado la pena de privación del permiso de conducir con la prohibición para obtenerlo y que, en buena parte de los casos, los autores de delitos que llevan tal pena carecen de habilitación legal por razón de su edad, la sanción a imponer, con la degradación de la pena de prohibición de obtener el permiso sería simbólica, porque si conforme al artículo 42 del Código penal la privación del derecho a conducir inhabilita para su ejercicio durante el tiempo fijado en la sentencia, el artículo 802, 3.^a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dice, refiriéndose a los pronunciamientos que han de contener las sentencias, que si el condenado no fuere titular de permiso de conducción, se dirigirá mandamiento a la Jefatura Central de Tráfico para que no se le conceda *durante el tiempo de la inhabilitación fijado en la sentencia*.

Mas a pesar de los temas sin resolver que derivan de la tesis favorable a la degradabilidad de la pena de privación del permiso de conducir,

debe aceptarse en líneas generales; básicamente porque si bien *ex lege* no está prevista la degradabilidad, tampoco existe prohibición de degradar, por lo que habrá de concluirse que se trata de una laguna legal a integrar por analogía, no proscrita, porque se trataría de una analogía *in bonam partem*. Así, son objetivamente degradables la pena de multa directa en los términos del artículo 76 y la pena de privación del permiso de conducir. Pero, concurriendo ambas, ¿deberá rebajarse siempre la pena de privación del permiso de conducir y nunca la pena de multa tipo conjunta? La degradabilidad es posible para ambas penas. Sin embargo es necesario especificar.

La multa tipo o propia, en la cuantía que fijan los artículos 340 bis a) y 516 bis, como no es de superior rango a la privación del permiso de conducir, en aplicación del artículo 76, no hay obstáculos para imponerla por debajo de las 30.000 pesetas; sin embargo la multa por degradación, ya sea única o conjunta, será siempre igual o superior a 30.000 pesetas, pero no inferior, ya que el artículo 74 impide traspasar el mínimo legal; si ahora particularizamos, puede decirse: como en el artículo 516 bis, párrafo primero, la multa en cuantía fija alternativa con la privativa de libertad, es conjunta con la privativa de derechos, si la opción se materializa en el arresto, la inferior en grado se atendrá a los límites del artículo 74, pero no si la opción se concentra en la pena pecuniaria, en cuyo caso la inferior en grado se obtendrá a través del artículo 76; situación análoga es la de la multa en cuantía fija conjunta con penas privativas de libertad y de derechos del artículo 516 bis, párrafo tercero.

Si en su degradación la multa tipo en los artículos 340 bis a) y 516 bis, puede llegar hasta el *quantum* legal de las faltas por disposición del artículo 76, de igual manera la degradación de la pena de privación del permiso de conducir puede situarse en el ámbito temporal prescrito para las faltas; no es obstáculo el hecho de que los artículos 340 bis a) y 516 bis carezcan de correspondencia con faltas de igual naturaleza; tampoco, que en el Código falte una privación del permiso de conducir para las faltas dolosas al quedar circunscritas a la falta de simple imprudencia del artículo 586, 3.; esa posibilidad de llegar a la pena de las faltas la autoriza de modo general el artículo 28, 2.º al establecer que la privación del permiso de conducir se reputará leve cuando no sea superior a tres meses. Así, el límite irribasable de la degradabilidad es un mes (artículos 28, 2.º, 30, párrafo último y 586, 3, inciso final), por lo que entre esa medida de tiempo y los tres meses desarrollarán sus efectos las circunstancias determinantes de penas inferiores a las asignadas a los tipos delictivos.

En suma, por presentar en orden a su gravedad caracteres y condicionantes paralelos, las penas de multa y de privación del permiso de conducir pueden rebajarse, si no conjuntamente sí en forma alternativa. En la degradación de la pena de privación del permiso de conducir debe partirse de un p'anteamiento facultativo y no preceptivo; ello significa que el arbitrio de la opción por la degradabilidad de esta pena y no sobre

la de multa no será pleno e incondicionado, sino sujeto, entre otras, a las siguientes circunstancias: la profesionalidad o no de los conductores; si el inculpado es o no titular del derecho a conducir vehículos de motor, pues sólo será eficaz la pena que consista en la prohibición de ejercitar el derecho cuando se imponga por años; la naturaleza del delito cometido, pues es evidente que el artículo 340 bis a) responde a otro fundamento que el 516 bis y que los diversos subtipos de esta norma ofrecen índices diversos de peligrosidad; y en fin, que la condena condicional no es aplicable a la pena de privación del permiso de conducir.

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

DOLO EVENTUAL, IMPRUDENCIA Y FORMAS DE IMPERFECTA EJECUCION

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo
de 30 de enero de 1982)

Por ELENA FARRE TREPAT

Profesora colaboradora

Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. Relato fáctico y calificación jurídica. 2. Cuestiones objeto de este comentario. 3. Imprudencia y formas de imperfecta ejecución: A) Inadmisibilidad de las formas de imperfecta ejecución en los delitos imprudentes. B) Posibilidad de tentativa y frustración en los delitos imprudentes. C) Punición o impunidad de las formas de imperfecta ejecución en los delitos imprudentes en el Derecho positivo. 4. Dolo eventual y formas de imperfecta ejecución: A) Punibilidad de la tentativa con dolo eventual. B) Impunidad de la tentativa con dolo eventual. C) Soluciones diferenciadoras. 5. Distinción entre el delito de lesiones consumadas y el homicidio frustrado o intentado. 6. Posición de la Jurisprudencia en torno al tratamiento que corresponde aplicar a las lesiones consumadas una vez determinado el dolo de homicidio. 7. Consideraciones finales en torno a la sentencia comentada.

1. *Relato fáctico y calificación jurídica.*

En la sentencia de 30 de enero de 1982 (A. 187), objeto de este comentario, se han considerado probados los hechos siguientes: En la mañana del día de autos el procesado, hombre al que se califica como de carácter violento y excitable y que tiene antecedentes penales por homicidio en grado de tentativa, había sostenido una riña con unos vecinos, hiriendo a uno de ellos en un

brazo como consecuencia de la misma. Posteriormente cuando regresó a su domicilio se encontró con un grupo de vecinos, que estaban esperando al herido y comentando los hechos acaecidos. El procesado, instigado por su hijo que le incitaba a dar muerte a aquellas personas, se sacó de la chaqueta un cuchillo de grandes dimensiones y empezó a repartir golpes hiriendo a varios de ellos en distintas partes del cuerpo y causando a José M. V. M. dos heridas en ambos hemitórax, de pronóstico grave.

La sentencia de la Audiencia calificó los hechos citados como constitutivos de un delito de homicidio en grado de tentativa. Esta calificación jurídica fue ratificada por el Tribunal Supremo, quien consideró que al obrar como lo hizo el acusado procedió forzosamente con un dolo indeterminado de causar lesiones o muerte, pero que en todo caso del relato fáctico puede deducirse la concurrencia de dolo eventual con respecto al homicidio, puesto que dada la actuación del sujeto de repartir golpes de cuchillo indiscriminadamente y debido a las dimensiones de aquél «es indudable que no pudo dejar de representarse como probables las consecuencias letales que pudieran derivarse de su comportamiento y que hubiese procedido de la misma manera aun cuando se lo hubiese representado como seguro».

2. Cuestiones objeto de este comentario

El comentario de esta sentencia suscita varias cuestiones de interés. En primer lugar, cabe destacar, por su relativa novedad en nuestra Jurisprudencia, la problemática referente a la *punición de la tentativa con dolo eventual*. Su admisibilidad entre las acciones punibles constituye la norma seguida por la doctrina española siempre que se ha planteado esta cuestión. En cambio en otros países, en concreto en Alemania, han sido varios los autores que desde antiguo se han cuestionado su punición. Seguidamente examinaremos esta discusión destacando sobre todo los planteamientos más recientes.

En segundo lugar, se observa que la punibilidad de la tentativa con dolo eventual contrasta con la *impunidad de la tentativa de un delito imprudente*, defendida de forma prácticamente unánime por la doctrina y a la que se ha referido en repetidas ocasiones el Tribunal Supremo español.

Por otra parte, junto a estas cuestiones surgidas sobre todo en el ámbito doctrinal, queremos subrayar también una problemática que se plantea reiteradamente en la práctica y que es la *distinción entre el delito de homicidio en grado de frustración o tentativa y las lesiones consumadas*. A fin de poder precisar esta distinción el Tribunal Supremo ha elaborado, sobre todo en los últimos años, una serie de criterios objetivos, que aplica reiteradamente. Por último, se analiza también el *tratamiento aplicado por la Jurisprudencia a las lesiones consumadas* una vez determinado el dolo de homicidio.

3. *Imprudencia y formas de imperfecta ejecución.*

La problemática relativa al dolo eventual, principalmente su diferenciación de la culpa consciente, adquiere en las formas de imperfecta ejecución una gran importancia por cuanto que la tentativa y la frustración de un delito imprudente se consideran, cuando no lógicamente imposibles, en todo caso impunes. Aunque ciertamente el paso de la impunidad en el delito imprudente a la punición de las formas de imperfecta ejecución cometidas con dolo eventual, aceptada comúnmente en nuestro país, podrá matizarse en gran medida gracias a la atenuación de la pena en un grado que prevé nuestro Código (art. 51) para la frustración y hasta dos en la tentativa (art. 52, 1), y aún más si se mantiene una posible atenuación de la pena en relación al dolo eventual (1).

A) *Inadmisibilidad de las formas de imperfecta ejecución en los delitos imprudentes.*

Está muy extendida la posición que considera a las formas de imperfecta ejecución y a la imprudencia como instituciones contrapuestas e irreconciliables. En las primeras es la voluntad delictiva, que trasciende a lo sucedido objetivamente, lo que crea la unión con el resultado delictivo (2). La resolución delictiva equivale al dolo de consumar el delito, por ello se ha mantenido que «una tentativa de hechos culposos es conceptualmente imposible y no sólo impune según el Derecho Positivo» (3), «constituye una imposibilidad lógica» (4), e incluso una «imposibilidad lingüística» (5), o simplemente «no es imaginable» (6). En la doctrina española son varios los autores que mantienen esta posición (7).

El Tribunal Supremo ha rechazado también la posibilidad de tentativa en la imprudencia. En la sentencia de 28 de mayo de 1982

(1) En nuestra doctrina mantiene esta posición Mir Puig, proponiendo la aplicación de la atenuante 9,4.^a y, en su caso, de la atenuante analógica del artículo 9,10.^a (Adiciones a la traducción del Tratado de Derecho Penal de H.-H. JESCHECK, 1981, pág. 427 y Derecho Penal, P. G., 2.^a ed., 1985, pág. 559).

(2) Así STRATENWERTH, Strafrecht, A.T. I, 3.^a ed., 1981, pág. 183.

(3) H. MAYER, Strafrecht, 1953, pág. 280 y Strafrecht, A.T., 1967, pág. 142.

(4) R. VON HIPPEL, Deutsches Strafrecht II, 1930, pág. 408.

(5) KÖHLER, Deutsches Strafrecht, 1917, pág. 442.

(6) Así BUSCH, LK, 9.^a ed., § 43, núm. 4; BOCKELMANN, Strafrecht, A.T., 3.^a ed., 1979, pág. 205; DREHER/TRÖNDLE, StGB, 41.^a ed., § 22, núm. 2 y STRATENWERTH, Strafrecht, A.T., pág. 193.

(7) ANTÓN ONECA (Derecho Penal, P.G., 1949, pág. 408); CEREZO MIR (Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa, 1964, págs. 9 ss.); CUELLO CALÓN (Derecho Penal, 18.^a ed., 1981, pág. 643); FERRER SAMA (Comentarios al Código Penal, 1946, pág. 60); MIR PUIG, quien rechaza la posibilidad de una tentativa por imprudencia respecto al tipo positivo al exigir, en el delito intentado, un elemento subjetivo del injusto consistente en la «resolución de consumar el delito» junto al dolo de la tentativa (D. P., pág. 292); NÚÑEZ BARBERO (El delito imposible, 1963, pág. 28), y QUINTANO RIPOLLÉS (Derecho Penal de la culpa, 1958, pág. 201).

(A. 2.732) afirma abiertamente: «El delito culposo carece de formas de imperfecta ejecución, siendo esencial en él, que la acción u omisión voluntarias pero no maliciosas, determinen o generen un resultado que ha de consistir necesariamente en la lesión o daño» de un bien jurídico. Pero además son muy numerosas las sentencias que exigen en la imprudencia una efectiva lesión del bien jurídico (8).

B) Posibilidad de tentativa y frustración en los delitos imprudentes.

Un amplio sector doctrinal admite las formas de imperfecta ejecución en relación a la imprudencia. En este sentido se manifestaron ya Binding (9), Frank (10), Mezger (11) y Sauer (12). Inicialmente se discutió la posibilidad de tentativa sobre todo en los supuestos de error sobre un presupuesto de una causa de justificación y en los casos de error de prohibición. Por ejemplo, alguien ve acercarse en la noche a un extraño que confunde, con error vencible, con un atacante y se lanza sobre él sin causarle mal alguno. Una mujer extranjera, en cuyo país el aborto está permitido, intenta abortar en España creyendo que aquí también lo está. En estos casos la tentativa no se ha considerado por completo inimaginable al sostenerse que «detrás de estos supuestos de imprudencia se esconde un dolo de hecho» (13).

En la actualidad son varios los autores que aceptan la posibi-

(8) La producción de un «resultado lesivo» se exige en la sentencia de 2 de octubre de 1976 (A. 4595), un «mal efectivo y concreto» en la sentencia de 12 de febrero de 1977 (A. 491), un «resultado dañoso» en la S. de 6 de febrero de 1980 (A. 448), un «mal efectivo» en la S. de 7 de julio de 1980 (A. 3133), un «daño real» en la sentencia de 30 de septiembre de 1980 (A. 3358) o bien un «resultado real» en la de 18 de octubre de 1980 (CORCOY, Criterios jurisprudenciales en materia de imprudencia, Tesina, Barcelona, 1984).

Tampoco en la Jurisprudencia alemana se admite la tentativa de un delito imprudente. En el supuesto que plantea la sentencia de OLG Hamm de 7 de octubre de 1954, el acusado se había sentado al volante de su automóvil con una cantidad de alcohol en la sangre de 1,58 por 100, había conectado el motor, puesto la marcha y soltado el freno de mano. Se pedía por parte de la acusación la tentativa de un delito de peligro para la seguridad del tráfico cometido imprudentemente, alegando que si el autor hubiera conducido el coche en su estado, habría realizado objetivamente dicha conducta, puesto que habría puesto en peligro la integridad y la vida de los restantes ocupantes del coche. El Tribunal consideró sin embargo que «la tentativa de un delito de peligro para la seguridad del tráfico cometido imprudentemente es en sí mismo un concepto contradictorio» (NJW, 1954, pág. 1780).

(9) Die Normen und ihre Übertretung, T. III, pág. 448 y «Der umgekehrte Irrtum», G. S., 85 (1917), pág. 221 s.

(10) StGB, § 43, II, 1 y «Vollendung und Versuch» en Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts, A.T., T. V, pág. 189.

(11) Derecho Penal, P.G., T. II, 1957, pág. 233 s.

(12) Derecho penal, P.G., 1956, pág. 182 s.

(13) Así FRANK en StGB, § 43, II, 1. La solución que debe darse a estos supuestos depende de la teoría que se considere correcta en relación al error de prohibición y al error sobre los presupuestos de una causa de justificación.

lidad de una tentativa —y de frustración en nuestro país— de un delito imprudente. Jescheck la admite sólo en los supuestos de culpa consciente (14), en cambio Jakobs no ve imposibilidad alguna en compatibilizar ambas figuras en todo caso, puesto que «lo que puede ser realizado, también puede comenzarse, y lo que puede realizarse con éxito puede también realizarse sin éxito» (15). También en este sentido Wolter (16) y Rudolphi, quien la admite, por ejemplo, cuando alguien adelanta con su vehículo de forma antirreglamentaria a otro conductor, que, asustado por el adelantamiento imprevisto y debido a su dolencia del corazón, sufre un infarto y muere (17). La idea que posiblemente conduce a estos autores a plantear la tentativa en los delitos imprudentes en todo caso, se debe a la frecuencia de acciones no dolosas que ponen en el más grave peligro a bienes jurídicos y un Derecho penal que tenga como función la protección de bienes jurídicos no debería dejar de plantearse también la punibilidad de tales hechos. En estos casos, no obstante, la posición expuesta anteriormente, que niega la posibilidad de tentativa en un delito imprudente, habla de realización parcial del delito imprudente (18), pero no de tentativa.

También en España se ha admitido la posibilidad de tentativa y frustración en los delitos imprudentes. Córdoba Roda, recogiendo la distinción iniciada por Frank entre tentativa imprudente y tentativa de un delito imprudente (19), indica que «la tentativa presupone la resolución, o voluntad, de ejecución —realización— del delito. Si no puede darse tentativa sin resolución volitiva, es evidente que una tentativa culposa, esto es, una tentativa por imprudencia, resulta inconcebible. Ahora bien, los *actos de ejecución* presuponen tan sólo una *voluntad de ejecución*, no una voluntad dirigida a una meta delictiva; presuponen una *voluntad*, como tal *final*, pero no el *dolo*». Por consiguiente, no cabe hablar de tentativa culposa pero sí de tentativa de un delito culposo. Como sucede en el caso de que un conductor consciente de su ineptitud se ponga al volante de un automóvil. Está dando principio a la ejecución —basada en la voluntad de ejecución— de un hecho imprudente (20).

(14) Tratado de Derecho Penal, T. II, pág. 787.

(15) Strafrecht, A.T. 1983, pág. 591 s.

(16) Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verlelung in einem funktionalen Strafatsystem, 1981, pág. 192 ss.

(17) SK, 3.^a ed., § 22, núm. 1.

(18) Así CEREZO MIR, Lo objetivo, pág. 10 y WELZEL, Strafrecht, 11.^a ed., 1969, pág. 189. ALWART, en Strafwürdiges Versuchen, 1972, pág. 156, propone la denominación «delito imprudente no consumado».

(19) Aquel autor manifestó que «ciertamente tan sólo es posible intentar conseguir aquello que se ha propuesto conseguir; pero si la consecución de lo propuesto sólo es punible como delito imprudente no se alcanza a comprender por qué motivo tendría que ser impune la tentativa». Völlendung und Versuch, pág. 189.

(20) Notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal de Maurach, 1962, T. II, pág. 190.

C) Punición o impunidad de las formas de imperfecta ejecución en los delitos imprudentes en el Derecho positivo.

Una cuestión distinta a la posibilidad de plantear lógicamente las fases de ejecución en los delitos imprudentes lo constituye su punición desde la perspectiva del Derecho Positivo.

En Alemania esta cuestión obtiene en todo caso una respuesta negativa debido a que en relación a los delitos menos graves (21), y la imprudencia constituye siempre un delito menos grave, el legislador menciona expresamente en qué casos la tentativa debe considerarse punible (§ 23, I StGB) y no lo ha hecho en ningún caso en relación al delito imprudente (22).

En el Derecho español esta cuestión se presenta con caracteres distintos debido al sistema abierto que emplea nuestro Código penal en la incriminación de la imprudencia. Algunos autores mantienen que la imprudencia intentada o frustrada es impune ya que el delito imprudente sólo se castiga cuando se ha producido el daño, a diferencia de lo que sucede en los delitos dolosos (23). Ya se ha expuesto anteriormente que también el Tribunal Supremo español exige que concurre un resultado lesivo en la imprudencia. Sin embargo, tal como Rodríguez Mourullo ha puesto de relieve, la exigencia de un resultado vendría a poner de manifiesto que la aplicación del artículo 565 requiere la producción de un resultado, pero con ello no se excluiría la posibilidad de referir a dicho precepto las disposiciones del artículo 3 del Código penal (24). La impunidad de las formas de imperfecta ejecución en la imprudencia «sólo podrá fundamentarse a través de una interpretación del artículo 565 que llegue a la conclusión de que, conforme a este precepto, *toda actuación imprudente requiere, para que sea punible, que haya causado la producción de un resultado lesivo*» (25). Esta interpretación es posible ya que el artículo 565 «requiere inexcusablemente la ejecución de un hecho que constituiría delito y esta referencia parece tener en el artículo 565 el sentido de una remisión al tipo del delito consumado». También en otras ocasiones el legislador ha utilizado el término «delito» para referirse

(21) El párrafo 12 del Código Penal alemán divide las infracciones penales en: Delitos más graves (Verbrechen) y delitos menos graves (Vergehen).

(22) La punición de estos hechos a través de una reforma del Derecho Positivo fue mantenida por Sturm, quien a raíz del cambio que vivía el Derecho Penal bajo el nacional-socialismo, e influido por un Derecho Penal totalmente defensista, propuso que, si bien no en todos los casos de imprudencia, «en los más graves, como muerte, incendio, deberían ser punibles ya en su estadio de ejecución» (Das unvollendete fahrlässige Delikt, ZStW, 59, págs. 31 s.).

(23) ANTÓN ONECA, P.G., pág. 408 y DEL ROSAL en notas al Derecho Penal de Sauer, pág. 183.

(24) Comentarios al Código Penal, 1976, T. I, págs. 148 s.

(25) Comentarios, pág. 149.

al tipo del delito consumado, como sucede concretamente en el artículo 3 (26).

La impunidad de la tentativa o frustración de un delito imprudente debe buscarse, a mi parecer, en una fundamentación distinta. Ciertamente existen acciones imprudentes, no sólo en la forma de culpa consciente sino también de culpa inconsciente, que causan un gran peligro para determinados bienes jurídicos y que, sin embargo, no llegan a producir lesión alguna. Si sólo se atendiera a la necesidad de prevenir conductas peligrosas no existiría, pues, inconveniente en su punición. No obstante, la admisibilidad de tales normas, completamente indeterminadas y por ello contrarias al principio de legalidad, conduciría a una completa inseguridad jurídica. Por esta razón, en aquellos ámbitos de la vida en los cuales la experiencia ha demostrado que determinadas actuaciones conllevan un gran riesgo para determinados bienes jurídicos, el legislador ha introducido la punición expresa de estas conductas. Me estoy refiriendo a los delitos de peligro (27). En conclusión, la impunidad de la tentativa de un delito imprudente no es preciso que se deduzca de una expresión concreta del legislador (28). Hay que tener en cuenta que una construcción de este tipo no sería lícita en base a los principios que rigen nuestro Ordenamiento, por ello la necesidad preventiva que aconseja incriminar estas conductas peligrosas se ha de resolver acudiendo a los delitos de peligro.

4. *Dolo eventual y formas de imperfecta ejecución.*

La cuestión a la que directamente nos conduce la sentencia que comentamos, es decir, la punición de la tentativa o frustración con dolo eventual, ha obtenido en la doctrina una respuesta mayoritaria, a la que se adhiere la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el sentido de afirmar su punibilidad. No obstante, algunos autores han planteado en forma aislada la impunidad de las formas de imperfecta ejecución cometidas con dolo eventual, bien de forma indiferenciada, es decir, manteniendo la impunidad en todos los casos, bien de forma diferenciada, considerando impunes sólo algunos de los supuestos de tentativa con dolo eventual.

(26) Comentarios, pág. 149.

(27) Así lo ha señalado a su vez la sentencia del T. S. de 22 de enero de 1977 (A. 67).

(28) Según señala JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado de Derecho Penal*, 2.^a ed. 1977, T. VII, pág. 919) el legislador de 1928 lo consideró, sin embargo, necesario estableciendo en el párrafo 3.^º del artículo 36: «los delitos o faltas cometidas por imprudencia o impericia se castigarán únicamente cuando hayan sido consumados».

A) Punibilidad de la tentativa con dolo eventual.

En España la punibilidad de estos supuestos no ha sido discutida (29). En la doctrina alemana la posición que sostiene la punición de la tentativa con dolo eventual es también absolutamente dominante (30). Ciertamente, quienes mantienen esta posición no argumentan casi nunca el porqué de la punibilidad de estos supuestos. No obstante, puede observarse que ésta surge como consecuencia de la aceptación de dos premisas previas. En primer lugar, la consideración, apenas discutida actualmente, de que el dolo eventual constituye una forma de dolo junto al dolo directo. En segundo lugar, la afirmación de que la parte subjetiva del tipo en las formas de imperfecta ejecución coincide por completo con la parte subjetiva del tipo del delito consumado. La conclusión a la que se llega es, por consiguiente, que siempre que el dolo eventual sea suficiente para el delito consumado lo será también para la tentativa o la frustración. Así lo ha señalado con claridad Rodríguez Mourullo: «Desde la perspectiva cualitativa la identidad entre el elemento subjetivo del delito frustrado y consumado se traduce en la necesidad de admitir para el delito frustrado las mismas clases de dolo que para el delito consumado. Si basta para la existencia del delito consumado el dolo eventual, deberá estimarse también suficiente para el delito frustrado» (31).

(29) En este sentido se han manifestado ANTÓN ONECA (P.G., pág. 408), JIMÉNEZ DE ASÚA (Tratado I, T. VII, pág. 899) y RODRÍGUEZ MOURULLO (Comentarios, pág. 96).

(30) A favor de su punición se manifiestan actualmente entre otros Busch (LK, 9.^a ed., § 43, núm. 6), DREHER (StGB, § 22, núm. 2,2), ESER (Schönke/Schröder, 21.^a ed., StGB, § 22, núm. 17), JESCHECK (Tratado, T. II, página 703), LACKNER (StGB, 15.^a ed., § 22, núm. 1a), UDOLPHI (SK, § 22, número 2) y PETTER-PREISENDANZ (StGB; 30.^a ed., § 22, núm. 3). Pero ya entre la doctrina más antigua se encuentran numerosos autores que afirmaban su punición. Así H. HALSCHNER (Das gemeine deutsche Strafrecht, 1981, página 335, nota 1), H. MEYER (Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1985, pág. 204), FINGER (Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1904, págs. 309 s.), VON BAR en Gesetz und Schuld, 1907, pág. 543. Sin embargo, este autor se había manifestado contrario a la punición de la tentativa con dolo eventual en «*Dolus eventualis?*» (ZStW, 18 (1898), págs. 555 s.), en donde realmente dirige su crítica de modo general en contra del concepto de dolo eventual, al que considera «un fantasma surgido del error y por ello equivocado, adecuado para crear el descrédito de la Justicia penal entre el pueblo» (ob. cit., pág. 556). También es a favor de la punición de la tentativa con dolo eventual VON LISTZ (Tratado de Derecho Penal, T. III, pág. 4, nota 1), VON HIPPEN (Deutsches Strafrecht, página 396), VON LIST-SCHMIDT (Lehrbuch, 1932, pág. 302), MEZGER, Derecho Penal, T. II, pág. 1233, aunque anteriormente se había manifestado en sentido contrario en Juristische Wochenschrift (1927, T. II, pág. 1314). Posteriormente MEZGER afirmó que no existía apoyo legal para considerar que el § 43 excluía el dolo eventual. También MAURACH (Strafrecht, A.T., 4.^a ed. 1971, pág. 501), SAUER (Derecho Penal, pág. 183) y WELZEL (Lehrbuch, pág. 189).

(31) Comentarios, pág. 96.

B) Impunidad de la tentativa con dolo eventual.

Por el contrario los autores que mantienen la impunidad no parten de un único punto de apoyo. La impunidad de la tentativa con dolo eventual podría derivarse, en primer lugar, de la no aceptación del dolo eventual entre las restantes formas de dolo, acercándolo en cambio a la estructura de la imprudencia (32). Uno de los primeros autores que criticó la punición de estos supuestos fue Stooß, redactor del Código penal suizo, quien argumentó con la imposibilidad de castigar la tentativa de un delito cometida con dolo eventual con el fin de demostrar que el dolo eventual no puede incluirse en el concepto de dolo. Para este autor las acciones cometidas con dolo eventual no son «acciones verdaderamente queridas» y su aceptación como acciones dolosas aparta al concepto de dolo del «uso del lenguaje» y de la «conciencia jurídica del pueblo» (33).

La posición de Stooß no tuvo repercusión. Este hubiera tenido que demostrar en primer lugar por qué razón no es posible castigar la tentativa con dolo eventual, en lugar de acudir a una «teoría razonable», al «uso del lenguaje» y al «sentimiento jurídico del pueblo», cuando éste era el argumento a favor de la exclusión del dolo eventual del concepto de dolo. Por otra parte, cuando en la actualidad se considera una acción como querida, en el sentido del elemento voluntativo del dolo, no se está haciendo referencia —esta es por lo menos la posición dominante—, únicamente a lo perseguido por el autor, lo cual incluiría sólo el dolo directo de primer grado, sino que también cumplen el requisito de ser «queridas» las acciones cometidas con dolo directo de segundo grado y con dolo eventual. Aunque además cabe plantearse la misma concurrencia del elemento volitivo en el dolo (34).

Es muy probable que tanto en Stooß como en otros autores que se han enfrentado a esta cuestión haya jugado un papel importante el hecho, que debe ser puesto de relieve para evitar equívocos, que constituye la diferencia entre el concepto usual de tentativa y el de tentativa de delito. En su acepción vulgar tanto el sustantivo «tentativa» como el predicado «intentar» tiene un ámbito más restringido. Ambos términos vendrían a aplicarse en los casos en que la actuación del autor está encaminada a la consecución de un fin previamente establecido. Sólo cuando el autor persigue la consecución de una meta se habla de tentativa. Puesto que en el Derecho penal el dirigirse voluntariamente a la producción del resultado propuesto se conoce como dolo directo

(32) En este sentido BUSTOS RAMÍREZ, J., «Política-criminal y dolo eventual», Rev. Jur. de Cataluña, 1984, núm. 2.

(33) «Dolus eventialis und Gefährdung», ZStW, 15 (1895), pág. 201. Lo subrayado es de este autor.

(34) Sobre ello ver el artículo de K. KINDHAUSER, «Der Vorsatz als Zu-rechnungskriterium», ZStW, 1984, págs. 1 ss.

de primer grado, según lo expuesto, y si la tentativa de delito debiera corresponderse con la tentativa en sentido usual, sólo cabría hablar de tentativa de delito ante la concurrencia de esta clase de dolo. Ello llevaría consigo, no obstante, no sólo la impunidad de la tentativa con dolo eventual, sino también la impunidad de la tentativa con dolo directo de segundo grado.

La última ocasión en que se ha planteado la impunidad de la tentativa con dolo eventual en todo caso ha sido en un artículo de E. J. Lampe (35). Este autor afirma que en el dolo eventual el sujeto acepta el resultado «para el caso en que éste se produzca» (36). Por ello, «el dolo eventual no puede en ningún caso imaginable fundamentar la pena de la tentativa» (37). Lampe argumenta con supuestos de dolo alternativo, ya que, como se acepta comúnmente, el dolo alternativo constituye una combinación de dos formas de dolo; por consiguiente, cualquier regla que tenga validez para el dolo alternativo la tendrá también para el dolo eventual (38). En estos casos Lampe considera que hay que castigar en todo caso por el resultado que se ha producido y, si no se ha producido ninguno, por el delito intentado en relación al más leve (39).

Apenas se encuentra en la literatura alemana referencia a esta posición. Ciertamente, Lampe hubiera debido demostrar en primer lugar que la posición que sigue respecto al dolo alternativo es la correcta, cuestión en sí misma muy debatida (40). Por otra parte, Lampe no fundamenta tampoco por qué en la tentativa con dolo eventual se establece una relación con la imprudencia en el

(35) Genüngt für den Entschluss des Täters in Par. 43 StGB sein bedingter Vorsatz?, NJW, 1958, pág. 332 ss.

(36) Ob. cit., pág. 333.

(37) Ob. cit., pág. 333. A la misma conclusión había llegado Binding al considerar que si el autor ha previsto que la realización de una determinada conducta le conducirá posiblemente a la producción del resultado y no obstante la realiza «en el caso de que el resultado se produzca habrá sido causado dolosamente, si, en cambio, el resultado no se ha producido falta el dolo y por lo tanto la tentativa» (Normen, T. II, V. II, pág. 820).

(38) Ob. cit., pág. 332.

(39) Si por ejemplo A es perseguido por el guardabosques y su perro y A dispara al perro, pero cuenta también con la posibilidad de que el disparo dé al guardabosque y la acepta, pueden ocurrir tres cosas: 1.) Que el resultado producido sea la muerte del perro. 2.) Que sea el guardabosques quien muera y 3.) que no acierte a ninguno de los dos al disparar. En el primer caso concurren daños consumados, en el segundo homicidio consumado y si el disparo falla sólo concurren daños intentados (ob. cit., página 333).

(40) En los casos de dolo alternativo la posición dominante se inclina por tener en cuenta ambos delitos alegando que son dos los dolos del autor. Así, CRAMER en Schönke-Schröder, StGB, § 15, núm. 81, JAKOBS (Strafrecht, A.T., págs. 227 s.), STRATENWERT (Strafrecht, pág. 108) y WELZEL (Das deutsche Strafrecht, pág. 72). Sobre esta discusión ver el artículo de Jan C. Joerden, que aporta, en cierta medida, nuevas consideraciones sobre el tema, «Der auf die Verwirklichung von zwei Tatbeständen gerichtete Vorsatz», ZStW, 95 (1983), págs. 565 ss.

Sentido de que tan sólo se considera punible el hecho si se produce el resultado.

C) *Soluciones diferenciadoras.*

Más recientemente otros autores —concretamente Salm y Schmidhäuser— han pretendido limitar la punición de estos supuestos basándose en la nula punibilidad de algunos de ellos. Partiendo de distintas fundamentaciones quieren excluir del ámbito de la punición aquellos casos de tentativa con dolo eventual en los que no concurre ningún peligro objetivo. Pero veamos brevemente cuál es su fundamentación.

El primero de estos autores deseó realizar una síntesis entre cuestiones materiales y de prueba, que no ha tenido acogida posteriormente. El fundamento de la punición de la tentativa reside, según Salm, en la peligrosidad que crea para el bien jurídico la voluntad manifestada, que impresiona y convuelve la validez jurídica (41). Antes de exponer la teoría de Salm con respecto al dolo eventual y la tentativa, es preciso hacer hincapié en el primer requisito que la voluntad peligrosa para un bien jurídico, conmovedora de la validez del Ordenamiento, debe cumplir y que es su perceptibilidad externa (*Sichtbarkeit*). Sólo aquella voluntad delictiva que sea externamente perceptible, que se haga merecedora de una sospecha, puede considerarse típica. «Si la voluntad no es perceptible no existe sospecha alguna, sin sospecha no concurre tipicidad y sin tipicidad no puede haber proceso. Percepción de la voluntad y tipicidad se encuentran pues inseparablemente unidas» (42).

Si el autor únicamente se plantea y acepta la posibilidad de producción de un resultado, generalmente su voluntad no se manifiesta en un «cuadro conmovedor del Derecho», como en cambio sucede normalmente si el resultado se produce (43). En tanto el dolo eventual no se hace externamente visible y se manifiesta conmoviendo la validez del Ordenamiento, lo cual suele ocurrir con la producción del resultado, no puede indagarse sobre la punibilidad de la acción (44). No corresponde a la policía, ni al Ministerio Fiscal preguntarle al sospechoso sobre lo que ha pensado, indagar sobre aquello que el posible autor ha tomado en consideración. Sin embargo, Salm acepta que esta manifestación de voluntad conmovedora del Ordenamiento se ponga de relieve en algunos casos, no sólo a través de la producción del resultado, sino ya a través de la conducta (como «resultado de peligro»). En este caso la tentativa con dolo eventual sería punible, pues se habría producido una conmoción del Derecho externamente visible.

(41) Das versuchte Verbrechen, 1957, pág. 4.

(42) O. cit., pág. 5.

(43) Das vollendete Verbrechen, 1967, T. I, pág. 51.

Junto a Salm también Schmidhäuser niega la punibilidad de la tentativa con dolo eventual que no conlleva un peligro objetivo para el bien jurídico (45). Según este autor el injusto se fundamenta o bien a través del desvalor de la finalidad (*Zielunwert*), que concurre tan sólo cuando el autor se dirige a la lesión del bien jurídico, es decir, que equivale al dolo directo de primer grado, o bien en el desvalor del peligro (*Gefährdungsunwert*) (46). Cuando la tentativa se halla configurada por el desvalor de la finalidad se denomina tentativa intencional, la cual puede ser a su vez peligrosa o no peligrosa. La tentativa intencional siempre es punible, tanto si es peligrosa —por ejemplo A quiere matar a B y dispara su pistola, cargada, contra él— como si no lo es —el mismo ejemplo pero con la pistola descargada—. Si la tentativa no es intencional sólo será punible en el caso de que constituya una tentativa peligrosa —por ejemplo A quiere asustar a B disparando una pistola que considera que posiblemente esté cargada, cuando efectivamente lo está. Si la tentativa no es intencional ni peligrosa —el mismo ejemplo pero la pistola está descargada— no es punible. La razón de esta impunidad reside en que el desvalor en estos supuestos no es equiparable al caso en que el autor coloca un medio para llegar al fin perseguido (47).

Tanto Salm como Schmidhäuser pretenden limitar la punición de la tentativa con dolo eventual basándose en la menor o nula punibilidad de estos supuestos. A través de caminos distintos excluyen del ámbito de la punición aquellas tentativas cometidas con dolo eventual en las que no concurre ningún peligro objetivo. Es decir, ante la inexistencia de una peligrosidad objetiva de la acción, el dolo eventual se considera insuficiente para fundamentar la pena de la tentativa. De esta forma el análisis de esta cuestión se reconduce al fundamento de la punición de la tentativa, en relación con el cual deberá obtenerse una respuesta consecuente.

Para Schmidhäuser, debido a su especial configuración del injusto, la tentativa con dolo eventual, pero también con dolo directo de segundo grado, merece un tratamiento específico.

En cambio, si la punición de la tentativa se fundamenta —como señala Mir Puig (48)— en el peligro que ex ante genera para el bien jurídico la conducta realizada voluntariamente, no corresponderá dar a la tentativa con dolo eventual un tratamiento distinto a aquélla en la que concurren otras formas de dolo. Lo verdaderamente decisivo será atender en cada caso a la concurrencia ex ante de un peligro objetivo de lesión del bien jurídico (49); por tanto, deberá negarse la punición de aquellos hechos

(44) *Das vollendete Verbrechen*, pág. 51.

(45) Le sigue ALWART en *Strafwürdiges Versuchen*, págs. 158 ss.

(46) Strafrecht, A.T., 2.^a ed., 1984, págs. 87 s. y 344.

(47) ALWART, ob. cit., págs. 166 ss.

(48) Adiciones al Tratado de Derecho Penal de JESCHECK, T. II, páginas 719 s. y D. P., págs. 281 s. Ver también Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 1982, pág. 49.

en los que un tal peligro de lesión no concurra, y ello con independencia de que el autor se dirija a dicha lesión, se la represente como segura o simplemente como probable (50).

5. *Distinción entre el delito de lesiones consumadas y el homicidio frustrado o intentado.*

La sentencia que comentamos nos sugiere también la cuestión, tan frecuente en la práctica, relativa a la distinción entre el delito de lesiones y el delito de homicidio. En el plano puramente teórico la distinción entre ambas infracciones delictivas es fácil, ya que se hace depender de la voluntad del autor. Así, si lo que aquél quiere es matar, se tratará de un homicidio, ya sea consumado, frustrado o intentado; en cambio, si sólo persigue la lesión, el marco aplicable será el del delito de lesiones. Sin embargo, en la práctica, ante la dificultad de conocer la intencionalidad del autor, se ofrecen con frecuencia problemas de delimitación, que en la Jurisprudencia se han planteado sobre todo en aquellos casos en que, como el que comentamos, no se ha producido ningún resultado letal, pudiéndose haber producido, en cambio, unas lesiones consumadas. Para dar respuesta a esta cuestión de carácter probatorio el Tribunal Supremo ha ido elaborando durante años una serie de criterios de carácter objetivo, que en la actualidad se han impuesto totalmente. En este sentido expone, por ejemplo, la sentencia de 10 de febrero de 1982 (A. 644): «Ante la infranqueabilidad e impenetrabilidad del intelecto humano, donde yacen recónditamente las intenciones, es preciso indagar o inquirir cual fue el verdadero propósito del sujeto activo, acudiendo, para desentrañar tan ardua cuestión, a los *actos exteriorizativos, de naturaleza objetiva*, que, siendo *anteriores, coetáneos o posteriores al suceso*, esto es, acompañándolo, circundándolo o aureándolo, rebelen esta incógnita intención» (51).

(49) No es posible extendernos en este lugar sobre la delimitación exacta de este peligro «ex ante». Sobre ello véase mi tesis doctoral, Problemas fundamentales de la Tentativa en el Derecho Penal. Barcelona, 1985.

(50) Se ha planteado si el dolo eventual posee el mismo contenido de injusto que las restantes formas de dolo o si por el contrario su contenido de injusto es menor, lo cual sería cierto si se demostrase que las conductas cometidas con dolo eventual crean ex ante una menor peligrosidad para el bien jurídico protegido. En este caso y atendiendo a la menor penalidad de la tentativa en relación al delito consumado la pena en estos supuestos podría atenuarse doblemente.

(51) El subrayado es nuestro. En el mismo sentido la S. de 9 de junio de 1981 (A. 2635), S. de 4 de febrero de 1982 (A. 625) 5 de febrero de 1982 (A. 628), 10 de febrero de 1982 (A. 644), 2 de marzo de 1982 (A. 1406), 6 de marzo de 1982 (A. 1420), 25 de marzo de 1982 (A. 2020), 24 de mayo de 1982 (A. 2711), 17 de junio de 1982 (A. 3543), 21 de junio de 1982 (A. 3560), 7 de julio de 1982 (A. 4490), 8 de julio de 1982 (A. 4492), 9 de julio de 1982 (A. 4498), 17 de diciembre de 1982 (A. 7723), 19 de enero de 1983 (A. 26), 14 de febrero de 1983 (A. 1673), 18 de marzo de 1983 (A. 2148), 28 de noviembre de 1983 (A. 5761), 14 de diciembre de 1983 (A. 6565), 15 de diciembre de 1983 (A. 6574), 22 de diciembre de 1983 (A. 6719) y 30 de enero de 1984 (A. 438).

Entre los actos que el Tribunal Supremo denomina *anteriores* se cuentan, por ejemplo, la existencia de amenazas o pronunciamientos en un sentido o en otro, las relaciones existentes entre el agresor y el agredido: la concurrencia de resentimientos, de enemistad, etc., las actitudes y formas de comportamiento (52), así como cualesquiera otros factores que nos pongan en antecedentes sobre la intención del autor. En relación a estos hechos anteriores entiendo que hay que establecer muchas reservas en cuanto a la admisibilidad de aquellas circunstancias que, sin pertenecer propiamente al hecho, pueden inducir a prejuzgarlo en un sentido o en otro. Por ello es de aplaudir la resolución adoptada por la sentencia de 6 de marzo de 1982 (A. 1.420) de no modificar la decisión del Tribunal inferior ante el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, que argumentaba en base a los «antecedentes violentos del procesado, capaz de provocar un accidente tan grave por una causa tan nimia». En cambio, me parecen criticables las sentencias de 8 de abril y de 12 de mayo, ambas de 1981 (A. 1.607 y 2.195 respectivamente), que se amparan en la «destacada agresividad del procesado» y en la «peligrosidad y agresividad en el agente inusuales en la práctica criminal» para justificar su decisión, así como la S. de 26 de marzo de 1981 (A. 1.224), que señala entre los factores a tener en cuenta para determinar la voluntad del autor los «antecedentes del ofensor que le califiquen como persona más o menos peligrosa, belicosa, agresiva o pendenciera...».

De todas las circunstancias que concurren en el hecho, aquellas a las que el T. S. concede mayor relevancia a efectos de descubrir la intención del autor son lógicamente las *coetáneas* al mismo (53). Estas son fundamentalmente la naturaleza del arma empleada en el ataque, el lugar del cuerpo de la víctima al que el mismo se dirigía, la forma de realizar la agresión, es decir, la reiteración o el impulso de la misma, la distancia existente entre el agresor y el agredido, etc. De esta forma se ha podido establecer una delimitación más concreta ante la concurrencia de algunos de estos factores. En reiteradas ocasiones se ha considerado que la utilización de un arma de fuego, dirigida a corta distancia o bien repetidamente hacia una región principal del cuerpo de la víctima, deja traslucir el *animus necandi* (54). También tiene importancia

(52) Así, por ejemplo, la S. de 8 de julio de 1892 (A. 4492).

(53) Así, entre otras, la S. de 5 de febrero de 1982 (A. 628), 2 de marzo de 1982 (A. 1406), 21 de junio de 1982 (A. 3560), 7 de julio de 1982 (A. 4490) y 15 de diciembre de 1983 (A. 6574). En cambio en sentido contrario la S. de 25 de marzo de 1982 (A. 2020): «otorgando siempre prevalente valor persuasivo —cuando existen— a los factores o elementos de más directa significación subjetiva, en los hechos de la causa ... se acredita una grave enemistad previa entre los dos sujetos.»

(54) Se ha considerado concurrente un homicidio frustrado en los siguientes casos: En la sentencia de 8 de marzo de 1952 (A. 1520) el agresor utilizó una pistola Star de calibre 9 mm., disparando varias veces en dirección a la víctima. En la S. de 21 de junio de 1982 (A. 3560) también con una pistola Star del mismo calibre se realizó un único disparo a un metro y

lógicamente la persona que ha utilizado el arma. La S. de 17 de junio de 1982 (A. 3.543) calificó como homicidio frustrado el único disparo realizado sobre su víctima por un cazador de piezas mayores. La utilización de armas blancas puede poner también de relieve la voluntad homicida del autor, atendiendo ante todo a la longitud del arma empleada, al lugar del cuerpo al que la misma se dirige, así como a la repetición e intensidad del ataque (55). Por el contrario la utilización de otro tipo de instrumentos menos peligrosos dará lugar generalmente a la apreciación del *animus laedendi* (56).

Por último, entre las circunstancias denominadas *posteriores* al hecho el T. S. ha incluido: la actitud y palabras del agente una vez realizado el hecho, así como el diagnóstico médico-legal y las declaraciones del procesado sobre sus motivos e intenciones (57).

En general puede afirmarse que el análisis de los factores citados, los anteriores y los posteriores, pero sobre todo los coetáneos, así como el establecimiento cada vez más constante de unas pautas generales sobre los mismos por parte de la Jurisprudencia, sólo puede valorarse como muy positivo por la mayor seguridad jurídica que representa. Ello no obstante el análisis del caso concreto será siempre imprescindible y obligará a tener en cuenta las variadas circunstancias que en cada supuesto pueden concurrir. El T. S. deja abierta la enumeración de estas circunstancias admis-

medio de distancia y dirigido al abdomen de la víctima. En la sentencia de 5 de febrero de 1982 (A. 628), el arma utilizada fue una escopeta de cañones recortados, a corta distancia y dirigida a la región del cuello y en la S. de 10 de febrero de 1982 (A. 644) un arma de fuego de poderío letal disparando cinco proyectiles en dirección a la víctima.

La utilización de un arma de fuego (revólver calibre 22), que produjo una herida en el espacio intercostal derecho, no se consideró determinante de la calificación de homicidio frustrado o intentado en la S. de 6 de marzo de 1982 (A. 1420) por no recogerse en el relato «circunstancias suficientemente expresivas salvo el arma y lugar de la lesión».

(55) Según las sentencias de 2 de marzo de 1982 (A. 1406) y 13 de abril de 1982 (A. 2089) denotan el «*animus necandi*» las dos cuchilladas inferidas en el abdomen con un cuchillo de 16,50 cm. de longitud. Consideran también que concurre un homicidio frustrado las sentencias de 25 de marzo de 1982 (A. 2020), en la que el agresor utilizó hasta 7 veces su navaja sobre el cuerpo de la víctima, hiriéndole en el hemitórax derecho; 7 de julio de 1982 (A. 4490) en la que se utilizó un estilete dirigido a la región subabdominal —en ésta se citan además muchas otras sentencias en el mismo sentido—; 4 de febrero de 1982 (A. 625); se utilizó una navaja de pata de cabra o cabritería, dirigida al cuello; 18 de marzo de 1983 (A. 2148) un cuchillo dirigido a las costillas; 28 de noviembre de 1983 (A. 5761), un cuchillo de 7 centímetros que hirió en el abdomen; 30 de enero de 1984 (A. 438) un cuchillo de 13 cm. dirigido al abdomen y la sentencia de 22 de diciembre de 1983 (A. 6719) dos cuchilladas con un cuchillo de 12 cm. dirigido al pecho.

(56) Puñetazos y patadas que produjeron la fractura de una costilla (S. 25 de noviembre de 1982 (A. 7199). Una botella de ácido clorhídrico arrojado al rostro (S. 29 de mayo de 1982 (A. 2735). El lanzamiento de un vaso a la cara (S. de 15 de junio de 1982 (A. 3535). El pegar con el cañón de una escopeta (S. de 13 de julio de 1982 (A. 4525).

(57) Así la sentencia de 6 de marzo de 1982 (A. 1420).

tiendo «cualesquiera otros factores que descubran de manera inequívoca la intención del agente» (58).

6. Posición de la Jurisprudencia en relación al tratamiento que corresponde aplicar a las lesiones consumadas una vez determinado el dolo de homicidio.

No queremos dejar de aludir, siquiera brevemente, a una cuestión apenas tratada abiertamente en la práctica, que también se plantea en la sentencia: el tratamiento que corresponde dar a las lesiones consumadas una vez determinada la voluntad homicida del agente. Sobre esta cuestión no existe acuerdo en la doctrina, que ha planteado fundamentalmente dos soluciones distintas. La denominada *teoría de la oposición* considera que el dolo de lesionar y el dolo de matar se excluyen mutuamente; por lo tanto, nadie puede querer matar y lesionar al mismo tiempo. A esta solución se le critica que no puede ofrecer una respuesta satisfactoria en aquellos casos en los que el autor ha desistido voluntariamente del homicidio, ya que no tiene en cuenta las lesiones producidas (59). Frente a ella la *teoría de la unidad*, actualmente dominante, considera que el dolo de matar contiene a su vez el dolo de lesionar, ya que es imposible matar a un hombre sin atentar contra su integridad física. El tratamiento aplicable será, pues, el concurso de leyes en el que las lesiones se consideran normalmente subsidiarias del homicidio (60). Sin embargo, partiendo de la teoría de la unidad, Eser mantiene una interesante posición diferenciadora (61). Según este autor, cuando no se ha producido lesión alguna la solución correcta será el homicidio intentado, o frustrado en nuestro Derecho, mientras que si se han producido también lesiones deberá aplicarse un concurso ideal de delitos, ya que de otra forma no se tendría en cuenta el desvalor del resultado lesivo, que se ha producido, al castigarse igual que si no se hubiese producido.

A través de las sentencias examinadas podemos establecer dos conclusiones en relación a la posición mantenida por el Tribunal Supremo en esta cuestión. En primer lugar, en la única sentencia que hemos encontrado que aluda abiertamente a este tema —S. de 8 de junio de 1981 (A. 2.627)— el T. S. se muestra partidario de la teoría de la unidad, al afirmar que el asentimiento del autor abarca en estos casos tanto uno como otro resultado, es decir, tanto la muerte como las lesiones. En segundo lugar el T. S. no ha castigado en ningún caso las lesiones consumadas junto al delito de homicidio frustrado, considerando aplicable al parecer el

(58) Sentencias de 14 de abril de 1982 (A. 2089), 17 de diciembre de 1982 (A. 7723) y 8 de julio de 1982 (A. 4492).

(59) Ver MUÑOZ CONDE, P.E., 6.^a ed. 1985, pág. 89.

(60) MUÑOZ CONDE, ob. cit., pág. 21.

(61) En SCHÖNKE SCHÖDER, StGB, § 212, núm. 17.

concurso de leyes, según se desprende de la citada sentencia que señala que el resultado «más grave absorbe al de menor gravedad».

7. Consideraciones finales en torno a la sentencia comentada

Refiriéndonos en concreto a la sentencia que comentamos se observa, pues, que en la misma el Tribunal Supremo admite la punición de las formas de imperfecta ejecución cometidas con dolo eventual. La posibilidad del dolo eventual en estos casos se ha aceptado entre otras en la sentencia de 17 de junio de 1982 (A. 3.543), en la que se señala que «el dolo que reclama la infracción delictiva del homicidio puede ser directo o de resultado querido, o el eventual o de muerte aceptada o asentida». Y concretamente consideró que concurría un asesinato frustrado con dolo eventual (62) la sentencia de 27 de marzo de 1981 (A. 1.228), en la cual se señaló que las circunstancias antecedentes unidas a las concomitantes —medio comisivo, situación desprevista de la víctima y entidad de las lesiones— «revelan que la muerte fue representada y querida o, al menos, fue aceptada voluntariamente como resultado posible o eventual».

También en la sentencia que comentamos el T. S., siguiendo la dirección por él mismo iniciada, y aunque no lo exponga abiertamente, pretende llegar a conocer la intencionalidad del autor a través del análisis de las circunstancias externas que rodearon al hecho. Hay que señalar que en esta sentencia el relato fáctico no es todo lo preciso que sería de desechar. En primer lugar, la sentencia tiene en cuenta factores antecedentes como es el hecho de que el acusado hubiera sostenido por la mañana una riña con unos vecinos y que hubiera herido a uno de ellos en un brazo, señalando inicialmente que se trataba de un «hombre de carácter violento y excitable, que ya «tiene antecedentes penales por homicidio en grado de tentativa». Ya hemos citado anteriormente la tendencia a dar relevancia en alguna medida a factores que pueden predeterminar al Tribunal a extraer una conclusión sobre lo sucedido más basándose en la forma de ser del autor, que en los hechos acaecidos. De la lectura de la sentencia no se desprende en cambio que haya sido ésta la línea seguida por el Tribunal Supremo en este caso. Más bien parece que la conclusión extraída se deduce de las llamadas circunstancias coetáneas, entre las que se cuentan: la instigación del hijo animándole a dar muerte a los allí reunidos, el cuchillo de grandes dimensiones que esgrimía el autor, los golpes que aquél empezó a repartir hiriendo a varios de ellos en distintas partes del cuerpo, así como las heridas de pronóstico grave que causó a uno de los presentes en ambos hemitorax. El Tribunal Supremo remarca expresamente, para extraer su

(62) En contra de la posibilidad de dolo eventual en el asesinato, MUÑOZ CONDE, P.E., pág. 29.

conclusión, la utilización del cuchillo «de grandes dimensiones» de forma indiscriminada repartiendo golpes «a diestro y siniestro» y, si bien la exposición de los hechos no es —como ya se ha dicho— todo lo precisa que sería exigible, no hace sino seguir en este caso la dirección que ha aplicado en otras sentencias en relación a la utilización de armas blancas de cierta longitud, de forma repetida y dirigidas a partes vitales del cuerpo. Si bien en este caso nuestro más alto Tribunal no puede determinar que sea la muerte el resultado perseguido por el autor, la gran peligrosidad del medio empleado, que crea una gran probabilidad de que se produzca el resultado mortal, conduce sin duda al Tribunal Supremo a afirmar que «es indudable que no pudo dejar de representarse como probable las consecuencias letales que pudieran derivarse de su comportamiento y que hubiese procedido de la misma manera aún cuando se lo hubiese representado como seguro».

Por otra parte, es de subrayar, que la solución adoptada en este caso sea la de homicidio en grado de tentativa, en relación a uno —el más afectado— de los varios sujetos víctimas de su agresión. Esta solución no se adopta con frecuencia por el Tribunal Supremo, que en las sentencias consultadas de los últimos años, se ha inclinado en todo caso por la frustración, sin entrar a analizar siquiera la posibilidad de tentativa. Ciertamente para la consideración de este problema deberían tenerse en cuenta circunstancias que normalmente no constan en los relatos fácticos, como puede ser el hecho de que terceras personas separasen al agresor y al agredido, o fuese él mismo quien diera por terminada su agresión. Este es, por ejemplo, el caso de la sentencia comentada.

Por último, también se advierte en esta sentencia que, como en la mayoría de las consultadas, no se hace ninguna referencia a las lesiones consumadas que se han producido. Es de suponer que aquí se sigue también la posición expuesta por la S. de 8 de junio de 1981, en la que se admitía que el resultado «más grave absorbe al de menor gravedad».

Jurisprudencia Constitucional

PUBLICADA EN MARZO-OCTUBRE
DE 1985 Y CON APLICACION EN
MATERIA PENAL

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR GARCIA

U. A. M.

I) CONSTITUCION

ARTICULO 10

Dignidad de la persona

«Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencia (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.»

«La dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especialidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad, derecho que el Estado debe respetar y a cuya efectividad debe contribuir dentro de los límites impuestos por la existencia de otros derechos y fines asimismo reconocidos por la Constitución.»

(Sentencia de 11 de abril de 1985. Recurso previo de inconstitucionalidad 808/83.—«B.O.E.» de 18 de mayo de 1985.—Ponentes: Gloria Begué Cantón y Rafael Gómez-Ferrer Morant.)

ARTÍCULO 15***Derecho a la vida. «Nasciturus»***

«El derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el artículo 15 de la C.E., es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional —la vida humana— y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes». La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el artículo 10 es situado a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos.»

«Sin embargo, no es posible resolver constitucionalmente el presente recurso sin partir de una noción de vida que sirva de base para determinar el alcance del mencionado precepto. Desde el punto de vista de la cuestión planteada basta con precisar:

a) Que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte, es un continuo sometido por efectos de tiempo a cambios cualitativos de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el status jurídico público y privado del sujeto vital.

b) Que la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta.

c) Que dentro de los cambios cualitativos en el desarrollo del proceso vital y partiendo del supuesto de que la vida es una realidad desde el inicio de la gestación, tiene particular relevancia el nacimiento, ya que significa el paso de la vida albergada en el seno materno a la vida albergada en la sociedad, bien que con distintas especificaciones y modalidades a lo largo del curso vital y previamente al nacimiento tiene especial trascendencia el momento a partir del cual el *nasciturus* es ya susceptible de vida independiente de la madre, esto es, de adquirir plena individualidad jurídica.»

«De las anteriores consideraciones se deduce que si la constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto que éste encarna un valor fundamental —la vida

humana— garantizado en el artículo 15 de la C.E., constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional.»

(Sentencia de 11 de abril de 1985. Recurso previo de inconstitucionalidad 800/83.—«B.O.E.» de 18 de mayo de 1985.—Ponentes: Gloria Begué Cantón y Rafael Gómez-Ferrer Morant.)

ARTÍCULO 17.4

Detención ilegal. Hábeas Corpus

«La lectura de este precepto (art. 17.4 de la C.E.) evidencia que la libertad personal reconocida en el artículo 17.1 de la Constitución queda vulnerada cuando se priva de ella a una persona sin observar lo dispuesto en el mismo o en casos o en forma no previstos en la Ley. De aquí que el incumplimiento del principio de legalidad punitivo (tipicidad) y procesal, pueda configurarse como una vulneración de la libertad personal, en garantía de la cual el propio 17.1 prevé la regulación por Ley de un procedimiento de hábeas corpus para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Dada la función que cumple este procedimiento, no cabe duda que comprende potencialmente a todos los supuestos en que se produce una privación de libertad no acordada por el Juez, con objeto de conseguir el resultado indicado si la detención fuera ilegal en la forma y con el alcance que precisa la Ley orgánica 6/1984.»

(Sentencia de 5 de marzo de 1985. R. A. 718/84.—«B.O.E.» de 27 de marzo de 1985.—Ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morán.)

Prisión Provisional. Plazo máximo

El Tribunal Constitucional reiterando doctrina establecida en Sentencia de 26 de diciembre de 1984 («B.O.E.» de 11 de enero de 1985) señala que no es admisible la interpretación que entiende que el empleo de la palabra delito en singular en el artículo 509 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —redacción dada por L.O. 7/83, de 23 de abril— impide aplicar las limitaciones de seis, dieciocho y treinta meses en los casos de pluralidad delictiva. «Tal interpretación supondría hacer depender el plazo máximo de duración provisional, que el artículo 17, núm. 4 de la C.E. ordena establecer por Ley, de un elemento incierto, como es el número de delitos de que puede acusarse a una persona y sería contraria a los pactos internacionales ratificados por España, al poder conducir, por simples operaciones aritméticas, a resultados notoriamente superiores a todo plazo razonable. Ello supondría además olvidar que la comisión de varios delitos no implica su total individualización, como se desprende del artículo 70, núm. 2 del Código Penal.»

(Sentencia de 27 de febrero de 1985. R. A. 82-199-256/84.—«B.O.E.» de 27 de marzo de 1985.—Ponente: Manuel Díez de Velasco Vallejo.)

«El artículo 504 de la L. E. Cr., en su redacción anterior a la L.O. de 26 de diciembre de 1984, permitía que la duración máxima de la prisión provisional pudiera llegar hasta los treinta meses siempre que concurriera uno de estos requisitos: Que el delito «hubiera afectado gravemente a intereses colectivos», o cuando «hubiera producido graves consecuencias en el ámbito nacional» o «cuando se hubiere cometido fuera de éste», o bien cuando «la instrucción de la causa fuera de extraordinaria complejidad». Tales requisitos no han de darse acumulados en el caso de que se trate, pues la Ley alude a ellos con la fórmula disyuntiva «o», y todos, desde luego, habrán de ser apreciados por el órgano competente de la jurisdicción penal (art. 117.3 C.E.). El órgano jurisdiccional, sin invadir la jurisdicción penal, puede revisar si en un determinado caso la excepcional promulgación del límite de la prisión provisional se hizo cumpliendo o no los requisitos de la Ley a la que se remite el art. 174 de la C.E. pues el incumplimiento de tales exigencias legales implicaría la vulneración del derecho fundamental del art. 17.4 in fine.»

(Sentencia de 10 de julio de 1985. R. A. 754/84.—«B.O.E.» de 14 de agosto de 1985. Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

ARTÍCULO 20

Libertad de expresión: limitaciones

«La apreciación de la necesidad de la limitación de un derecho fundamental (el del 20.1 d) C.E.) y el cálculo consiguiente de la proporcionalidad de la medida adoptada no pudieron ser enunciados en la mente del Juez a falta de su examen, ni siquiera mínimo, del objeto sobre el que recayó su prohibición, que constituye así una ablación del derecho a comunicar y a recibir información del art. 20.1 d) de la C.E., así como también un acto contrario al principio general de interdicción de la arbitrariedad.»

«Tratándose, pues, de una invocación pura y simple a la regla que establece que "las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral" (art. 301 de la L.E.Cr.) es indispensable, en este momento, proceder a una interpretación del sentido constitucional de esta norma a los solos efectos de apreciar la legitimidad de la medida que en ella quiso basarse. La regla que dispone el secreto de las actuaciones sumariales es, ante todo, una excepción a la garantía institucional inscrita en el art. 120.1 de la Constitución, según el cual "las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento". La admisión que hace esta misma disposición constitucional de excepciones a la publicidad no puede entenderse como un apoderamiento en blanco al legislador, porque la publicidad procesal está inmediatamente ligada a situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos que tienen la condición de derechos fundamentales: Derecho a un proceso público, en el art. 24.2 de la Constitución, y derecho a recibir libremente información, según puede derivarse de la Sentencia 30/1982, de 1 de junio, de la Sala Segunda, fundamento jurídico cuarto. Esta

ligazón entre garantía objetiva de la publicidad y derechos fundamentales lleva a exigir que las excepciones a la publicidad previstas en el art. 120.1 de la Constitución se acomoden en la previsión normativa, y en su aplicación judicial concreta, a las condiciones fuera de las cuales la limitación constitucionalmente posible deviene vulneración del derecho. Son estas condiciones, por lo que aquí importa, la previsión de la excepción en cuestión en norma con rango de Ley (art. 53.1 de la C.E.), la justificación de la limitación misma en la protección de otro bien constitucionalmente relevante y, en fin, la congruencia entre la medida prevista o aplicada y la procuración de dicho valor así garantizado. La previsión de la excepción se halla dispuesta en norma de Ley (art. 301 de la L.E.Cri.) y puede invocar efectivamente en su apoyo diferentes disposiciones en la materia recogidas en textos internacionales, tales como, en relación con el art. 10.2 de la Constitución, el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, y el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950, reconducibles al art. 20.4 de la C.E., precepto que hay que interpretar de conformidad con ellos (art. 10.2 C.E.). Sobre estas bases puede decirse que el proceso penal, institución con la que se trata de hacer efectiva la protección del ordenamiento a "derechos reconocidos en este título" (es decir, en el primero de la Constitución, según dice el art. 20.4) puede tener una fase sumaria amparada por el secreto y en cuanto tal limitativa de la publicidad y de la libertad. Pero esta genérica conformidad constitucional del secreto sumarial no está, sin embargo, impuesta o exigida directamente por ningún precepto constitucional y, por lo mismo, se requiere, en su aplicación concreta, una interpretación estricta, no siendo su mera alegación fundamento bastante para limitar más derechos —ni en mayor medida de lo necesario— que los estrictamente afectados por la norma entronizadora del secreto. El punto firme desde el que ha de partirse aquí, sentadas las bases anteriores, viene dado por el hecho de que la regulación legal del secreto sumarial no se interpone como un límite frente a la libertad de información (derecho, sin embargo, afectado aquí exclusivamente), sino, más amplia y genéricamente, como un impedimento al conocimiento por cualquiera —incluidas las mismas partes en algún caso: artículo 302 de la L.E.Cr.— de las actuaciones seguidas en esta etapa del procedimiento penal. Lo que persigue la regla impositiva del secreto es impedir tal conocimiento y ello en aras de alcanzar, de acuerdo con el principio inquisitivo antes aludido, una segura represión del delito. Por consiguiente, aquellos datos a los que no se tiene acceso legítimo no podrán —a fortiori— ser objeto de difusión, por cualquier medio, lo cual implica un límite del derecho a informar, pero sólo de modo derivado, es decir, en la medida en que aquello que se quiera difundir o comunicar haya sido obtenido ilegítimamente, quebrando el secreto mismo del sumario; esto es, en la medida en que se esté ante lo que llama la ley procesal misma (art. 301) una "revelación indebida". Cabe concluir, en coherencia con todo lo expuesto, que el secreto del sumario se predica de las diligencias que los constituyen, y no es otra cosa, por cierto, dice literalmente el párrafo primero del art. 301 de la L.E.Cr., esto es, de los actos singulares que en cuanto acto formal complejo

o procedimiento lo integran. Tal secreto implica, por consiguiente, que no puede transgredirse la reserva sobre su contenido por medio de "revelaciones indebidas" (art. 301.2 L.E.Cr.) o a través de un conocimiento ilícito y su posterior difusión. Pero el secreto del sumario no significa, en modo alguno, que uno o varios elementos de la realidad social (sucedidos singulares o hechos colectivos cuyo conocimiento no resulte limitado o vedado por otro derecho fundamental según lo expuesto por el art. 20.4 de la C.E.) sean arrebatados a la libertad de información, en el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar, con el único argumento de que sobre aquellos elementos están en curso unas determinadas diligencias sumariales. De ese modo, el mal entendido secreto del sumario equivaldría a crear una atípica e ilegítima "materia reservada" sobre los hechos mismos acerca de los cuales investiga y realiza la oportuna instrucción el órgano judicial, y no sobre "las actuaciones" del órgano judicial que constituyen el sumario (artículo 299 de la L.E.Cr.).»

(Sentencia de 31 de enero de 1985. R. A. 358/84.—«B.O.E.» de 5 de marzo de 1985.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva

«Las garantías constitucionalizadas por el artículo 24 no han sido quebrantadas, pues los actores han sido admitidos como parte acusadora y, en esta posición acusatoria, han participado en todos y cada uno de los actos en que se manifiesta ese ejercicio, y teniendo sin restricciones —el libre acceso a la investigación, sin que se les haya negado medios instructorios dirigidos a la acusación. La denegación del procesamiento y la conclusión del sumario y sobreseimiento de la causa— por lo demás provisional no afecta al derecho que proclama el art. 24.1 que no constitucionaliza el derecho a una resolución favorable a las pretensiones de la parte.»

(Sentencia de 1 de marzo de 1985. R. A. 413/84.—«B.O.E.» de 27 de marzo de 1985.—Ponente: Jerónimo Arozamena Sierra.)

La sentencia recuerda la sentencia del Tribunal Constitucional 76/1982, de 14 de diciembre, que declaró inconstitucional un inciso de la Ley 9/1980, que negaba el recurso de casación a los condenados ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de las sentencias dictadas por el Consejo Supremo de Justicia Militar, cuando fueran castigados con penas de privación de libertad inferiores a tres años, y sin embargo permitía, en todo caso, tal recurso al Ministerio Fiscal Jurídico Militar y la más reciente de este Tribunal número 72/1985, de 26 de febrero de 1985, que resolvió una cuestión de inconstitucionalidad sobre posible contradicción en el art. 24 de la C.E. del artículo 13.1 de la citada Ley 9/1980, que establecía la misma limitación, al aceptar contra las sentencias de los Consejos de Guerra, la interposición de recur-

sos de casación ante la Justicia Militar, por el Ministerio Fiscal Jurídico, en todo caso, pero no permitía que lo interpusieran los condenados a pena privativa de libertad inferior a tres años, estimándose en tal Resolución, que el inciso cuestionado era *inconstitucional*. En congruencia con esta última resolución, aplica la *inconstitucionalidad* del art. 13.1 de la Ley 9/1980, al presente caso.

(Sentencia de 7 de marzo de 1985. R. A. 372/1984.—«B.O.E.» de 27 de marzo de 1985.—Ponente: Angel Escudero del Corral.)

«El derecho a la interposición y trámite hasta su resolución de un recurso previsto en el ordenamiento aplicable, a lo que afecta realmente es, en este ámbito constitucional en el que nos hallamos, al derecho a la obtención de la tutela judicial efectiva y, supuesto tal acotamiento, nada obsta a admitir que la vulneración del derecho de que se trata podrá producirse en determinadas situaciones en las que se venga a privar de un recurso que la normativa procesal aplicable atribuya a quien pretende deducirlo, lo que ha de comportar la posibilidad de evitarlo por esta vía de recurso constitucional de amparo, bien que ello no pueda ser equivalente a la institución o reconocimiento de un trámite más, de una instancia terminal adicionada y como a guisa de prolongación de la cadena de posibilidades que los ordenamientos procesales prevén, ante una inicial negativa a la admisión a trámite de un recurso; por lo que será menester analizar con cuidado el supuesto que las actuaciones ofrezcan en cada caso, circunscribiendo el ámbito de esta clase de impugnaciones en demanda de amparo constitucional a aquellos casos en que —lógica y exigiblemente— las anomalías denunciadas o las discrepancias puestas de relieve posean entidad suficiente para advertir la puesta en riesgo del derecho fundamental a que nos venimos refiriendo»

(Sentencia de 14 de marzo de 1985. R. A. 219/84.—«B.O.E.» de 19 de abril de 1985.—Ponente: Francisco Pera Verdaguer.)

«El artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal reconoció la nueva categoría de «imputado» a toda persona a quien se le atribuya, más o menos fundadamente, un acto punible, permitiéndole ejercitar el derecho de defensa en su más amplio contenido, actuando en el procedimiento penal cualquiera que éste sea, desde que se le comunique inmediatamente la admisión de denuncia o querella o cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito, o haya sido objeto de detención, o de cualquier otra medida cautelar, o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho. Con el reconocimiento de la condición de imputado, y de los derechos de defensa que se le otorgan al mismo dentro del proceso penal, se colocó a las partes en él interesadas en un plano de equiparación y de contradicción, evitando la supremacía y preponderancia de las partes acusadoras que, con anterioridad, agravaba la posición de los inculpados. Derecho de defensa que sólo podrá restringirse en los supuestos especiales y extraordinarios que exija la investigación según las leyes procesales y si resulta indispensable a tal fin. Pero fuera de estos supuestos excepcionales el derecho

a la defensa del imputado se ostenta con carácter absoluto en todas las fases que componen el proceso, como lo indica la expresión de dicho art. 118 de la L.E.Cr., «actuando en el procedimiento, cualquiera que sea», y por consiguiente, teniendo el derecho de defenderse en la denominada fase intermedia del proceso ordinario común para los delitos de superior entidad y que se practica ante las Audiencias Provinciales, por lo que el contenido del art. 623 de la L.E.Cr. no puede impedir que el inculpado en el sumario pueda comparecer en dicho estadio procesal, aunque no hubiera sido procesado previamente, en el que puede actuar en defensa de sus derechos, personándose como parte y recurriendo contra los acuerdos que le perjudiquen.»

(Sentencia de 22 de marzo de 1985. R. A. 591/84.—«B.O.E.» de 19 de abril de 1985.—Ponente: Manuel Díez de Velasco Vallejo.)

«Según ya reiterada jurisprudencia de este Tribunal (por todas, Sentencia 22 de 1985, de 15 de febrero, fundamento jurídico sexto), el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface con una decisión fundada en Derecho, que puede ser de inadmisión cuando se den las circunstancias a las que se liga en la Ley, tal tipo de resolución. El hecho de que el enjuiciamiento de la efectiva existencia de las causas de inadmisión en cada caso corresponda prioritariamente al Tribunal ordinario no impedirá siempre, ciertamente, que en el amparo constitucional se juzgue la conformidad a la Constitución de las causas mismas, o su interpretación por el juzgador, porque, de principio, no cualquier obstáculo procesal al acceso a la jurisdicción habrá de ser legítimo y porque también han de procurar los Jueces y Tribunales, en su aplicación concreta, hacerlos valer sin menoscabar innecesariamente la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, cuyo contenido normal es la obtención de una resolución de fondo sobre la pretensión deducida. Esta directriz habrá de inspirar la labor jurisdiccional mediante una interpretación en sentido restrictivo de las causas de inadmisión.»

Sentencia de 6 de mayo de 1985. R. A. 454/84.—«B.O.E.» de 5 de junio de 1985.—Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León.)

«Hay que tener en cuenta la limitación que al acceso a la casación fijaba el art. 13.1 de la Ley Orgánica 9/1980, de reforma del C.J.M., ya que sólo la establecía para los casos de sentencias condenatorias a penas superiores a tres años de privación de libertad en lo que atañe a la defensa de los condenados. En este sentido, la Sentencia de este Tribunal núm. 76/1982, de 14 de diciembre («Boletín Oficial del Estado» de 15 de enero de 1983), declaró la inconstitucionalidad del art. 14 de la referida Ley 9/1980, en un inciso similar al del 13.1, por su contradicción con el art. 24 de la C.E.

Por todo ello se producía una desigualdad injustificada entre unas y otras hipótesis que ha sido recientemente reparada por este Tribunal en Sentencia de 26 de febrero de 1985 (cuestión de inconstitucionalidad núm. 620/1984), que ha declarado parcialmente inconstitucional el art. 13.1 de la Ley Orgánica citada, por lo que contra las Sentencias de los Consejos de Guerra pueden ahora interponerse recursos de casación ante la justicia militar por el Ministerio Fiscal jurídico-militar, y por quienes hubieran sido condenados en la

Sentencia independientemente de la duración de la pena de privación de libertad que se hubiese impuesto.

En atención a lo dicho se llega a la incontestable conclusión de considerar resuelta la pretensión del recurso que versa sobre la infracción del artículo 24.1 de la C.E., por la declaración de inconstitucionalidad del inciso del artículo 13.1 de la Ley 9/1980, que vedaba el acceso a la casación en unos casos, y, en consecuencia, procede conceder al recurrente el derecho a formular el recurso de casación ante la justicia militar contra la Sentencia que le condenó»

(Sentencia de 11 de abril de 1985. R. A. 467/83.—«B.O.E.» de 18 de mayo de 1985.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

«La C.E., en su artículo 24.1, reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales, lo que comprende, como este Tribunal Constitucional ha señalado repetidamente, el acceso a la jurisdicción, y, en consecuencia, el derecho a promover una actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas. Y, como señalamos en nuestra Sentencia 115/84, de 3 de diciembre (R. A. 485/82, «B.O.E.» de 21 de diciembre de 1984) al ser preciso en determinados casos que concurra la condición de postulación procesal para que se produzca la citada actividad jurisdiccional, se vulnera el artículo 24.1 cuando el órgano judicial, por acción u omisión, cierra a una persona la posibilidad de suplir, por los medios que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, su falta de postulación procesal, ya que de esta manera no sólo se limita, sino que se hace imposible la plena satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva.»

(Sentencia de 10 de mayo de 1985. R. A. núm. 353/84.—«B.O.E. de 5 de junio de 1985.—Ponente: Manuel Díez de Velasco.)

«Los Autos citados nos colocan ante una indiscutible conclusión: existe una dimensión constitucional de la interdicción de la reforma peyorativa, que desemboca en el conjunto de derechos reconocidos por el artículo 24 de la Constitución, a través de una de las siguientes vías: la prohibición de la indefensión del artículo 24.1 de la C.E., cuando se produce en la segunda instancia una condena de empeoramiento, sin haberse dado al recurrente condenado la posibilidad de conocer los motivos de impugnación de la Sentencia recurrida y de defenderse sobre ellos; el régimen de las garantías procesales y de los recursos, por entenderse que forma parte de él una limitación de los poderes decisarios del Juez superior; y finalmente, la idea misma de tutela jurisdiccional efectiva de derechos e intereses, en la medida en que constituyendo el interés en la impugnación uno de los presupuestos de la admisibilidad misma, la apelación única del condenado no puede conducir a unos resultados que estén en contraste o en contradicción con dicho interés.»

(Sentencia de 8 de julio de 1985. R. A. núm. 774/84. «B.O.E.» de 17 de julio de 1985.—Ponente: Luis Díez Picazo.)

«Esta sustantividad propia del derecho que se enuncia en el apartado 1.^º del artículo 24 C.E. hace ciertamente posible que un acto del poder, y en particular de los órganos judiciales, que viole alguno de los derechos declarados en el apartado 2.^º del mismo artículo, lesione también aquél, pero, aunque en el plano de lo fáctico pueda apreciarse entre ambas vulneraciones una relación de causa a efecto, es indispensable que ambas se hayan producido efectivamente sin que, en el plano jurídico, sea admisible partir de una implicación recíproca de ambas, de manera que se afirme la existencia de la una porque se da también la de la otra.

No puede equipararse la idea de indefensión en sentido jurídico-constitucional con cualquier vulneración o infracción de normas procesales que los órganos judiciales puedan cometer. Lo que a la protección del derecho constitucionalmente garantizado importa es que nadie se vea privado de los medios necesarios para hacer valer su derecho en un juicio equilibrado, en el que, con igualdad entre las partes, pueda ofrecer las razones que abonan su pretensión y apoyarlas con las pruebas necesarias para que los hechos de los que tales razones parten sean aceptadas por el Juez o Tribunal»

(Sentencia de 19 de julio de 1985. R. A. núm. 824/84.—«B.O.E.» de 14 de agosto de 1985.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

«... el mandato contenido en el artículo 24.1 de la C.E. encierra el derecho a escoger la vía judicial que se estime más conveniente para la defensa de derechos e intereses legítimos, aunque sólo sea porque no puede decirse que sean los mismos los efectos y consecuencias jurídicas que ofrecen los distintos tipos de procesos previstos en nuestro ordenamiento para la defensa de tales derechos e intereses. Por ello, siempre que la vía escogida sea procesalmente correcta conforme a las normas legales vigentes, la privación o denegación de la misma, si fuere indebida, habría de estimarse que equivale a una privación o denegación de tutela judicial efectiva, contra lo dispuesto en dicho mandato constitucional.»

(Sentencia de 22 de julio de 1985. R. A. núm. 112/84.—«B.O.E.» de 14 de agosto de 1985.—Ponente: Manuel Díez de Velasco Vallejo.)

«El artículo 24 de la C.E. al proscribir la indefensión, y exigir el derecho de defensa, para que los órganos judiciales otorguen dentro del proceso debido la tutela judicial efectiva a los ciudadanos, está determinado en un ámbito muy importante que las partes puedan dentro del proceso judicial ejercitar con libertad la exposición dialéctica de los hechos, fundamentos de derecho y pretensiones, con la finalidad de justificar sus intereses y derechos en igualdad de condiciones con las demás partes procesales, no pudiéndosele privar de los trámites determinados en las normas procesales de alegación o de contradicción salvo que existan causas de absoluta justificación legal. Por otro lado, dentro de la tutela judicial efectiva, como ha determinado la doctrina de este Tribunal reiteradamente, se concede el derecho a las mismas partes del proceso a ejercitar los recursos estableci-

dos en las leyes rituarias, pues si se niegan indebidamente se originaría indefensión, por privárseles de la posibilidad de revisar las resoluciones judiciales dictadas ante otra instancia superior o en casación, aunque en ningún caso pueda apreciarse la existencia de dicha indefensión, cuando se debe a la inactividad o a la conducta desacertada en derecho de la propia parte que la invoca»

(Sentencia de 29 de julio de 1985. R. A. 640/83.—«B.O.E.» de 14 de agosto de 1985.—Ponente: Angel Escudero del Corral.)

ARTÍCULO 24.2 Y 117.1

Juez ordinario predeterminado por la ley

«El derecho invocado, según se infiere en la jurisprudencia de este T. C., no sólo «exige que el órgano judicial haya sido creado previamente por norma jurídica, éste investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional», sino que también requiere que «la composición venga determinada por la ley» y se observe ésta en cada caso concreto «para garantizar la necesaria independencia e imparcialidad (S. núm. 47/83, de 31 de mayo. «B.O.E.» de 17 de junio). El derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley comprende también el de recusar cuando concurren las causas tipificadas como circunstancias de privación de idoneidad». (Sentencia núm. 47/82, de 12 de julio).»

(Sentencia de 22 de marzo de 1985. R. A. 591/84.—«B.O.E.» de 19 de abril de 1985.—Ponente: Manuel Díez de Velasco Vallejo.)

Derecho a la defensa

«Los herederos de los responsables civiles subsidiarios adquieren esa misma condición por prescripción expresa del artículo 105 del C. P., de manera que resultan, en tal sentido, legitimados pasivamente en el procedimiento penal con el alcance y contenido propio de la acción que se ejerzte. En consecuencia, es necesaria su citación y ostentan el derecho a que se les comunique la causa al efecto de su calificación, como se deriva del artículo 652 de la L.E.Cr. y para las diligencias preparatorias del artículo 791, regla séptima, también de la L.E.Cr., que dispone su emplazamiento, con entrega de la copia de los escritos de calificación de los acusadores, para que en el plazo de tres días comparezcan en la causa con Abogado y Procurador que les defienda y represente. Con la importante secuela de que, siendo el indicado momento procesal el oportuno para la proposición de pruebas, su omisión implica la vulneración del derecho a la defensa.

El propio Tribunal Constitucional ha señalado la trascendencia, a los efectos del amparo, de habilitar la oportunidad de defensa para los responsables civiles, en su Sentencia 4/1982, de 8 de febrero, al decir que el dere-

cho fundamental acogido en el artículo 42.2 de la C.E. a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, predictable de todos los sujetos jurídicos, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, comporta la exigencia de que «en ningún caso pueda producirse indefensión», lo que indudablemente significa que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de la defensa contradictoria de las partes contendientes o que legalmente debieran serlo. Este derecho constitucionalizado es extensible a la acción civil derivada de delito, aunque de forma matizada, pues tiene en su desarrollo menor alcance que el de la acción criminal por estar limitada al peculiar objeto indemnizatorio o de resarcimiento.»

(Sentencia de 11 de febrero de 1985. R. A. núm. 439/84.—«B.O.E.» de 5 de marzo de 1985.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

Derecho a ser informado de la acusación formulada

«El hoy recurrente, una vez concluidas las diligencias previas, en las que compareció e intervino, asistido de Letrado, alegando lo que creyó oportuno, fue citado a juicio «con los testigos y demás pruebas que tenga», según lo exigido por el artículo 965 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal L.E.Cr.); por lo que, no siendo testigo de los hechos ni querellante sólo podría ser llamado en calidad de «presunto culpable» o «acusado», según los términos utilizados respectivamente en los artículos 962, 965, 967 y 970 y los artículos 969 y 971 de la mencionada Ley. En todo caso, su derecho a ser informado de la acusación formulada, amparado por el artículo 24.2 de la Constitución, y que como tal ha de considerarse distinto, dentro del marco del mismo, del derecho a la defensa, no fue conculado en el proceso previo del que trae causa este recurso. Lo que ocurre es que, dada la regulación del juicio sobre faltas, no hay en él, a diferencia del proceso por delitos, una fase de instrucción o sumario, ni una fase intermedia, y, una vez iniciado por los medios normales, se pasa inmediatamente al juicio oral, en el que se formulan las pretensiones, se practican las pruebas y se dicta, si es posible (o de no serlo, dentro de los tres días siguientes), la correspondiente sentencia (arts. 969 y 973 de la L.E.Cr.). La acusación se formaliza, pues, en el acto del juicio, constituyendo esta formalización el comienzo del mismo. Así ocurrió en el proceso en cuestión, con respecto al hoy recurrente en amparo, el cual, una vez que conoció la acusación, pudo formular las alegaciones y proponer las pruebas que considerase oportunas para su defensa. No se produjo, pues, falta de las garantías constitucionales del proceso penal, ya que, como ha dicho esta Sala en su sentencia núm. 15/1984, de 6 de febrero («Boletín Oficial del Estado» del 18), en su fundamento 2.º, «siempre que en el juicio se dé oportunidad para que en él el acusado presente prueba de descargo sobre la acusación allí formulada, no puede decirse que no haya conocido a tiempo la acusación», siendo esta afirmación aplicable al presente recurso.»

(Sentencia de 7 de marzo de 1985. R. A. núm. 411/84.—«B.O.E.» de 27 de marzo de 1985.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

Derecho a servirse de las pruebas pertinentes para su defensa.

«La conclusión es que la pertinencia de las pruebas es la relación que las mismas guardan con lo que es objeto del juicio y con lo que constituye *thema decidendi* para el Tribunal y expresa la capacidad de los medios utilizados para formar la definitiva convicción del Tribunal. Así entendida la pertinencia de las pruebas es distinta de su eventual relevancia, que consiste en el juicio de necesidad o de utilidad de las mismas. Entendida la idea de pertinencia del modo que queda explicado —relación entre los hechos probados y el *thema decidendi*— surge de inmediato la cuestión de los elementos caracterizadores del juicio sobre la pertinencia. Se encuentran entre ellos, en una primera línea de dificultad menor, el que el objeto de la prueba han de ser hechos y no normas jurídicas o elementos de derecho; el que ha de tratarse de hechos que hayan sido previamente alegados y que estén, por consiguiente, previamente aportados al proceso, y que no se trate de hechos exonerados de prueba como pueden estarlo los hechos establecidos en virtud de una presunción legal.

La pertinencia entendida como constatación de la relación de los medios de prueba propuestos con el *thema decidendi* presupone la configuración de este último que debe realizarse mediante las operaciones de alegación llevadas a cabo por las partes. En él no debe intervenir el Tribunal, a menos que se trate de datos que sean manifiestos o notorios, porque, en otro caso, el juicio sobre la pertinencia anticipa, aunque sea parcialmente, el juicio de fondo, respecto del cual introduce una apreciación preventiva. Sin embargo, este hecho por sí solo no es suficiente para establecer una violación de los derechos constitucionales, si los demás medios de defensa no resultan lesionados, aunque sea aconsejable que los Tribunales lo eviten y, por ello, si bien en el caso presente, es posible que al llevar a cabo el juicio sobre la pertinencia de las pruebas no debiera haberse anticipado la opinión del Tribunal sobre la *exceptio veritatis*, la irregularidad en la anticipación del juicio sobre una cuestión de fondo sólo entraña violación del derecho constitucional a servirse de las pruebas pertinentes, especialmente en casos como el presente, que se deciden en única instancia si se produce la lesión en derecho sustantivo que en el proceso se cuestione.

Por último, debemos señalar —para dejar cerrado este punto— que la limitación del derecho consagrado por el artículo 24.2 de la Constitución, al servirse de las pruebas pertinentes para su defensa como un derecho constitucional no justifica su sacrificio a intereses indudablemente dignos de su tutela pero de rango subordinado como pueden ser la economía del proceso; la mayor celeridad de éste o la eficacia en la Administración de la Justicia. Es exclusivamente el juicio sobre la pertinencia lo que debe ser medido y en el que como hemos dicho muchas veces ha de considerarse válida la decisión adoptada por los jueces *a quo* en tanto no se ofrezcan razones suficientes para destruirla en el proceso de amparo.»

(Sentencia de 10 de abril de 1985. R. A. núm. 871-83.—«B.O.E.» de 18 de mayo de 1985.—Ponente: Luis Díez Picazo.)

El derecho a los medios de prueba consagrado en el artículo 24.2, «protege a todos cuantos acuden ante los Jueces y Tribunales en defensa de lo que creen sus derechos e intereses legítimos y, en consecuencia, también a quienes, mediante querella, intentan la acción penal frente a los que reputan responsables de actos delictivos en su perjuicio».

(Sentencia de 19 de julio de 1985. R. A. 824/84.—«B.O.E.» de 14 de agosto de 1985.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

Derecho a una doble instancia. Diputados y Senadores

«La necesidad de que en las causas contra Diputados y Senadores sea competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que es el «órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 de la C.E.), está impuesta por el artículo 71.3 de la Constitución. Determinadas personas gozan, *ex constituzione*, en atención a su cargo, de una especial protección que contrarresta la imposibilidad de acudir a una instancia superior, pudiendo afirmarse que esas particulares garantías que acompañan a Senadores y Diputados disculpán la falta de un segundo grado jurisdiccional, por ellas mismas y porque el órgano encargado de conocer en las causas en que puedan hallarse implicados es el superior en la vía judicial ordinaria.»

(Sentencia de 10 de abril de 1985. R. A. núm. 781/83.—«B.O.E.» de 18 de mayo de 1985.—Ponente: Luis Díez Picazo.)

Presunción de inocencia

«La presunción de inocencia quiere decir que en el proceso penal se debe partir de la inocencia del acusado, incumbiendo a los que acusan la aportación de las pruebas incriminatorias demostrativas de la culpabilidad del acusado, más la valoración de estas pruebas, y, en definitiva, la fijación del «factum», según el criterio apreciativo de las pruebas que la ley (art. 741 de la LE.Cr.) confiere al Tribunal de instancia, no es algo que pertenezca al campo del amparo constitucional, sino a la exclusividad jurisdiccional del Juez o Tribunal de la causa, que tiene su primera afirmación constitucional en el artículo 117.3 C.E. Ciento que es indispensable para la realización de esta labor valorativa contar con medios probatorios, traídos al proceso con las debidas garantías procesales, pero supuesta esta oportación probativa, no es propio de un proceso de garantías constitucionales, como es el amparo, realizar un nuevo análisis de las pruebas practicadas en el proceso judicial, al modo de una renovada valoración, sino que su función se contrae a controlar si la apreciación fáctica se ha realizado sobre pruebas traídas al proceso, cumpliendo las esenciales y debidas garantías de tal actividad.»

(Sentencia de 10 de mayo de 1985. R. A. núm. 213/84.—«B.O.E.» de 5 de junio de 1985.—Ponente: Jerónimo Arozamena Sierra.)

«Como reiteradas veces ha dicho este Tribunal a partir de la Sentencia 31/1981, de 13 de agosto, la presunción de inocencia queda desvirtuada

únicamente si existe una mínima actividad probatoria de cargo que permita al Juzgador valorarla en conciencia de acuerdo con el principio de la libre apreciación de la prueba recogida en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.»

(Sentencia de 22 de febrero de 1985. R. A. 534/83.—«B.O.E.» de 27 de marzo de 1985.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

«Ya que de ningún modo se invierte la carga de la prueba, hasta el punto de quien resulte acusado de un delito imposible por inexistencia de objeto debe ser tenido por culpable en tanto no demuestre lo contrario; ya que en tal caso parejámente a lo que sucede en cualquier otro en que una persona sea acusada de la comisión de un delito será el que tal sostenga quien deba asumir el *onus probandi* desvirtuando la inicial presunción de inocencia del acusado lo que referido al concreto caso de aborto que no puede llegar a ejercitarse por no estar embarazada la mujer quien formula la acusación tendrá que aportar ante el Tribunal prueba suficiente de que el acusado dio comienzo a la ejecución de actos externos inequívocamente enderezados a la producción de un aborto con el propósito deliberado —o al menos con dolo eventual— de interrumpir un embarazo que creía o suponía cierto y de no llevarse a cabo tal prueba ninguna imputación de culpabilidad podría actuar contra el acusado pues de otro modo sí que se violaría su derecho a la presunción de inocencia.»

(Sentencia de 31 de mayo de 1985. R. A. 735/83.—«B.O.E.» de 27 de junio de 1985.—Ponente: Francisco Pena Verdaguer)

ARTÍCULO 25.1

Principio de legalidad. Delito imposible

«Se alude a la posible vulneración del principio de legalidad en el supuesto de admitirse la punibilidad del delito imposible por inexistencia de objeto o bien jurídico protegido punto de vista que no puede compararse ya que lo constitucionalmente garantizado en aquella norma lo es en bien de la libertad del ciudadano al no permitirse sanciones o condenas sino en virtud de normas legales que hayan tipificado los actos que imputen al sujeto antes de su producción como delitos, faltas o infracciones administrativas, amén de no poder ser condenado sino por una acción u omisión, esto es, por un hecho visible y concreto, no por pensamiento, deseos o tendencias y todo esto queda por entero salvaguardado y respetado en el caso que suscita el actual recurso de amparo ya que el Tribunal Penal se limitó en este aspecto a aplicar una norma —el art. 55.2 del Código sustantivo— que establece la punibilidad del delito imposible, norma desde luego preexistente a la producción de los hechos enjuiciados, constando igualmente la realidad de la inequívoca producción de una serie de actos exteriores en sentido unívoco.»

(Sentencia de 31 de mayo de 1985. R. A. 735/83.—«B.O.E.» de 27 de junio de 1985.—Ponente: Francisco Pera Verdaguer.)

ARTÍCULO 25.3*Institutos Armados. Disciplina militar. Administración Civil*

«El artículo 25.3 contempla el aspecto sancionador de la disciplina militar, disciplina a la que se refiere con carácter general —al regular la libertad sindical— el artículo 28.1 de la propia Constitución, al indicar que la Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a «disciplina militar». De donde resulta que la Constitución contempla como ajustado a la misma el que la Ley pueda sujetar a la disciplina militar a los Institutos armados o a otros Cuerpos, por lo que no puede afirmarse que la aplicación del régimen disciplinario sancionador de carácter militar a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado sea contrario a la Constitución, aún cuando ello suponga excluirlos en este aspecto de la Administración Civil. Por ello la procedencia de aplicar este régimen es un problema de mera legalidad, que en este caso se fundamenta en la legislación aplicable, singularmente en el artículo 12 de la Ley de Policía de 4 de diciembre de 1978 y los artículos 512 y siguientes del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa.»

(Sentencia de 5 de marzo de 1985. R. A. 718/84.—«B.O.E.» de 27 de marzo de 1985.—Ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morán.)

ARTÍCULO 71.1*Inviolabilidad de Diputados y Senadores*

«La garantía de los parlamentarios no decae por la extinción del mandato pero sí requiere de una correcta delimitación material y funcional. Respecto de la primera parece evidente que la garantía no ampara cualesquier actuaciones de los parlamentarios y sí sólo sus declaraciones de juicio o de voluntad. En cuanto a la concreción funcional del ámbito de la prerrogativa sin embargo podrían presentarse de principio algunas dudas y en especial la relativa a si la inviolabilidad cubre toda la actuación de «relevancia política» del parlamentario o si, más estrictamente, la protección dispensada por esta garantía no alcanza sino a la conducta de su titular en tanto que miembro del órgano colegiado, cesando, por tanto, cuando el sujeto desplegase ya su conducta incluso con trascendencia «política» al margen de las funciones parlamentarias»

«El nuevo entre inviolabilidad y ejercicio de funciones propias a la condición de parlamentario está claramente expuesto por el propio artículo 71.1 de la Constitución. A no ser que la expresión «funciones» que se entendiera en un sentido inespecífico, las mismas debieran identificarse en las que son propias del Diputado o Senador en tanto que sujetos portadores del órgano parlamentario, cuya autonomía, en definitiva, es la protegida a

través de esta garantía individual». «De otra parte, y como confirmación constitucional de esta interpretación, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 67.3 de la norma fundamental...». «Más allá de ésta, y desde una interpretación finalista de la garantía que se considera, la interpretación no puede ser muy distinta. Las prerrogativas parlamentarias han de ser interpretadas estrictamente para no devenir privilegios que puedan lesionar derechos fundamentales de terceros.»

(Sentencia de 10 de abril de 1985. R. A. 781/83.—«B.O.E.» de 18 de mayo de 1985. Ponente: Luis Díez Picazo.)

Inmunidad de Diputados y Senadores. Autorización para procesamiento

«Cualquier acto del Parlamento con relevancia jurídica externa, esto es, que afecte a situaciones que excedan del ámbito estrictamente propio del funcionamiento interno de las Cámaras, queda sujeto, comenzando por los de naturaleza legislativa, no sólo a las normas de procedimientos que en su caso establezca la C.E., sino, asimismo, al conjunto de normas materiales que en la misma Constitución se contienen. No puede, por ello, aceptarse que la libertad con que se produce un acto parlamentario con esa relevancia jurídica para terceros llegue a rebasar el marco de tales normas, pues ello, en nuestro ordenamiento, sería tanto como aceptar la arbitrariedad.»

«Es... posible revisar, desde la perspectiva constitucional, los actos del Congreso de Diputados o del Senado por los que, en libre ejercicio de la prerrogativa de la inmunidad que les reconoce el art. 71, núm. 2 de la C.E., se resuelva acerca de la solicitud para procesar a alguno de sus miembros y es al T.C. a quien corresponde, cuando sea requerido para ello, por la vía y con los requisitos del amparo constitucional, llevar a cabo esa revisión mediante el examen del caso concreto.»

«La posibilidad de conceder o denegar suplicatorios para procesar a Diputados y Senadores en que la institución de la inmunidad se concreta queda, así, vinculada a la función de impartir justicia, y en tal medida, le son aplicables los parámetros del art. 24.1 de la C.E. Ello no significa, ciertamente, la necesidad de que, siempre que se requiera un suplicatorio de una Cámara Parlamentaria, ésta venga obligada a concederlo para permitir el acceso a la Justicia.»

«La solución pasa por la doctrina del mismo T.C. viene afirmando en su S. núm. 7/1981, de 30 de marzo en virtud de la cual el art. 24, núm. 1, de la C.E. debe aplicarse en cada caso según la naturaleza y fines de cada tipo de procedimiento.»

«Semejante doctrina constitucional reviste, en efecto, un acentuado carácter finalista, pues implica la exigencia de que los recortes o limitaciones del derecho a la jurisdicción hayan de aparecer, en último término, justificados por la *ratio* de las distintas instituciones procesales en que dichos recortes o limitaciones se producen. La doctrina puede trasladarse a la técnica de los suplicatorios, en cuanto instrumento que permite impedir el acceso al proceso penal, y que supone que la denegación de los mismos haya

dé considerarse correcta, desde la perspectiva del art. 24.1 de la C.E., únicamente en el caso de que dicha denegación sea conforme a la finalidad que la institución de la inmunidad parlamentaria persigue y en la que la posibilidad de denegación se fundamente. Por el contrario, la respuesta negativa a la autorización para procesar será incorrecta y habrá un abuso de la figura constitucional cuando ésta sea utilizada para fines que no le son propios.»

«... La inmunidad parlamentaria no puede concebirse como un privilegio personal... La existencia de tal tipo de privilegio pugnaría, entre otras cosas, con los valores de «justicia» e «igualdad» que el art. 1, núm. 1 de la C.E., reconoce como «superiores» de nuestro ordenamiento jurídico. La inmunidad, como el resto de prerrogativas que en el art. 71 de la misma Constitución se establecen, se justifica en atención al conjunto de funciones parlamentarias respecto a las que tiene como finalidad primordial su protección.»

«La amenaza frente a la que protege la inmunidad sólo puede serlo de tipo político y consiste en la eventualidad de que la vía penal sea utilizada con la intención de perturbar el funcionamiento de las Cámaras o de alterar la composición que a las mismas ha dado la voluntad popular.»

«El control que a este T.C. corresponde... no puede llevarnos a revisar o a sustituir esa valoración, pero sí a constatar que el juicio de oportunidad o de intencionalidad se ha producido en las Cámaras, y ello de modo suficiente, esto es, en términos razonables o argumentales. De la existencia o inexistencia de semejante juicio depende, en efecto que el ejercicio de esa facultad, potencialmente restrictiva del derecho a la tutela judicial, se haya realizado conforme a su propia finalidad y depende, por consiguiente, en el supuesto de que la decisión parlamentaria sea contraria a permitir dicha tutela, que el derecho fundamental a éste haya de considerarse o no vulnerado.»

(Sentencia de 22 de julio de 1985. R. A. núm. 112/84.—«BOE», de 14 de agosto de 1985.—Ponente: Manuel Díez de Velasco Vallejo.)

II) LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 44.1 a).

Recurso útil

«Los recursos utilizables dentro de la L.O.T.C. son los que alude el artículo 44.1 a); son los recursos útiles para conseguir la revisión de la medida adoptada, como condición previa para la admisión del recurso..., no siendo aventurado imaginar que la interposición del recurso de queja (ante la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar a tenor del art. 107.6 del C.J.M.) es de dudosa utilidad para alcanzar el fin previsto.»

(Sentencia de 11 de abril de 1985. R. A. núm. 467/83.—«BOE» de 18 de mayo de 1985.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

Agotamiento de los recursos utilizables dentro de la vía judicial

«La exigencia del mencionado artículo de la L.O.T.C. no se refiere a todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial, lo que supondría una carga desmesurada para tener acceso a este T.C. en la defensa de derechos fundamentales presuntamente vulnerados por órganos jurisdiccionales, sino exclusivamente, según se desprende del mismo tenor literal del precepto, a los recursos utilizables dentro de la vía judicial en que la presunta vulneración tuvo lugar.»

(Sentencia de 24 de julio de 1985. R. A. núm. 103/84.—«BOE» de 14 de agosto de 1985.—Ponente: Manuel Díez de Velasco Vallejo.)

III) LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.**ARTÍCULO 54.1.^º y 55***Recusación*

V. Sentencia de 22 de mayo de 1985 sobre *derecho al juez ordinario predeterminado por la ley*.—Artículo 24.2 de la C.E.

ARTÍCULOS 109 Y 783*Ejercicio de la acción penal. Postulación procesal*

V. Sentencia de 10 de mayo de 1985 sobre *derecho a la tutela judicial efectiva*.—Artículo 24.1 de la C.E.

ARTÍCULO 118*Derecho a la defensa del imputado*

V. Sentencia de 2 de marzo de 1985 sobre *Derecho a la tutela judicial efectiva*.—Artículo 24.1 de la C.E.

ARTÍCULO 206*Secretario judicial: Obligaciones respecto a los escritos que le sean presentados*

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 dispone en su artículo 481.4 que es obligación de los Secretarios anotar los días en que las partes呈eran escritos, en concordancia con lo cual en el art. 206 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (que no viene a diferir del 250 de la

Ley de Enjuiciamiento Civil), se establece que «El Secretario... en todo caso pondrá al pie de la pretensión, en el acto de recibirla y a presencia de quien se la entregase, una breve nota consignando el día y hora de la entrega, y facilitará al interesado que lo pidiera, documento bastante para acreditarlo». A su vez, el art. 80.3 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios de la Administración de Justicia, aprobado por Decreto de 2 de mayo de 1968, les obliga a anotar en los Autos, cuando los términos sean fatales, el día y la hora en que se les presenten los escritos.

Ahora bien, parece ocioso destacar que tal obligación impuesta a los Secretarios, en el sentido de anotar en los escritos, y, consiguientemente, con reflejo en los Autos, el día y aun la hora de la presentación de aquéllos, requiere como inexcusable exigencia que, en efecto, tal presentación se haya producido, ya que de otro modo surge la imposibilidad más absoluta, no precisamente de orden legal, sino más bien física y material. Lo dicho puede parecer, por su obviedad, hasta superfluo. Pero no lo es, porque en realidad, tal como está planteada aquí esta cuestión, parece difícil imputar al fedatario el incumplimiento de una obligación (con notables consecuencias de ello), como es la de no haber extendido la «nota» al pie del escrito, cuando lo que afirma y aparece de lo actuado es que el escrito en cuestión no le fue presentado, sino que fue hallado por otro funcionario del Juzgado, dentro del proceso, transcurrido el plazo previsto para la apelación.»

(Sentencia de 14 de marzo de 1985. R. A. núm. 219/84.—«BOE» de 19 de abril de 1985.—Ponente: Francisco Péra Verdaguer.)

ARTÍCULO 312

Querella. Diligencias de prueba

V. Sentencia de 19 de julio de 1985 sobre *derecho a la tutela judicial efectiva y a utilizar los medios de prueba necesarios para la defensa*.—Artículo 24.1 y 2 de la C.E.

ARTÍCULOS 384 y 641

Auto de procesamiento y sobreseimiento

V. Sentencia de 1 de marzo de 1985 sobre *derecho a la tutela judicial efectiva*.—Artículo 24.1 de la C.E.

ARTÍCULO 504

Prisión Provisional: Duración máxima

V. Sentencias de 27 de febrero y 10 de julio de 1985 sobre *derecho a la libertad*.—Artículo 17.4 de la C.E.

ARTÍCULO 659*Pruebas pertinentes*

V. Sentencia de 10 de abril de 1985 sobre *derecho a servirse de las pruebas pertinentes para su defensa*.—Artículo 24.2 de la C.E.

ARTÍCULO 741*Libre apreciación de la prueba*

V. Sentencias de 22 de febrero y 10 de mayo de 1985 sobre *presunción de inocencia*.—Artículo 24.2 de la C.E.

ARTÍCULOS 847 Y SIGUIENTES*Recurso de casación*

«Las especialidades del recurso de casación penal en nuestro ordenamiento no oscurecen el hecho de que este instrumento penal ocupe hoy una posición esencial en el sistema de garantías jurisdiccionales consagradas por el art. 24 de la norma fundamental. La casación penal, por ello, no está sólo al servicio de los intereses objetivos ligados a la necesaria depuración en Derecho del obrar judicial, sino que, al desenvolver esta función, protege también al justiciable; que contará, a su través, con la posibilidad de someter el fallo en el que resultó condenado a un «Tribunal Superior», como quiere el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, que forma parte de nuestro ordenamiento, y que ha de tenerse en cuenta para interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce, de acuerdo con su artículo 10.2.»

(Sentencia de 6 de mayo de 1985. R. A. núm. 454/84.—«BOE» de 5 de junio de 1985.—Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León.)

Recurso de casación: causas de inadmisión

«La obligación que le impone la Ley procesal al recurrente en el último inciso del párrafo primero del art. 874 —la de exponer los fundamentos del recurso en «párrafos numerados»— se halla inequívocamente, al servicio de alcanzar «la mayor concisión y claridad» en el planteamiento de la pretensión, como requiere este mismo texto legal inmediatamente después y según prescribía también, en una norma modificada, el segundo párrafo del artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La exigencia que se considera tiene, en todo caso, que interpretarse en atención a su *ratio*, que no es otra sino la de procurar, según se ha dicho, un planteamiento conciso y claro del recurso. Si al recurrente se le requiere que distinga y enumere sus diferentes pretensiones de impugnación, ello es

sólo, como se expusiera doctrinalmente, para dar a su escrito la claridad debida facilitando de este modo la apreciación y resolución de los diversos motivos en que la impugnación se funde. Este fin al que se orienta la exigencia de una determinada disposición textual del escrito del recurso es el que debe servir como criterio para apreciar la incidencia y gravedad de su no exacto cumplimiento y así se ha hecho, para un caso parcialmente análogo al que ahora se considera en la Sentencia 17 de 1985, de 9 de febrero (fundamento jurídico 2.º). Ello no significa otra cosa sino que, siendo obligado, obviamente, el respeto por el recurrente de la regla que se considera y pudiendo, en su virtud, el Tribunal requerirle la oportuna subsanación, su inobservancia, por sí sola, no podrá acarrear la inadmisión del recurso, debiéndose éste admitir, en concurrencia de los demás requisitos de procedibilidad, a no ser que, por la omisión de la fundamentación particularizada que se considera, el escrito no ofrezca la necesaria claridad en su formulación. Cuando esta precisión en su exposición sí se alcanza, el interés procesal a cuyo servicio está la regla examinada se habrá preservado también, y será sólo un estrecho rigorismo formal el que siga sancionando con la drástica medida de la inadmisión una carencia que no menoscaba ya la claridad cuya exigencia da sentido a la previsión normativa.»

(Sentencia de 6 de mayo de 1985. R. A. núm. 454/84.—«BOE» de 5 de junio de 1985.—Ponente: Luis Díez-Picazo y Ponce de León.)

ARTÍCULO 965 Y 7 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

Juicio de faltas: Acusación

V. Sentencia de 7 de marzo de 1985, sobre *derecho a ser informado de la acusación promulgada*.—Art. 24.2 de la C.E.

ARTÍCULOS 969, 977 Y 978 Y 1, 7, 14 Y 15 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

Juicio de faltas: Principio acusatorio

Esta concepción del juicio de faltas como denominado por el sistema inquisitivo varió sencillamente, desde la puesta en marcha de la Ley de Bases para la regulación de la Justicia Municipal de 19 de julio de 1944 y su posterior legislación complementaria, especialmente, el Decreto de 24 de enero de 1947, el Decreto de 21 de noviembre de 1952 y la Ley de 8 de abril de 1967, pues se entregó el conocimiento de la mayor parte de las faltas y de sus procedimientos —salvo las faltas contra el orden público y contra los intereses generales y régimen de las poblaciones, que son competencia de los Jueces de Paz— a los Jueces Comarcales y Municipales, posteriormente denominados Jueces de Distrito, y que en virtud del mandato del art. 122.1 de la C.E. forman ya parte de la Carrera Judicial como Cuerpo unitario —Ley Orgánica 5/1981, de 16 de noviembre—; al igual que sucede con los Fiscales

de Distrito integrados en la Carrera Fiscal —art. 32 y siguientes del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre—, y como todos ellos son Cuerpos técnicos, desapareció una de las razones que apoyaba la aplicabilidad del principio inquisitivo de los juicios de faltas, al ser de la competencia de dichos Jueces y Fiscales de Distrito, y de los Jueces de Instrucción, el conocimiento de las dos instancias, por lo que las atribuciones otorgadas por la jurisprudencia al Juez de instancia, actuando sin acusación previa o fuera de ella y las garantías reforzadas y libérrimas de supervisión del Juez de apelación, ya no tienen razón de ser, al resultar innecesarias las facultades extremas propias del sistema inquisitivo, en el que los Jueces mantienen una posición activa sustituyendo a las partes, que puede afectar a su posición desapasionada, serena e imparcial, al confundirse los planos propios de la acusación y la decisión, lo que se evita con el sistema acusatorio en el que se desdoblan ambas funciones, otorgándose la acusación, a través del ejercicio de la aportuna pretensión al Ministerio Fiscal o a las partes acusadoras, actuando juntas o separadamente y al Juez la decisión definitiva de la controversia y oposición. No teniendo tampoco consistencia el otro soporte en que se basaba la antigua jurisprudencia, para mantener el principio inquisitivo con dichas consecuencias, argumentando que si el Juez podía iniciar el juicio de faltas convocando a su celebración, sin acusación previa, también podía tenerla para decidir el proceso sin dicha acusación ó por fuera de ella rebasándola, porque con esta alegación se confunde el principio de mera oficialidad ó de impulso procesal, aplicado para llamar a las partes a la celebración rápida del juicio oral, por no existir fase instructora previa ni intermedia en el sencillo juicio de faltas, con el principio inquisitivo, en el que la persecución supone un derecho incondicionado del Juez sin necesidad de acusación alguna, cuando no debe ni puede efectuarse esta interpretación extensiva y prejudicial, toda vez que en el juicio oral de faltas, el Ministerio Fiscal necesariamente ha de intervenir —salvo en los supuestos de faltas privadas—, según deriva de lo dispuesto esencialmente en el art. 124 de la C.E., que le encomienda promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, actuando de oficio, y también resulta de lo establecido en los arts. 969, 977 y 978 de la L.E.Cr. y de las normas 1, 7, 14 y 15 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, pues debe ejercitarse la función que tiene asignada en los arts. 100, 101 y 105 de la misma ordenanza procesal general, que no es otra que la de actuar la acción penal, si procede, en defensa de los intereses públicos, otorgando efectividad al principio acusatorio, en el que la facultad de juzgar depende de que el Fiscal, o el acusador privado, promuevan la acción de la Justicia, por lo que si su posición es la de solicitar el castigo de la falta el Juez debe atenderla o rechazarla, y en caso de discrepancia por ausencia de acusación, utilizar el trámite dispuesto en el artículo 644 de la L.E.Cr., ó si estima corresponde calificación distinta de la falta, por proceder la efectividad de otra con superior sanción, aplicar por analogía el art. 733 de la misma Ley, planteando la «tesis», que incide y limita el sistema acusatorio o de rogación, en evitación de incongruencias, por calificaciones defectuosas de las infracciones veniales por las partes acusadoras, y que permite excepcionalmente al Juez, una actuación

más flexible y por encima de la acusación, pero sin que ello suponga excepcionalmente su mera corrección en pro de la mejor realización de la Justicia con todas las garantías de defensa contradictoria.

La variación indicada en la concepción del juicio de faltas, que resulta del examen de la legalidad sustantiva y orgánica, que la incardina esencialmente dentro del sistema acusatorio penal, no sólo se refuerza sino que se impone prioritariamente, a consecuencia de las disposiciones constitucionales reguladoras de los derechos fundamentales y de las libertades públicas que se otorgan a los ciudadanos, y que por su carácter general y expansivo impiden estimar exento de su cumplimiento a dicho juicio de faltas, por sencillo y abreviado que resulte su tramitación y benigno en las sanciones, porque el imperio y efectividad de las beneficiosas garantías constitucionales también le comprenden.

El art. 24 de la C.E., en sus dos apartados, establece el derecho de toda persona a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión; así como también consagra el derecho a la defensa de los procesos judiciales; a su vez proclama el derecho de las personas a ser informadas de la acusación contra ellas formulada, y por fin exige que el proceso se desarrolle con el cumplimiento de todas las garantías.

El derecho a la tutela judicial efectiva que deben otorgar los Jueces y Tribunales, puesto en relación, por un lado, con el deber de los mismos de juzgar con independencia e imparcialidad los conflictos que le sometan las partes contradictoriamente —art. 117.1 y 3 de la C.E.—, y por otro, con la obligación de que exista una acusación dentro del peculiar sistema procesal penal, que impone, como antes se señaló, la presencia y actuación del Ministerio Fiscal incluso en los juicios de faltas, en defensa de los intereses generales de la sociedad, y permite la actuación concurrente o no con aquél, de la acusación privada o popular tutelando intereses propios o ajenos —arts. 962, 965 y 969 de la L.E.Cr.—, determina la exigencia derivada de la Constitución de separar por regla general, y salvo circunstancias muy excepcionales, la función de jugar de la de acusar, para alcanzar la mayor independencia y equilibrio del Juez, evitando que actúe como parte en el proceso contradictorio frente al acusado, cuando debe ser un órgano imparcial que ha de situarse por encima de las partes acusadoras e imputadas, para decidir justamente la controversia determinada por sus pretensiones en relación con la culpabilidad o inocencia, sin que por lo tanto pueda anular o sustituir las funciones oficiales pertenecientes al Fiscal o a las partes ofendidas o interesadas en ejercer la acusación por delitos o faltas, y sin perjuicio de realizar, en su caso, el derecho que le otorga el art. 733 de la L.E.Cr. antes indicado, para la fase de primera instancia únicamente.

Esta conclusión se refuerza con la efectividad de los derechos constitucionales también indicados, de que la acusación sea previamente formulada y conocida, al exigir el art. 24.2 de la C.E. información de la misma a los acusados, para que el proceso ofrezca las garantías debidas, y todo ello, con la evidente finalidad de que puedan ejercitarse el inviolable derecho de defensa efectuando alegaciones y proponiendo pruebas en toda su extensión, para

lograr alcanzar como ha expuesto la Sentencia de este Tribunal de 10 de marzo de 1982, un equilibrio entre acusador y acusado en el proceso penal que evite la prohibida indefensión. Derechos de información y defensa que difícilmente pueden lograrse sin un previo trámite de exposición de la acusación por el Juez, si se estimare indebidamente, que a éste corresponde ejercitárla en el juicio de faltas, por no hallarse regulado el mismo en las minuciosas normas que desarrollan ese proceso, y que resultaría imposible de admitir cuando la acusación se realizare, confundiéndola con la condena, en la Sentencia, pues en tal supuesto la indefensión resultaría absoluta quebrantándose las garantías constitucionales expuestas de manera inaceptable.

Construido el proceso de faltas admitiendo la doble instancia, resulta evidente que las precisiones hasta aquí expuestas han de aplicarse al recurso de alzada ante el Juez de Instrucción «ad quem», aun con superior razón, ante la mera consideración de que la resolución del Juez de Distrito supone una decisión del proceso válida, salvo que alguna de las partes implicadas en el inicie por su voluntad expresa, según el artículo 975 de la L.E.Cr. y concordantes, el recurso de apelación, ejercitando la pretensión concreta, delimitadora de la alzada, con la precisión de los temas o puntos que plantea, que enmarcan y predeterminan el alcance de la decisión del Juez superior, pues éste ha de desenvolver la función dentro de su contenido material, fuera del cual no puede actuar agravando la situación del apelante, no sólo por la efectividad del principio acusatorio aceptado para el juicio de faltas, sino por la operatividad del axioma que rige la apelación «*tantum apellatum, quanto devolutum*», y que es aceptado por la jurisprudencia y por la doctrina, por ser acorde con la misma naturaleza y contenido del recurso, así como finalmente, porque el principio de rogación que delimita el mismo, se manifiesta en la prohibición de aceptar la *reformatio in peius* que prohíbe el artículo 902 de la L.E.Cr. para el recurso de casación, como también la propia Constitución en su artículo 24 a través de la interdicción de la indefensión y la exigencia de las garantías inherentes a todo proceso enmarcado por las pretensiones de las partes y congruencia en la decisión que lo resuelve, por todo lo cual, indudablemente, el Tribunal de alzada, de oficio, no puede agravar o empeorar la condición de los derechos del recurrente, apoyándose en una pretensión de signo contrario y beneficiosa, que se transforma en peyorativa al resolverse *extrapetitum*, imponiendo superiores sanciones o mayores, lo que sólo podrían aceptarse si concurrieran otras partes apelantes que con sus peticiones permitieron efectuar una decisión de superior contenido contra el condenado apelante, pues aunque la apelación se considere como un *novum iudicium*, la revisión que supone debe encuadrarse dentro de las pretensiones ejercitadas en ambas instancias, no admitiendo las apreciaciones distintas que las superen, con agravio indudable de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

(Sentencia de 18 de abril de 1985. R. A. núm. 349/84.—«B.O.E.» de 18 de mayo de 1985.—Ponente: Angel Escudero del Corral.)

Idéntica doctrina se reitera en Sentencia de 8 de julio de 1985. R. A. número 774/84.—«B.O.E.» de 17 de julio de 1985.—Ponente: Luis Díez-Picazo.

ARTÍCULO 975 Y 14 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1985

«La doctrina de este T.C. en relación con el derecho a una tutela judicial efectiva, parte del reconocimiento del derecho al acceso a la justicia, que comprende el derecho a la utilización de los recursos establecidos por la Ley, derecho que no puede obstaculizarse o desconocerse por la aplicación de criterios o causas impeditivas, irrazonables o irrazonadas. Como es sabido, en el juicio de faltas está establecido el sistema de doble instancia y prevista y regulada la apelación contra la sentencia del Juez de Instancia. El derecho a apelar se reconoce a quienes hayan actuado en el proceso como partes, bajo cualquiera de las denominaciones que se recogen en la Ley procesal incluidos «los demás interesados», lo cual hace patente la flexibilidad que cobra el concepto de parte en este tipo de procesos, y por lo que respecta al caso examinado, la irrazonada actuación en que ha incurrido el Juez de Instancia al denegar, por providencia, la apelación a los interesados que hayan sido tenidos en el proceso precedente como partes. En consecuencia y como quedó expresado en nuestra sentencia 68/1983 «cuando se declara la inadmisión de un recurso en vía jurisdiccional sobre la base de una causa inexistente, tal ilegalidad es también una inconstitucionalidad, ya que afecta al contenido del derecho fundamental del artículo 24 de la C.E. y por ello este Tribunal puede entender de la existencia de aquella causa, especialmente en los casos en que se haya producido un error patente.»

(Sentencia de 7 de febrero de 1986. R. A. núm. 714/84.—«B.O.E.» de 5 de marzo de 1986.—Ponente: Manuel Díez de Velasco.)

IV) CODIGO PENAL**ARTÍCULO 52***Delito imposible*

V. Sentencia de 31 de mayo de 1985, sobre *presunción de inocencia y principio de legalidad*, artículos 24.2 y 25.1 de la C.E.

ARTÍCULO 161*Injurias al Gobierno*

«El tipo delictivo comprendido en el artículo 161 del Código Penal y esquematizado como injuria al Gobierno ha sido criticado por algún sector de la doctrina penalista en atención a la fecha de su introducción en nuestro Código Penal, con su actual redacción, que sustituía a la anterior en que se mencionaban únicamente las injurias a los Ministros constituidos

en Consejo como un medio de limitación de la libertad de expresión y por el carácter escueto y escasamente diferenciado, que exige la remisión a preceptos penales establecidos en otros títulos del mismo Código, aunque con la finalidad de sancionar otro tipo de conductas y proteger otro tipo de bienes jurídicos.

Mas cualquiera que sea la opinión que se sustente sobre ello, es claro que el delito previsto en el artículo 161 del Código Penal ha de ser considerado en su relación con el derecho de libertad de expresión consagrado por el artículo 20 de la Constitución, en la medida en que este artículo viabiliza la libertad de información de hechos o de noticias, la libertad de la crítica política y la libertad de difusión ideológica. En este sentido hay que admitir que la legislación de carácter penal constituye una vía idónea para la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales por el legislador, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución, y que es constitucionalmente legítima, por consiguiente, en tanto se respete el contenido esencial del derecho, que en nuestro caso es el de libertad de expresión e información. En este derecho no es lícito involucrar lo que es libertad de información de hechos y de noticias y lo que es objeto de crítica política y de la difusión ideológica. Una y otra línea del derecho —las noticias y las opiniones— encuentran un límite indiscutible en la seguridad exterior e interior del Estado, que puede ponerse en riesgo cuando se produce una destrucción del prestigio de las instituciones democráticas, en las que las fuerzas políticas del país se deben reconocer y que expresan no sólo el interés singular de algunos miembros de la comunidad nacional, sino el interés de la colectividad entera, en la medida en que estas instituciones son expresión de la solidaridad de la nación y ofender su prestigio significa incumplir el deber de solidaridad política. Desde esta perspectiva parece claro que tales violaciones de deberes pueden ser sancionados con normas penales, dentro de los precisos límites que al efecto se introduzcan en tales normas o en las que por vía de una interpretación estimatoria se realizan las normas vigentes.

Acotado en estos términos el problema, si se admite que la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo interpreta el artículo 161 del Código Penal dentro de lo que puede considerarse contenido esencial del derecho consagrado por el artículo 20 de la Constitución, resulta claro que la existencia o inexistencia de *exceptio veritatis* en la materia y la aproximación o el alejamiento del delito del artículo 161 respecto de los delitos de injurias a funcionarios públicos, pasa a ser una cuestión de mera legalidad en la que este Tribunal no puede introducirse como tampoco puede revisar la apreciación sobre la concurrencia del *animus iniuriandi* y los demás elementos del supuesto de hecho, porque ello es competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial y, en este caso, del Tribunal Supremo de Justicia.»

(Sentencia de 10 de abril de 1985. R. A. núm. 781/83.—«B.O.E.» de 18 de mayo de 1985.—Ponente: Luis Díez-Picazo.)

ARTÍCULO 417 BIS*Aborto: Indicaciones*

«Por su parte, el legislador puede tomar en consideración situaciones características de conflicto que afectan de una manera específica a un ámbito determinado de prohibiciones penales. Tal es el caso de los supuestos en los cuales la vida del *nasciturus*, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer, en una situación que no tiene parangón con otra alguna, dada la especial relación del feto respecto de la madre, así como la confluencia de bienes y derechos constitucionales en juego.

Se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del *nasciturus*. Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquéllos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus*, dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional. Por ello, en la medida en que no puede afirmarse de ninguno de ellos su carácter absoluto, el intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos.

Por otra parte, el legislador, que ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento, puede también renunciar a la sanción penal de una conducta que objetivamente pudiera representar una carga insopportable, sin perjuicio de que, en su caso, siga subsistiendo el deber de protección del Estado respecto del bien jurídico en otros ámbitos. Las Leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado; el legislador no puede emplear la máxima constricción —la sanción penal— para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible, pero que no lo es en ciertos supuestos concretos.»

«El Tribunal no puede compartir esta alegación de los recurrentes, pues aun cuando tales términos puedan contener un margen de apreciación, ello no los transforma en conceptos incompatibles con la seguridad jurídica, ya que son susceptibles de definiciones acordes con el sentido idiomático general que eliminan el temor de una absoluta indeterminación en cuanto a su interpretación.

En efecto, el término «necesario» —que se utiliza en el núm. 1 del artículo 417 bis del Código Penal en la redacción del Proyecto— sólo puede interpretarse en el sentido de que se produce una colisión entre la vida

del *nasciturus* y la vida o salud de la embarazada que no puede solucionarse de ninguna otra forma.

En especial, y en relación con el supuesto de grave peligro para la salud, el término «grave» expresa con claridad la idea de que ha de tratarse de un peligro de disminución importante de la salud y con permanencia en el tiempo, todo ello según los conocimientos de la ciencia médica en cada momento. Por otra parte, el término salud, se refiere a la física o psíquica, como se deduce con toda evidencia de los debates parlamentarios.

Finalmente, en cuanto al número 3 del mencionado artículo, el término «probable» expresa la idea de razonable presunción de verdad, y responde, como apunta el Abogado del Estado, a la presumible prudencia de los dictámenes médicos en los que los términos absolutos de seguridad o certeza suelen quedar excluidos, sin que en este caso la sustitución de un concepto jurídico indeterminado por otro pudiera contribuir, a juicio de este Tribunal, a una mayor precisión en el supuesto de hecho. Por otra parte el término grave expresa, de un lado, la importancia y profundidad de la tara y, de otro, su permanencia en el tiempo.»

«Una vez analizada la objeción de indeterminación de los supuestos alegada por los recurrentes, basada en la imprecisión de los términos, es preciso examinar la constitucionalidad de cada una de las indicaciones o supuestos de hecho en que el proyecto declara no punible la interrupción del estado de embarazo.

a) El núm. 1. contiene en realidad dos indicaciones que es necesario distinguir: El grave peligro para la vida de la embarazada y el grave peligro para su salud.

En cuanto a la primera, se plantea el conflicto entre el derecho a la vida de la madre y la protección de la vida del *nasciturus*. En este supuesto es de observar que si la vida del *nasciturus* se protegiera incondicionalmente se protegería más a la vida del no nacido que a la vida del nacido, y se penalizaría a la mujer por defender su derecho a la vida, lo que descartan también los recurrentes, aunque lo fundamenten de otra manera; por consiguiente, resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre.

En cuanto a la segunda, es preciso señalar que el supuesto de «grave peligro» para la salud de la embarazada afecta seriamente a su derecho a la vida y a la integridad física. Por ello, la prevalencia de la salud de la madre tampoco resulta inconstitucional, máxime teniendo en cuenta que la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud bajo la comisión de una sanción penal puede estimarse inadecuada, de acuerdo con las consideraciones contenidas en el fundamento jurídico 9.

b) En cuanto a la indicación prevista en el núm. 2 —que el embarazo sea consecuencia de un delito de violación y siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas— basta considerar que la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto no sólo contrario a la voluntad de la mujer, sino realizado venciendo su resistencia por la violencia, lesionando en grado máximo su dignidad personal y el libre desarrollo de su personalidad, y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su

integridad física y moral, al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal. Obligarla a soportar las consecuencias de un acto de tal naturaleza es manifiestamente inexigible; la dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero instrumento, y el consentimiento necesario para asumir cualquier compromiso u obligación cobra especial relieve en este caso ante un hecho de tanta trascendencia como el de dar a un nuevo ser, vida que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos.

Por ello la mencionada indicación no puede estimarse contraria a la Constitución.

c) El núm. 3 del artículo en cuestión contiene la indicación relativa a la probable existencia de graves taras físicas o psíquicas en el feto. El fundamento de este supuesto, que incluye verdaderos casos límite, se encuentra en la consideración de que el recurso a la sanción penal entrañaría la imposición de una conducta que excede de la que normalmente es exigible a la madre y a la familia. La afirmación anterior tiene en cuenta la situación excepcional en que se encuentran los padres, y especialmente la madre, agravada en muchos casos por la insuficiencia de prestaciones estatales y sociales que contribuyan de modo significativo a paliar en el aspecto asistencial la situación, y a eliminar la inseguridad que inevitablemente ha de angustiar a los padres acerca de la suerte del afectado por la grave tara en el caso que les sobreviva.

Sobre esta base y las consideraciones que antes hemos efectuado en relación a la exigibilidad de la conducta, entendemos que este supuesto no es inconstitucional.

En relación con él y desde la perspectiva constitucional, hemos de poner de manifiesto la conexión que existe entre el desarrollo del artículo 49 de la Constitución —incluido en el capítulo III, «De los principios rectores de la política social y económica», del título I, «De los derechos y deberes fundamentales»— y la protección de la vida del *nasciturus* comprendida en el artículo 15 de la Constitución. En efecto, en la medida en que se avance en la ejecución de la política preventiva y en la generalización e intensidad de las prestaciones asistenciales que son inherentes al Estado social (en la línea iniciada por la Ley de 7 de abril de 1982 relativa a los minusválidos, que incluye a los disminuidos profundos, y disposiciones complementarias) se contribuirá de modo decisivo a evitar la situación que está en la base de la despenalización.»

«Por ello, una vez establecida la constitucionalidad de tales supuestos, es necesario examinar si la regulación contenida en el artículo 417 bis del Código Penal, en la redacción dada por el proyecto, garantiza suficientemente el resultado de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto realizada por el legislador, de forma tal que la desprotección del *nasciturus* no se produzca fuera de las situaciones previstas ni se desprotejan los derechos a la vida y a la integridad física de la mujer, evitando que el sacrificio del *nasciturus*, en su caso, comporte innecesariamente el de otros derechos constitucionalmente protegidos. Y ello porque, como hemos puesto de manifiesto en los fundamentos jurídicos 4 y 7 de la presente Senten-

cia, el Estado tiene la obligación de garantizar la vida, incluida la del *nasciturus* (art. 15 de la Constitución), mediante un sistema legal que suponga una protección efectiva de la misma, lo que exige, en la medida de lo posible, que se establezcan las garantías necesarias para que la eficacia de dicho sistema no disminuya más allá de lo que exige la finalidad del nuevo precepto.

El legislador no ha sido ajeno a esta preocupación, pues indica en el proyecto, con carácter general, que el aborto debe ser practicado por un Médico con el consentimiento de la mujer, así como el hecho debe ser denunciado en el caso de violación, y que en el tercer supuesto el pronóstico desfavorable ha de constar en un dictamen emitido por dos Médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada. El propio legislador ha previsto, pues, determinadas medidas encaminadas a conseguir que se verifique la comprobación de los supuestos que están en la base de la despenalización parcial del aborto; se trata, como afirma el Abogado del Estado, de medidas de garantía y de certeza del presupuesto de hecho del precepto, en la línea de lo que sucede en la regulación positiva de países de nuestro entorno.

Se impone, pues, examinar si dichas medidas de garantía son suficientes para considerar que la regulación contenida en el proyecto cumple las antedichas exigencias constitucionales derivadas del artículo 15 de la Constitución.

Por lo que se refiere al primer supuesto, esto es, al aborto terapéutico, este Tribunal estima que la requerida intervención de un Médico para practicar la interrupción del embarazo sin que se prevea dictamen médico alguno, resulta insuficiente. La protección del *nasciturus* exige, en primer lugar, que, de forma análoga a lo previsto en el caso del aborto eugenérico, la comprobación de la existencia del supuesto de hecho se realice con carácter general por un Médico de la especialidad correspondiente, que dicte dictámine sobre las circunstancias que concurren en dicho supuesto.

Por otra parte, en el caso del aborto terapéutico y eugenésico la comprobación del supuesto de hecho, por su naturaleza, ha de producirse necesariamente con anterioridad a la realización del aborto y, dado que de llevarse éste a cabo se occasionaría un resultado irreversible, el Estado no puede desinteresarse de dicha comprobación.

Del mismo modo tampoco puede desinteresarse de la realización del aborto, teniendo en cuenta el conjunto de bienes y derechos implicados —la protección de la vida del *nasciturus* y el derecho a la vida y a la salud de la madre que, por otra parte, está en la base de la despenalización en el primer supuesto—, con el fin de que la intervención se realice en las debidas condiciones médicas disminuyendo en consecuencia el riesgo de la mujer.

Por lo que se refiere a la comprobación del supuesto de hecho en el caso del aborto ético, la comprobación judicial del delito de violación con anterioridad a la interrupción del embarazo presenta graves dificultades objetivas, pues dado el tiempo que pueden requerir las actuaciones judiciales entraría en colisión con el plazo máximo dentro del cual puede practicarse aquélla. Por ello entiende este Tribunal que la denuncia previa, requerida

por el proyecto en el mencionado supuesto, es suficiente para dar por cumplida la exigencia constitucional respecto a la comprobación del supuesto de hecho.

Finalmente, como es obvio, el legislador puede adoptar cualquier solución dentro del marco constitucional, pues no es misión de este Tribunal sustituir la acción del legislador, pero si lo es, de acuerdo con el artículo 79.4.b) de la LOTC, indicar las modificaciones que a su juicio —y sin excluir otras posibles— permitieran la prosecución de la tramitación del Proyecto por el órgano competente.»

(Sentencia de 11 de abril de 1985.—Recurso previo de inconstitucionalidad 800/83.—«B.O.E.» de 18 de mayo de 1985.—Ponente: Gloria Begué Cantón y Rafael Gómez-Berrer Morant.)

Disposición transitoria de L. O. 8/1983 de 25 de junio

La disposición transitoria de la L. O. 8/1983 determinó que los Jueces y Tribunales procederían de oficio, previa Audiencia del Ministerio Fiscal y el reo, a rectificar las Sentencias firmes no ejecutadas que se hubieren dictado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, siempre que la condena fuera más beneficiosa. Lo que tanto significaba, como exigir que dichas partes fueran oídas al iniciarse el procedimiento de oficio, previamente a la resolución, y en el supuesto de examen se dio la circunstancia de que fue el actor quien promovió ante los órganos judiciales la revisión anticipándose a la vigencia de la Ley, alegando cuanto consideró necesario y específicamente la imposibilidad de aplicársele ninguna de las nuevas circunstancias de agravación, por lo que, indudablemente, ha de estimarse cumplido adecuadamente el trámite de alegaciones previas, y guardado cuando disponía dicha norma legal, sin sombra alguna de indefensión.

(Sentencia de 29 de julio de 1985. R. A. núm. 640/83.—«B.O.E.» de 14 de agosto de 1985.—Ponente: Angel Escudero del Corral.)

V) LEYES ESPECIALES

CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

ARTÍCULO 107.6

Recurso de queja

V. Sentencia de 11 de abril de 1985 sobre *recurso útil*.—Artículo 44.1 a) L.O.T.C.

ARTÍCULOS 13.1 Y 14 DE LA L.O. 9/1980, DE 6 DE NOVIEMBRE, DE REFORMA DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR

Recurso de casación

El Tribunal Constitucional reitera la doctrina contenida en la Sentencia 76/1982, de 14 de diciembre (cuestión de inconstitucionalidad 411/1982) por la que entiende que «la diferente posición del Ministerio Fiscal respecto a

los condenados no puede justificar una desigualdad que implica disminución de los medios de defensa de la parte acusada frente a la acusación pública, pues, aún cuando el acusado pudiera adherirse al recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y alegar todos los «motivos que le convengan» (art. 861 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) sin estar vinculado por los de la acusación, no ocurrirá lo mismo si el Ministerio Fiscal no recurre o desiste del recurso una vez interpuesto. Esta situación de desigualdad, que puede originar la indefensión de los acusados se opone al artículo 24 de la Constitución, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva sin que se produzca indefensión y a un proceso con todas las garantías, lo cual exige que todas las partes del proceso penal tengan las mismas posibilidades de recurrir y, por lo tanto, que una vez creado un recurso en nuestro ordenamiento —en este caso el recurso de casación—, tal garantía procesal haya de estar a disposición de todas las partes. Así, pues, dado que el Ministerio Fiscal puede continuar a través del recurso de casación su defensa de la legalidad, la limitación establecida respecto a los condenados se opone a dicho precepto constitucional, por lo que el inciso «superiores a tres años, en una de ellas o en la suma de varias» resulta inconstitucional».

(Sentencia de 26 de febrero de febrero de 1985.—Cuestión de inconstitucionalidad 27/85.—«B.O.E.» de 27 de marzo de 19985.—Ponente: Gloria Begne Cantón.)

V. Sentencias de 7 de marzo y 11 de abril de 1985, sobre *derecho a la tutela judicial efectiva*. Artículo 24.1 de la C.E.

ARTÍCULO 452.2

Ejercicio de la acción privada.

«Se hace necesario realizar una interpretación del artículo 452 número 2, del C.J.M. centrado en el ejercicio de la acción privada, que atiende sustancialmente a la finalidad del precepto y lo armonice de manera íntegra con el artículo 24.1 de la C.E. El repetido precepto persigue evitar contiendas entre miembros de las Fuerzas Armadas que puedan alterar su organización firmemente apoyada en el sistema jerárquico, por lo que, en consecuencia, siempre que la acción privada pretenda ser ejercida por un militar frente a otro, estando ambos ligados orgánicamente, ha de estimarse prohibida tal eventualidad, salvo, claro está, que se trate de delitos perseguibles a instancia de parte. Por el contrario, en ocasiones en las que, de modo manifiesto, el ejercicio de la acción privada por personas no pertenecientes a las Fuerzas Armadas y asistidos de un posible agravio directo, por la muerte de un hijo por un disparo de un miembro perteneciente a dichas fuerzas, no represente ningún peligro para la cohesión de éstas, al perder la prohibición la razón que le dota de sentido, se ha de interpretar el artículo 452,2 del C.J.M., de forma tan flexible que no impida al Instructor

efectuar el oportuno ofrecimiento de acciones, permitiendo, por consiguiente, al agraviado o perjudicado personarse en el proceso.»

(Sentencia de 29 de julio de 1985. R. A. 640/83.—«B.O.E.» de 14 de agosto de 1985.—Ponente: Angel Escudero del Corral.)

EXTRADICION

Plazo máximo de prisión

«La Ley española de extradición (Ley de 26 de diciembre de 1958) tiene un carácter supletorio respecto a los tratados internacionales que el Estado español haya suscrito o ratificado o a los que se haya adherido sobre la materia. Con independencia, incluso de lo dispuesto en el artículo 96.1 de la C.E., la citada Ley proclama la primacía de la norma convencional sobre la norma interna, de forma que ésta tiene carácter solamente supletorio.»

En consecuencia, el Tribunal deniega el amparo al entender que el Juzgado Central de Instrucción actuó correctamente al fijar un plazo máximo de cuarenta días de prisión para recibir la solicitud de extradición (artículo 16.4 del Convenio Europeo de Extradición), ya que el plazo señalado en el mismo artículo de dieciocho días para concluir la prisión, es una mera posibilidad encomendada a la facultad del Tribunal y, en segundo lugar, estos plazos son de aplicación preferente sobre los contenidos en la ley española de extradición. Normas que vienen establecidas no sólo en garantía de la libertad del reclamado, sino también en utilidad de los Estados contratante y, en particular, del Estado requirente, a quien se le asegura un espacio de tiempo para formalizar la solicitud de extradición.

En cuanto al segundo plazo de cuarenta días establecido por el Juez para que el Ministerio de Justicia le comunique si el Gobierno ha acordado o no continuar el procedimiento, manteniendo la prisión, el Juez se consideró facultado en aras de lo dispuesto en el artículo 528 L.E.Cr., con el fin de evitar una dilación excesiva en la tramitación gubernativa de la extradición. «Desde el punto de vista del derecho constitucional a la libertad, único que aquí interesa, no puede decirse que la fijación de un plazo máximo de prisión cuando la Ley no lo fija suponga un ataque a aquel derecho. Más bien es todo lo contrario; una medida dirigida a su protección.»

(Sentencia de 30 de enero de 1985. R. A. núm. 596/83.—«B.O.E.» de 5 de marzo de 1985.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

HABEAS CORPUS

Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo

«Toda persona privada de libertad que considere lo ha sido ilegalmente, puede acudir al procedimiento de habeas corpus. El Juez competente, al decidir mediante la oportuna resolución, determinará si la detención es ilegal

o no, y acordará lo procedente. Ahora bien, si no calificara de ilegal una privación de libertad en la que no se haya observado el principio de legalidad en el orden punitivo (tipicidad) y procesal, con los efectos consiguientes, la decisión vulneraría el art. 24.1 de la C.E., que establece con toda rotundidad tales principios. En esta línea de razonamiento, no cabe duda de que al mismo resultado habrá de llegarse si la privación de libertad se produce en forma tal que vulnere derechos fundamentales previstos en la Constitución —íntimamente conectados con la libertad personal— como el art. 25.3, el cual establece que la Administración Civil no podrá imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad, o el art. 24.2 en la medida que consagra unos valores que han de ser observados cuando se imponen sanciones privativas de libertad por la Administración Militar Vid. S. de 15 de junio de 1981. «B.O.E.» de 7 de julio).»

(Sentencia de 5 de marzo de 1985. R. A. núm. 718/84.—«B.O.E.» de 27 de marzo de 1985.—Ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morán.)

REGLAMENTO PENITENCIARIO

ARTÍCULOS 130 Y 131

Pliego de cargos. Asistencia letrada

Es cierto, como han hecho constar el Fiscal ante este Tribunal y el Abogado del Estado, que el derecho del art. 24.2 C.E. a «la asistencia de letrado» debe referirse primordialmente al proceso penal, y también lo es, como recuerda el Abogado del Estado, que ese mismo derecho, tal como aparece reconocido en el artículo 6.2 c) del Convenio de Roma ha sido situado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) «en el ámbito penal». Sin embargo, también es verdad que en los dos casos citados por el Abogado del Estado (*affaire Eckle, Arrêt du 27 fevrier EPFO*, serie A, volumen 35, y *affaire Eckle, Arrêt du 15 de juillet 1982*, serie A, volumen 51) no se plante la disyuntiva y la delimitación entre Derecho penal y Derecho disciplinario como en el caso presente. Por último tampoco hay que olvidar que el propio TEDH admite que los ordenamientos estatales establezcan distinciones entre Derecho penal y Derecho disciplinario (*affaire Campbell-Fell, Arrêt de 28 de junio de 1984*, serie A, vol. 80; *affaire Orzüük, Arrêt de 21 de febrero de 1985; affaire Golder, Arrêt de 21 de febrero de 1975*); distinciones que ni pueden estar carentes de contenido ni pueden implicar que a pesar de ellas los derechos del art. 6 del Convenio de Roma, o, en nuestro caso, los del art. 24 de la Constitución, deban conocerse y aplicarse por igual en el proceso penal y en todo procedimiento disciplinario. Para apreciar si en el caso que nos ocupa se ha violado el derecho del recurrente «a la asistencia de Letrado» es necesario examinar la naturaleza de la falta que se le imputaba y, por otra parte, si la asistencia de Letrado no pudo en absoluto producirse o, por el contrario, está permitida en forma y grado estimables como proporcionados a la falta, a la sanción y al procedimiento.

La falta consistente en «insultar y faltar gravemente al respeto y consideración debidos a funcionarios», que fue la que se le imputó al interno recurrente, está reglamentariamente calificada como grave (art. 109.a, reformado), no como muy grave. Por ella se le impuso la sanción de aislamiento en celda durante tres fines de semana desde las diecisésis horas del sábado hasta las ocho del lunes siguiente (art. 111.b del Reglamento), aunque hubiera podido imponérsele la misma sanción durante un máximo de siete fines de semana. Es indudable que cuando la Administración actúa en uso de su potestad sancionadora ha de reconocer y cumplir como límites de su actuación: «el respeto de los derechos de defensa reconocidos en el art. 24 de la Constitución, que son de aplicación a los procedimientos que la Administración sigue para imposición de sanciones» (STC 77/1983, de 3 de octubre, Sala Segunda, RA 368/1982), y que lo son con más motivo cuando se trata de imponer sanciones como la de este caso, que aún no siendo la máxima prevista, implica una grave restricción de la ya restringida libertad inherente al cumplimiento de la pena. Ocurre sin embargo que el art. 130.1.e del Reglamento reformado exige que en el pliego de cargos se le ha de hacer constar al interno «la posibilidad de asesorarse durante la tramitación del expediente», como en efecto se le hizo saber. El precepto transcritio no dice de modo expreso que tal asesoramiento pueda ser el del Letrado elegido por el interno, pero así hay que entenderlo para cumplir con el derecho de asistencia letrada del art. 24, y así lo ha entendido el Juez, quien reconoce en su Auto que, recibiendo el pliego de cargos, «si hubiese querido el interno comunicar con su Letrado para asesorarse nada hubiera impedido hacerlo». Pero es que el interno no solicitó la asistencia entendida como asesoramiento, sino «la presencia de mi Abogado», que fue lo que se le denegó. Falta ahora por analizar si, habida cuenta del posible asesoramiento por Letrado, reglamentariamente admitido (como no podía ser menos, pues así se deriva del art. 24 C.E.) y en este caso rechazado por el interno, ha de entenderse que tal asesoramiento en la forma reglamentariamente permitida y en relación con un procedimiento sancionatorio por falta grave (no muy grave) es suficiente para entender cumplido el derecho fundamental «a la asistencia letrada».

El art. 131.1.d reformado del Reglamento establece que el interno dispone de setenta y dos horas desde la recepción del pliego de cargos «para contestar a tales cargos por escrito», alegando lo que crea oportuno y proponiendo pruebas para su defensa. «Eso mismo podrá hacerlo verbalmente ante la Junta de Régimen si así lo solicita dentro del citado plazo». Existe por tanto una alternativa, opcional para el interno: O contestar por escrito o comparecer oralmente ante la Junta. La posibilidad de asesorarse por su Abogado «durante la tramitación del expediente» le permite redactar su contestación al pliego de cargos bajo la dirección de Letrado, así como aconsejarse por éste para proponer pruebas. La consulta con su Abogado puede y debe ser previa a la comparecencia ante la Junta, si el interno opta por ella y no por la contestación por escrito. Don Joseba Aramaio eligió esta forma oral de comparecencia y quiso hacerlo en presencia de su Abogado; la denegación no consistió en impedirle el asesoramiento o asistencia, sino

en negarse a admitir la presencia del Letrado. Es claro que tal negativa habría sido contraria a la legalidad, y, desde luego, contraria al derecho fundamental del art. 24.2 C.E. si de un proceso penal se tratase. Pero la limitación del asesoramiento o asistencia de su Abogado, implícita en la negación de su presencia, no puede considerarse contraria en este caso al artículo 24.2 de la Constitución, cuyo rendimiento del derecho a la asistencia letrada, aún siendo aplicable, como lo es sin duda, a los procedimientos sancionatorios del régimen disciplinario penitenciario, admite esta regulación (la del 131.1.d) y e) del Reglamento reformado), pues, en efecto, la eficacia de la asistencia técnica no queda sustancialmente disminuida por la falta de presencia física del Letrado, ya que su asesoramiento está previsto que se produzca en momento oportuno, puede versar tanto sobre el pliego de cargos, como sobre la prueba, y puede dar lugar a una contestación de descargo técnicamente preparada, sobre todo en el caso de la contestación por escrito, de modo directo por el Abogado del interno.

(Sentencia de 18 de junio de 1985. R. A. núm. 74/85.—«B.O.E.» de 17 de julio de 1985.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

Jurisprudencia Penal

LUIS FELIPE RUIZ ANTON

Universidad Complutense. Madrid

Artículo 1. Delitos de peligro abstracto. Existen tres categorías: a) delitos que tratan de proteger sentimientos religiosos o ético-sociales; b) delitos que constituyen desobediencia a mandatos administrativos, y c) delitos de peligro hipotético o posible.

«1. La naturaleza del delito de abandono de niños del artículo 488, párrafo 1.^º del Código Penal es considerada mayoritariamente como de peligro o riesgo abstracto. La teoría tradicional o convencional de esta clase de delitos estima que en ellos el peligro no es elemento constitutivo de la figura del delito, sino mero motivo, no causa de la voluntad punitiva del legislador. Es posible someter a pena criminal comportamientos carentes de peligrosidad, en tanto coincidan formalmente con la descripción típica. Pero la doctrina más moderna no se conforma con esta solución genérica, pues la investigación jurídica acredita la existencia de tres categorías perfectamente diferenciadas de delitos de peligro abstracto. Entendiendo por peligro —dentro de su relativismo y elasticidad— un juicio de valor relativo al grado de probabilidad de un acontecimiento dañoso; el peligro se encuentra entre la mera posibilidad y la necesidad forzosa. La doctrina ha encontrado tres categorías claramente diferenciadas de delitos de peligro abstracto; 1.^a Los delitos que aparecen como reminiscencias de sanciones penales para fortalecer sentimientos religiosos o ético-sociales, como el juramento de Dios en vano, de la Novísima Recopilación, el suprimido delito de propagandas anticonceptivas, contempladas en los números 4.^º y 5.^º del derogado artículo 416 del Código Penal, y posiblemente también la proclamación de doctrinas contrarias a la moral pública por medio de la imprenta u otro medio de publicidad del artículo 432 del mismo Código. La característica de estos delitos es que se castigan aunque no aparezca una posible peligrosidad, ésta va insita en el concepto o tipos muy genéricos, que no permiten prueba alguna de la falta de aquélla. Lo mismo ocurre con la segunda categoría de delitos de peligro abstracto, que en esencia constituyen desobediencia a mandatos administrativos o policiales que se criminalizan; ejemplo típico es el recientemente suprimido delito de conducción ilegal del artículo 340 bis c) y 343. La pe-

ligrosidad se presumía con carácter «juris et jure», no era posible la prueba de que el infractor era un expertísimo conductor y que su conducción no producía peligro alguno. Otro tanto puede afirmarse del vigente artículo 343 bis; el acto de expender un medicamento carece de peligrosidad, y al realizarse sin cumplir las prescripciones legales surge únicamente una infracción administrativa, una vulneración de las medidas de policía farmacéutica pre establecidas para mantener el orden en ese sector. Finalmente, la tercera categoría la constituyen los delitos que la doctrina llama de peligro hipotético o posible; en ellos es necesaria, aunque también suficiente la ejecución de una acción peligrosa, idónea para producir un peligro para el bien jurídico protegido; la imposibilidad de la producción del peligro excluye la tipicidad. Así, en el delito de amenazas simples del artículo 493.2.^o del Código penal; el bien jurídico protegido es la paz jurídica de una persona normal; una amenaza pueril o inocua no pone en peligro esa paz jurídica, y la tipicidad desaparece. En el delito de falso testimonio del artículo 326, párrafo último, no basta cualquier acción del perito o testigo formalmente coincidente con el tipo a los efectos de la responsabilidad, depende de que la declaración o el dictamen pueda afectar de alguna manera al resultado de la prueba. El delito de corrupción de menores del artículo 452 bis b) es también un delito de peligro posible, porque no es sólo una violación de la ética sexual, sino que también supone un ataque a la evolución sexual natural de la juventud no mediatisada anticipadamente por las intervenciones de tercero; la acción carente de peligrosidad para la evolución de la personalidad sexual, sería atípica. Esto mismo ocurre con el abandono de niños del artículo 488, si el sujeto activo ha adoptado previamente las precauciones necesarias para que la vida o la salud del menor no corran ningún riesgo advirtiendo oportunamente a la autoridad o terceros jurídicamente obligados a actuar, de la realización de la acción. Por el contrario, puede ocurrir que las acciones ejecutadas no constituyan un peligro remoto, sino probabilidad muy acentuada de un fatal desenlace en cuyo uso se produce un evidente resultado de peligro, que es lo que sanciona el artículo 488, párrafo último, como una agravación del tipo.» (S. T. S. de 12 de noviembre de 1985.)

Artículo 3. Distinción entre actos preparatorios y principio de ejecución.

2. «Abordando el primer supuesto sometido a la consideración de esta Sala, debe recordarse que, según doctrina de la misma, la diferencia entre los actos preparatorios ajenos a toda relación penal, y la tentativa, sancionable penalmente estriba en que ésta, según el propio Código, el culpable da principio a la ejecución del delito directamente y por hechos exteriores, por tanto se estima serán ejecutivas aquellas acciones debidas al plan del autor que actúen como partes integrantes del comportamiento típico que entrañan causalmente riesgo o peligro inmediato, para el bien jurídico protegido; aquí la valoración circunstancial hecha judicialmente, toma relieve singular, pues el principio de la ejecución delictiva se producirá al manifestarse la voluntad del agente de manera objetiva, como producto de su plan de

lictual, dando comienzo a la causalidad de la acción que no se completa, ni con el quehacer total, ni con el resultado (Sent. 9 noviembre 1973). Con precisión más elocuente, la Sentencia de 9 de junio de 1973, habla ya de tres notas características de la tentativa y diferenciadoras de los actos preparatorios, 1.^a En la tentativa formalmente los actos inciden en el núcleo del tipo. 2.^a Ponen, materialmente, en peligro el bien jurídico penalmente protegido. 3.^a Subjetivamente, esa exteriorización de actos planeados y comenzados a ejecutar penetra efectivamente en el núcleo del tipo, poniendo directamente en riesgo del bien jurídico protegido (ver Sent. de 16 de enero de 1984, que cita otras muchas). (S. T. S. de 5 de diciembre de 1985.)

Artículo 4. Conspiración. Codelincuencia anticipada. Sus diferencias con el delito de asociación ilícita.

1. «La conspiración como acto preparatorio del delito, denominada por cierto sector doctrinal coautoría anticipada, aunque más bien debería decirse codelincuencia dados los modernos criterios de diferenciación entre la simple cooperación y la necesaria, objeto de sanción en nuestro ordenamiento jurídico, mediante el artículo 4 del Código Penal, es definida, en el mismo, diciendo, que «existe cuando dos o más personas se conciernan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo», de donde se infieren los condicionamientos eminentemente psicológicos para su vivencia, que son: el concierto previo o «*pactum sceleris*» entre dos o más personas; y la decisión de su efectividad o «*resolutio firme*», según el sentir de la jurisprudencia. De acuerdo con la dogmática penal es necesario diferenciarla: a) de la asociación ilícita, en cuanto que éste implica igualmente un acuerdo previo, descansando la distinción en el carácter de inestabilidad de su existencia y en la concreción del delito a realizar, «a sensu contrario» de lo que ocurre en el ente asociativo en el que fluye o parece cierta estabilidad y una inconcreción sobre las infracciones criminales a ejecutar; y b) de la tentativa en que en ésta se ha practicado algún acto perteneciente al núcleo de la acción tipificada penalmente o en conexión con la misma, mientras en la conspiración no se realiza ningún acto ejecutivo del delito». (S. T. S. de 17 de enero de 1986.)

Artículo 8, 1.^º (en relación con el artículo 9, 1.^º). Toxicomanías equiparables a la enajenación mental. Imputabilidad disminuida.

1. «Reconocido por el Tribunal «a quo» como probado, que los inculpados se habían iniciado jóvenes en el consumo de la droga, llegando a una situación de dependencia de la heroína que los llevó a cometer el delito de robo, que ahora se enjuicia, bajo la ansiedad de conseguir dinero para adquirir la droga de la que dependían y por el serio temor a las consecuencias psíquicas y físicas que la abstinencia de la droga les reportaba, de tal narración resulta evidente que obraron bajo la acción de la citada sustancia tóxica y en dependencia de la misma, que en efecto produce en

caso de carencia el denominado síndrome de abstinencia, en los individuos farmaco-dependiente, para evitar el cual pueden ser impulsados o determinados a cometer delitos principalmente contra el patrimonio ajeno a fin de hacerse con dinero para la adquisición de la sustancia usada o utilizada habitualmente para drogarse, situación que le impide un ejercicio libre de su capacidad volitiva y le condiciona de manera más o menos intensa a conseguir la droga por cualquier medio, aunque su capacidad de comprender la antijuricidad de su conducta se halle perfectamente conservada e intacta funcionalmente, debiendo por ello entenderse que tal cuadro o impulso sindrómico, provocado por la suspensión del uso del estupefaciente en una persona intoxicada por el consumo habitual del mismo, constituye una verdadera enfermedad mental o enajenación completa o incompleta idónea para disminuir en mayor o menor grado, su capacidad de querer, lo que colocaría a tales personas dentro del círculo de la influencia eximete de la enajenación completa del número primero del artículo 8 o de la atenuante del número primero del artículo 9, ambos del Código Penal, ya que no se trata de un trastorno mental transitorio o temporal como produciría, por ejemplo, la embriaguez, sino de un estado permanente o crónico de intoxicación que supone la existencia de una verdadera enfermedad mental como lo es la dipsonamia o el alcoholismo». (S. T. S. de 5 de diciembre de 1985.)

Artículo 8, 7.^º Estado de necesidad: no se da ni de forma completa ni incompleta en las meras situaciones de paro.

4. «Las sentencias de esta Sala han sido reiteradas y uniformes en la proclamación de que si falta la inminencia y gravedad del mal, sin poder entenderse por tal la situación de «angustia» o «estrechez» económica, no puede apreciarse la eximete ni completa ni incompleta, al faltar el elemento básico de la misma (Sentencias de 17 de mayo de 1943, 3 de diciembre de 1976 y 15 de febrero de 1985); habiéndose rechazado, igualmente, la presencia de esa ineludible plataforma del estado de necesidad ante las meras situaciones de paro o desempleo, inacreditada una situación carencial límite que origine un conflicto actual e inminente que únicamente pueda resolverse haciendo presa en el patrimonio ajeno (Sentencias de 15 de julio de 1983, 6 de junio, 17 de octubre y 2 de noviembre de 1984, 7 de mayo y 18 de junio de 1985)». (S. T. S. de 25 de noviembre de 1985.)

Artículo 10, 6.^º. Premeditación: no es compatible con la enajenación mental incompleta.

7. «Ahora bien, añade la Sentencia de 19 de abril de 1972, que si la premeditación supera el dolo simple producto de la meditación al exigir que la voluntad se forme de modo frío, reflexivo y deliberado, es obvio que la clarividencia y cálculo sereno del ánimo que la caracteriza, requiere que el sujeto se encuentre indefectiblemente en la plenitud y normalidad de sus facul-

tades intelectuales y volitivas, es decir, con plena capacidad de conocer y querer, por lo que el problema tan debatido de su posible compatibilidad, con las causas de inimputabilidad relativa, como con la enajenación mental incompleta —por oligofrenia en el caso contemplado en dicha sentencia— ha de resolverse en el sentido de rechazarla declarando su incompatibilidad, toda vez que se caracteriza por su influencia en la psíquis de quien la padece, disminuyendo ostensiblemente su inteligencia y su voluntad, faltando así la plena capacidad de conocer y querer aludida, e indispensable, en la mente enferma, quien no conoce sino de manera imperfecta, no puede querer cabal y perfectamente, como asegura la mejor doctrina científica, que por ello niega el dolo más intenso. Por tanto, el menor conocimiento o la débil voluntad de una mente enferma no puede ser hábil para alcanzar una mayor reflexión con superavit del esencial dolo, razones por que esta Sala —con alguna rara excepción— ha venido predicando la incompatibilidad de la premeditación con la enajenación mental incompleta (Sentencias de 21 de enero de 1929, 20 de marzo de 1947, 23 de noviembre de 1971, 12 de febrero de 1972). (S. T. S. de 20 de noviembre de 1985.)

Artículo 14, 3.^º Cooperación necesaria mediante omisión. Posición de garante.

2. «El problema de la participación delictiva mediante omisión ha motivado diversas posiciones doctrinales, y la jurisprudencia de esta Sala, si bien no encontró demasiados inconvenientes para admitirla en los delitos de imprudencia, ha sido más remisa y diversa en los delitos dolosos; la reciente sentencia de 10 de abril de 1981 la aceptó sin reparos, bien como una variedad del hacer delictivo —acción— en el que el resultado dañoso, de modo excepcional, se origina por una conducta pasiva, o bien dentro de las «omisiones» del artículo 1.^º del Código, entendiendo que la «omisión penada por la ley» comprende las omisiones específicamente descritas en ella y también aquéllas que pueden ser referidas a un tipo legal para salvar las exigencias del principio de legalidad; ahora bien, la comisión por omisión en sus vertientes de cooperación necesaria (coautoría) o de cooperación no necesaria pero eficaz (complicidad) requiere en el actual estado de la doctrina científica y jurisprudencial: a) un elemento objetivo constituido por la omisión que —en el primer supuesto de participación— debe ser causal del resultado típico, y que en la complicidad basta que sea eficaz, b) un elemento subjetivo o voluntad dolosa, ora de cooperar causalmente al resultado (coautoría), ora de facilitarle simplemente (complicidad), y c) un elemento normativo, que es el que acaba de dar sentido jurídico-penal a la omisión, integrado por un específico deber de actuar que puede surgir de una disposición legal, de la previa aceptación o conducta anterior que crea un peligro o es fuente de riesgo para otros, colocando al omitente en la posición de garante en cuanto le obliga a asegurar la no producción del resultado, obligación que le incumbe a él precisamente por razón de haber dado vida al peligro o creado un daño potencial para la esfera jurídica

ajena, lo que es distinto —por más específico— de los deberes morales y del deber general de impedir determinados delitos establecido en el artículo 338 bis del Código Penal —tesis alegada por la defensa— que responde a una genérica idea de solidaridad humana que hunde sus raíces en los principios cada vez más acuciosos de la ética social; y si aquel deber jurídico de gerantía obligaba —en definitiva— a impedir el resultado dañoso, es obvio que el «no impedir», característico de la comisión omisiva, puede reconducirse, como especie del mismo género, al «causar» entendido en sentido amplio». (S. T. S. de 31 de enero de 1986.)

Artículo 174 bis a). Pertenencia a grupos o bandas armadas. Elementos.

b) «El delito de pertenencia a grupos o bandas armadas, requiere como requisitos para su vivencia: en cuanto a la acción o conducta, el hecho de estar integrado en los citados grupos o bandas, como sinónimo de tener relación o conexión con los mismos de modo estable, debiéndose entender por grupos o bandas el conjunto o pluralidad de personas que con idea de permanencia y estabilidad se enfrentan al orden sociológico y jurídico organizado por el Estado, y por armados o armadas siempre que tengan a su disposición, no solamente las armas de defensa o de guerra a que se refieren los artículos 257 y 258 del Código Penal, sino también a las sustancias o aparatos explosivos inflamables o asfixiantes que determina el artículo 264, igualmente del Código Penal; en cuanto a la antijuricidad, que la actividad delictiva tenga la entidad suficiente para ser rechazada por la norma cultural de la colectividad del entorno en que se realizan los hechos, sin que pueda incardinarse en las causas de justificación, y además que estén comprendidas en la ley orgánica anteriormente citada 11/80 de 1 de diciembre; y en cuanto a la culpabilidad, es necesario que se aprecie, no sólo conciencia y la voluntad del acto, sino además que se ponga de relieve el móvil o finalidad de la acción, que de acuerdo con esta ley acabada de citar, debe de ser el de causar una incidencia grave en la seguridad ciudadana, elemento tendencial, que da lugar a que en su tratamiento jurídico se le considere como un elemento subjetivo de lo injusto y con ello el no admitirse la realización delictiva en forma culposa.

c) Dentro de la vida del delito que se está analizando, se precisa hacer constar, a efectos de resolver el caso enjuiciado con la mayor precisión, posible que el grado de consumación aparece en el momento en que se ponga de relieve la fundación o creación por dos o más personas del grupo o banda con medios para que éstos tengan la calificación de armados con la acción finalística de incidir en la seguridad ciudadana, en cuanto que, como bien dice la sentencia impugnada en su primer considerando al hacer la exégesis del precepto enjuiciado, una interpretación correcta derivada de la hermenéutica contextual, así lo exige, puesto que si es punible la mera colaboración a la fundación de las bandas o grupos armados como delito consumado, con mayor razón deben de ser la realización de los mismos actos fundacionales». (S. T. S. de 19 de noviembre de 1985.)

Artículo 232, 1.º. Atentado contra agente de la autoridad. El delito existe aun que el hecho sea, al tiempo, constitutivo de un delito contra la vida.

3. «La existencia del homicidio no descarta —por consunción— la existencia de atentado contra los agentes de la autoridad, como viene reconocido en una inconclusa doctrina jurisprudencial a propósito del atentado con resultado de muerte y lesiones, y en este caso es doble el delito de atentado por haber sido dos los sujetos pasivos del mismo en virtud de acciones perfectamente diferenciadas. La sentencia recurrida, siguiendo la pauta marcada por la acusación fiscal, califica un solo delito de atentado del párrafo segundo del artículo 234 (debe referirse al 233) en relación con el artículo 231,2.º, degradando la pena de reclusión mayor —aunque no lo exprese— en virtud de la facultad concedida en el artículo 235, con límite en la condena a ocho años y un día de prisión mayor; sin embargo, reiterando el criterio de la sentencia de esta Sala de 2 de julio de 1985, no debe entenderse que los números de la Policía Nacional al proceder a la persecución y captura de un delincuente cumplan misiones o cargo de «especial transcendencia» para la seguridad pública que exige la cualificación penal expresada, y, por ende, la tipificación adecuada, sin negar al sujeto pasivo la condición de autoridad que deriva «ex lege» del inciso 2 del artículo 5.º de la Ley de 4 de diciembre de 1978, debe situarse en el marco del artículo 232,1.º en relación con el artículo 231,2.º del Código, con la sanción conjunta para cada delito de prisión mayor en su grado medio o máximo por el concurso de la agravante de reincidencia y multa». (S. T. S. de 12 de febrero de 1986.)

Artículo 254. Tenencia ilícita de armas: delito de propia mano, pero que admite una posesión compartida del arma.

2. «El delito del artículo 254 del Código Penal, según la última jurisprudencia de esta Sala, precisa una posesión de armas con «animus rem sibi habendi», «animus» que puede materializarse, bien llevándolas consigo el poseedor o teniéndolas ocultas a su disposición. Dicha tenencia no ha de ser fugaz, momentánea o instantánea, con exclusión del propósito del adueñamiento o aprehensión. Es un delito de los denominados de propia mano, refractarios, en general, a todo género de participación que no sea la autoría personal, y directa a menos que pertenezcan a un grupo, banda o cuadrilla, que las destinó a la comisión de actos delictivos, estando a disposición de todos y cada uno de los integrantes del grupo, en cuyo caso hay una posesión compartida, simultánea, o sucesiva, indistinta que transforma en autores del delito a todos los integrantes del grupo (Sentencias 1 junio, 18 abril y 12 noviembre de 1984, entre otras muchas)». (S. T. S. de 15 de noviembre de 1985.)

Artículo 302 (en relación con el número 4.º del artículo 303). Las falsedades documentales ideológicas pueden cometerse culposamente.

«El tema de la incriminación culposa de la falsedad documental, al que alude de pasada el primer motivo del recurso, sigue siendo controvertido en la doctrina penal si bien la jurisprudencia ha tomado partido por un

criterio ecléctico (sentencias de 28 de mayo de 1982 y 21 de diciembre de 1983), inspirado en el principio que concede carácter general al artículo 565 del Código Penal, sin más excepciones que las determinadas en la Ley o las derivadas de la propia naturaleza del delito de que se trate, y, consecuentemente, se inclina a una solución negativa en los delitos de falsedad que reclaman un especial propósito —falsedades «a sabiendas», «con ánimo de lucro», «en perjuicio de tercero», «para eximir de un servicio público»—, en las falsedades materiales y fraudulentas aceptando, sin embargo, la construcción culposa para las falsedades ideológicas y, en general, para los tipos que no incluyen en la definición legal elementos subjetivos del injusto.

2. El más serio obstáculo que faltaría por allanar en las falsedades documentales del artículo 302 residiría en el «abuso de oficio» establecido en su primer párrafo, porque tal exigencia significa la vulneración de la norma que obliga al sujeto, en virtud de la función u oficio desempeñado, a evitar una conducta prevista en los números del susodicho artículo, pero la infracción penal puede ser también el resultado de una conducta descuidada, de suerte que, la norma infringida no sería el deber de ser veraz, sino el deber de evitar la posible alteración de la verdad, y con esta línea argumentativa parecen conectar las sentencias de 28 de noviembre de 1954 y 31 de mayo de 1974, que al hacer incriminación por imprudencia de las falsedades documentales substituyen la expresión «abuso de oficio» por «abandono de deberes» y «prevalimiento de profesión», y más expresivamente la de 27 de diciembre de 1982 cuando se refiere a una «actuación infractora de una norma de cuidado que ha producido una falsedad no querida por el sujeto». (S. T. S. de 13 de diciembre de 1985.)

Artículo 303. Documento mercantil. Tiene la consideración de tal el impreso dirigido a solicitar un talonario de cuenta corriente.

1. «Bajo la rúbrica de documentos mercantiles deben comprenderse no sólo los expresamente regulados en el Código de Comercio, sino todos aquellos derivados de operaciones mercantiles o que hayan de surtir efecto en las mismas, con lo que muestran una eficacia jurídica superior a la de los documentos privados, y entre ellos debe de ser comprendida la solicitud de talonario para una cuenta corriente extendida en un impreso de la entidad bancaria, de suerte que la falsificación de este documento al subscribirse con firma que no era la del titular de la cuenta y el fingimiento de la firma en uno de los talones obtenidos fueron hechos, aunque con sustantividad penal propia, englobados en un único proyecto o idea criminal, con unidad de bien jurídico y de precepto penal lesionado, homogeneidad de conducta y en conexión medial, circunstancias que dan forma al delito continuado hoy definido en el artículo 69 bis del Código Penal, por lo que procede estimar el único motivo del recurso». (S. T. S. de 24 de octubre de 1985.)

Artículo 320, párrafo primero. Usurpación de funciones: el ánimo de gastar una broma no elimina la atribución de carácter oficial.

3. «De acuerdo con lo expuesto en la anterior consideración o fundamento jurídico, los dos motivos del recurso, deben desestimarse, porque a «*sensu contrario*» de lo alegado por los recurrentes en su argumentación, surgen todos los condicionamientos que requiere la vivencia del delito por el que han sido condenados, pues ejercieron funciones propias de agentes de la Policía, al exigir a los sujetos pasivos del delito la exhibición de los documentos de los ciclomotores, y al no coincidir la numeración de uno de estos con la del motor de uno de ellos, obligan al tenedor de éste, por la fuerza a introducirse en el vehículo de motor, para que les acompañase al Cuartel sin ser agentes, con lo que realizaron una función de identificación y detención sin tener título y legitimación alguna de esta actividad, de la que tácitamente se puso de relieve de forma inequívoca la atribución del carácter de oficial, revistiendo estos hechos la repulsa social suficiente para la punibilidad de la conducta, sin que la finalidad o «ánimo de gastarles una broma» pueda, en el caso que se enjuicia, dar lugar a la eliminación de la figura delictiva, pues este elemento psíquico tendencial es compatible con el de atribuirse el carácter oficial, y sin operatividad exonerativa de la responsabilidad penal el primero, a no ser que se ponga tan de manifiesto el uso de la chanza o burla que eliminan el carácter oficial, ante la equivocación de la conducta». (S. T. S. de 28 de octubre de 1985.)

Artículo 334. Evasión de presos. Concepto de preso.

3. «El texto del primero de los párrafos del artículo 334 invocado como infringido, tipifica como delitos las conductas de «los sentenciados o presos que quebrantaren su condena, prisión, conducción o custodia», por lo que únicamente los que se encuentren en alguna de las situaciones reseñadas, podrán ser sujetos activos, entendiéndose por «sentenciados» los destinatarios del fallo integrante de las resoluciones judiciales que merezcan la consideración de Sentencias, según las leyes procesales, y por «presos» las personas que la autoridad judicial someta a la denominada «prisión provisional», regulada en los artículos 178, 502, 505, 512, 517, 519, 585-8.^º, 834, 835, 839 y 840 de la mentada Ley Procesal, de ahí que la mera detención de un individuo no presuponga la cualidad de preso en el concepto asignado por el artículo 334, que no puede ser extensivamente interpretado en sentido vulgar o generalizado, sino en el estricto significado jurídico que a dicho vocablo en la esfera penal y, en particular, en la precitada Ley adjetiva le corresponde, como taxativamente lo destacan las Sentencias de 12 de marzo de 1957 y 22 de diciembre de 1981, ya que cuando se refiere a detenidos cuida de diferenciarlos explícitamente en los artículos 362 y 363 del Código Penal, particular también ratificado en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1945. De conformidad con lo expuesto, y siendo así que los hechos declarados probados en la Sentencia

recurrida respecto a este extremo, afirman sustancialmente, que el Juzgado de Instrucción de Santoña, por Auto de 26 de marzo de 1984, acordó la prisión del recurrente, declarándolo rebelde en Auto de 18 de abril siguiente, situación conocida por aquél, que trataba de eludirla, cuando el 24 de julio de dicho año fue retenido por la Guardia Civil de Peñaranda, en cumplimiento de la orden número 152.430 de 12 de junio anterior de la Dirección General de Policía, trasladándolo al Cuartel para comunicarle los motivos de la detención e instruirle de sus derechos, y una vez «leída la citada orden», el procesado salió corriendo del despacho donde se le notificó lo anterior, «dándose así a la fuga»; de cuya transcripción se desprende inequívocamente los requisitos objetivo, subjetivo y normativo que configuran el tipo delictivo previsto y penado en el párrafo primero del artículo 334 invocado como infringido, que expresamente se indican y claramente se razonan, con precisión y acierto en el primero de los Considerandos de la Sentencia de instancia, por lo que la alegación defensiva sobre ese extremo carece enteramente de consistencia fáctica y legal, es por tanto improcedente y ha de ser en consecuencia rechazada». (S. T. S. de 30 de octubre de 1985.)

Artículo 344. Posesión de droga con finalidad de tráfico. No es necesaria una posesión material, sino que es suficiente que la droga esté a disposición del sujeto activo.

«En lo que respecta a la posesión, y tal como se infiere de lo dispuesto en el artículo 438 del Código Civil y en los artículos 333, 337 y 339 del Código de Comercio, para que concorra dicho requisito, no es necesaria la ocupación, aprehensión o tenencia material de las antedichas substancias, bastando cualquier forma de adquisición de las mismas de carácter simbólico o ficticio con tal de que se hallen a disposición del referido poseedor o tenedor y, por parte de este, concorra «*animus rem sibi habendi*», «*animus possidendi*», o, al menos, «*animus detinendi* (...).

2. En el caso de autos, el acusado, súbdito iraní, residente legalmente en España, en la fecha que se indica en el «factum» de la resolución recurrida, procedió a la apertura de un apartado postal en la sucursal de Correos que se menciona, a cuyo apartado se le dio el número 156.208, y, el 26 de mayo de 1984, meses después de la citada apertura, se recibió, en el mentado apartado, un paquete postal procedente de Karachi (Pakistán), con cuyo remitente se había concertado, de modo previo, el acusado, puesto que de otro modo, ese incógnito remitente, no hubiera podido conocer ni la apertura del apartado, ni el númer. de éste, ni la Ciudad a la que debía remitir el paquete; y habida cuenta de lo dicho en el anterior fundamento jurídico, y a que, en cualquier clase de transporte, los objetos transportados, son de la titularidad del consignatario tan pronto son entregados, por el cargador o remitente, al transportista, con indicación de la identidad o señas del consignatario o destinatario —regla a la que no se evade el transporte postal—, no cabe duda de que, el procesado, llegó a tener la posesión de los quinientos gramos de heroína que contenía el paquete, y ello a pesar de que fue detenido cuando, al fin, se presentó en la oficina de Correos

con objeto de retirar el paquete, si bien, claro está, esa tenencia, no fue material o real, sino meramente simbólica o equivalente a tener a su disposición, voluntad y albedrío el contenido del referido paquete». (S. T. S. de 25 de octubre de 1985.)

Artículo 402. Exacciones ilegales. Un secretario de administración de justicia cobra, mediante recibo, mayores cantidades de las establecidas.

1. «Dada la estrecha relación que el delito de exacciones ilegales tiene con los de cohecho y estafa ya que de estos últimos, el primero de ellos se comete, cuando se exige el pago al particular dándole a conocer la ilegalidad del mismo y, el segundo, cuando a la persona a quien el pago le es exigido se le hace creer, con engaño, que es legítimo o debido, un extendido sector doctrinal entiende, que los Tribunales deben de encajar los hechos delictivos en alguna de las dos referidas modalidades delictivas siempre que las circunstancias lo permitan en vez de en la figura que contempla el artículo 402 del Código Penal, ya que la aplicación de este precepto implica indudablemente un trato de privilegio para el funcionario.

2. Al margen de el criterio doctrinal anteriormente expuesto, lo indudable es que el delito de exacciones ilegales se consuma desde el momento mismo en que se exigen y perciben las cantidades indebidas, por lo que es claro, que el que se imputó al procesado, se consumó en el momento mismo en que exigió y percibió las cantidades que se reseñan en el resultando de hechos probados de la sentencia recurrida, sin que sirva para enervar lo que en el resultando correspondiente de la sentencia recurrida se declara probado el que en los recibos que el procesado extendía se dijese, «a cuenta y como provisión... sin perjuicio de liquidación», pues aparte de que lo que tenía que cobrar era, en cada caso, una cantidad fija y determinada y en absoluto no era menester hacer liquidación posterior alguna, las declaraciones de otros funcionarios judiciales no dejan lugar a dudar de que la intención del procesado era retener como suyas las cantidades indebidamente cobradas, por lo que claro resulta, que los mentados recibos no era más que una «coartada» para tratar, en su momento, de encubrir o disfrazar el elemento intencional y, en definitiva, la comisión de los delitos». (S. T. S. de 12 de febrero de 1986.)

Artículo 405. Parricidio. Comisión por omisión dolosa.

3. «En el motivo cuarto del recurso, formulado al amparo del núm. 1º del artículo 849 de la Ley Procesal Penal, se denuncia la indebida aplicación del artículo 405 del Código Penal, fundamentándolo en que no existía en la recurrente ánimo de matar encontrándonos ante una imprudencia con resultado de muerte; como si de los hechos probados de la sentencia recurrida no apareciera destacado con toda evidencia ese dolo directo de muerte que guiaba a la procesada, al dejar desasistido al hijo recién nacido en las circunstancias que se dicen en ellos, sin haber requerido la asistencia de

facultativo ni antes ni durante el parto, ni después del mismo para que asistiera al recién nacido, al que ni siquiera ató el cordón umbilical, adoptando respecto del mismo una actitud pasiva sin prestarle ningún cuidado y asistencia de los que ella era concedora por ser ya madre de dos hijos, por lo que no aparece del relato de hecho, como alega la recurrente, el delito culposo, sino delito de comisión por omisión que es equivalente a la acción, por la seguridad, dadas las condiciones y soledad en que se produjeron los hechos, sola en la casa que habitaba, que necesariamente había de producirse la muerte ante la pasividad consciente y querida de la madre, por lo que concurren en el hecho los elementos objetivos, la muerte de un recién nacido, siempre alevosa, y el elemento subjetivo, intención de matar, por lo que procede desestimar, también, este motivo de casación». (S. T. S. de 17 de diciembre de 1985.)

Artículo 405. Parricidio culposo en concurso con lesiones dolosas. Preterintencionalidad heterogénea.

«Que la agresión del hijo, dando varias veces en el suelo con el cuerpo y la cabeza del padre —que salió del trance conmocionado y con los significativos hematomas subdurales por el mecanismo del contragolpe que denunció la diligencia de autopsia—, fue factor de potencia letal, y el episodio del día siguiente debe entenderse que simplemente coadyuvó, aceleró o precipitó un proceso que cursaba inexorablemente hacia la muerte, pues el nuevo golpe sobre la arista de la mesilla, de no incidir sobre un cráneo intensamente traumatizado y en un cuerpo con las defensas orgánicas depauperadas por el hábito alcohólico, no hubiera sido adecuado para originar, según las reglas de la común experiencia, el resultado mortal. Procede, en consecuencia, la desestimación del motivo interpuesto.

2. La doctrina jurisprudencial anterior a la Ley 8/1983 respecto de las hipótesis de preterintencionalidad heterogénea, en que las dos infracciones —si bien en la misma línea ofensiva (integridad física y vida)— están cardinadas en distintos tipos penales, se decidía por la aplicación del artículo 1.º del Código en relación con el 50, pero la dificultad práctica de sancionar el delito doloso de lesiones una vez sobrevenida la muerte, generalmente inmediata o muy próxima, llevada a las Salas de instancia a recurrir al número 4.º del artículo 9 porque ofrecía la posibilidad de apreciar la atenuante como muy calificada y así acomodar la pena a la verdadera culpabilidad del sujeto dentro de unos amplios márgenes de degradación; y esta solución, aunque omitiendo correctamente la cita del párrafo tercero del artículo 1.º y del 50 que quedaron sin contenido en la reforma de 1983, es la adoptada por la sentencia impugnada al apreciar y sancionar un delito de parricidio con la atenuante de preterintencionalidad muy calificada que abría la posibilidad de aquella amplia rebaja penal. Ahora bien, la doctrina de esta Sala a partir de la sentencia de 28 de marzo de 1984, con criterio reiterado en las posteriores de 12 de julio y 28 de octubre del mismo año, y en las de 21 de enero, 23 de abril y 12 de noviembre de 1985, no ha vacilado en romper —en los supuestos de preterintencionalidad heterogé-

nea— la unidad del hecho delictivo desdoblándole o descomponiéndole en dos infracciones, una de naturaleza dolosa correspondiente a lo que se quiso hacer y se hizo, y otra, de índole culposa, que sanciona el resultado que el sujeto no tuvo intención de causar, pero que estaba obligado a prever o prevenir, siguiendo la pauta marcada en el párrafo final del artículo 1.^º del Código, según el cual «cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave sólo se responderá de éste si se hubiera causado, al menos, por culpa; y en el caso «*sub iudice*» esta resolución puede tener perfecta acogida en el motivo tercero del recurso, sancionando las lesiones en los términos que expresará la segunda sentencia, pero dando también valoración penal al resultado mortal a través del delito de imprudencia temeraria del artículo 565 —párrafo primero—, pues temeraria es la conducta de quién golpea contra el suelo de forma contumaz y airada a un hombre de edad y de escasas defensas al entrar en su previsión —elemental— la eventualidad de un resultado irreversible. Y, finalmente, en respuesta a las demás cuestiones suscitadas en el motivo, no es procedente aplicar la atenuante de preterintencionalidad del artículo 9.4.^a del Código al delito de lesiones, porque es difícil advertir un resultado lesivo «más allá» o más intenso que el propuesto (la muerte —se ha dicho— estaba «fuera» de la intención), y no puede concederse efectos atenuatorios a la embriaguez que era habitual del sujeto, sin hallarse probado que el alcoholismo crónico había provocado en mayor o menor medida un deterioro mental del sujeto, lo cual hubiera conducido —en su caso— a la aplicación no del artículo 9.2.^a del Código, sino a una atenuante de enajenación mental con valor de eximente incompleta. Por lo expuesto, debe acogerse el motivo tercero del recurso, profiriéndose la sentencia prevista en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». (S. T. S. de 19 de diciembre de 1985.)

Artículo 406, 4.^a Asesinato. Premeditación: no es compatible con la atenuante de arrebato. El carácter condicional de la amenaza de muerte elimina la meditada deliberación.

1. «Para apreciar la premeditación, bien sea como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal o como cualificativa del asesinato, además del elemento cronológico, se requiere la concurrencia del elemento ideológico, construido por la irrevocable decisión tomada por el delincuente, tras un previo proceso de deliberación más o menos largo, de cometer la acción delictiva en concreto, y del elemento psicológico, es decir, que la decisión adoptada se mantenga con frialdad de espíritu y perseverancia, con recreación en el pensamiento del mal proyectado, hasta alcanzar o llegar a la ejecutiva realización del delito, aparte de que esa decisión sea conocida por signos reiterados y externos: elementos todos ellos, en especial el último, que no aparecen en el relato de hechos que muestran cómo el procesado carecía de la calma y frialdad de ánimo que le permitiera la reflexión en el obrar, falta de serenidad producida no sólo por la falta de pago de la cantidad debida por la víctima y que le colocaba en precaria situación eco-

nómica, sino por el trato despectivo y desconsiderado con que aquélla le trataba cuando le reclamaba el pago de lo debido, con que falta el elemento psicológico y decisivo de la frialdad de ánimo confirmada por la concurrencia de la atenuante muy calificada de arrebato y consideración, aceptada por esta Sala como se verá más adelante, y con cuya minorante de estado pasional ha declarado ser incompatible la premeditación, por regla general, la doctrina jurisprudencial (Sentencias de 25 de junio de 1888, 22 de diciembre de 1906, 9 de junio de 1948 y otras muchas) en tanto en cuanto los fenómenos de la vida afectiva que alcanzan elevada intensidad —como en el caso de autos— se oponen a una meditada deliberación; restando una última consideración para negar la agravante cualificadora de que se trata y es la de su índole **condicional**, pues claramente se desprende del relato probatorio que la acción decisiva albergada en la mente del reo se hacía depender del pago de la deuda a que estaba obligada la víctima, condición que es visto consistía en un hecho justo que despoja a la premeditación de tal carácter según doctrina aceptada por esta Sala (Vid. Sentencias de 19 de enero de 1971, con cita de las que le anteceden y a la que subsiguen otras en igual sentido); por todo lo cual procede estimar el único motivo del recurso del procesado, formulado al amparo del núm. 1.^º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que denunciaba la indebida aplicación de la circunstancia 4.^a del artículo 406 y consecuente inaplicación del artículo 407, ambos del Código Penal». (S. T. S. de 19 de octubre de 1985.)

Artículo 413. Aborto. Bien jurídico. El feto logra sobrevivir más de tres días.

2. «Los referenciados datos son sumamente reveladores de que el dolo directo de provocación del aborto estuvo presente no sólo al momento inicial, en que la encausada se prestó a las manipulaciones antes constatadas, sino en todo el tiempo que subsiguió a las mismas, cual revela su actitud de rehusar el internamiento en la Residencia Sanitaria al tiempo de la inicial visita, lo que quizás, retirando a tiempo el instrumento material —tallos vegetal incrustado—, hubiese conjurado el riesgo de desencadenamiento del parto. Sin que obste para la calificación de aborto y la inclusión del hecho en el tipo, el que el feto naciera vivo y con los especiales cuidados prodigados en clínica sobreviviese algo más de tres días, constante el dato de que, a causa de tal expulsión extemporánea y adelantada, efecto de la neumopatía referenciada, encontrase indefectiblemente su muerte; tipo, el del aborto, de entidad autónoma, no vicariante ni subordinada a otras básicas, que, según reiterada doctrina jurisprudencial, consiste en la muerte maliciosa de un feto o producto de la concepción humana, ya privándole de la vida intrauterina dentro todavía del claustro materno, ya empleando los medios que provocan la expulsión prematura, produciéndose la muerte en el exterior por falta de condiciones de viabilidad (Sentencias de 18 de diciembre de 1952, 28 de febrero de 1973, 11 de marzo de 1974, 28 de junio de 1977, 24 de febrero de 1982 y 30 de enero de 1984); bien de la vida, en cuanto **spes personae**, el atacado, vida del **nasciturus** en estado de dependen-

cia que, por no poder perdurar autónomamente al ser separado de forma prematura del albergue natural materno, periclitó y se destruye al igual que si se hubiese puesto fin a la misma en el seno de la gestante. Apareciendo clara la relación de causalidad —cual así lo precisa el **factum** de la sentencia— entre las maniobras llevadas a efecto en los órganos genitales de la procesada y la originación del inmaturo alumbramiento, con la expulsión del feto, como revela la presencia de la fuerte hemorragia y la continuidad temporal de la sintomatología subsiguiente a la incorporación vaginal del tallo. Razones todas que hacen decaer el motivo casacional al principio aludido». (S. T. S. de 6 de diciembre de 1985.)

Artículo 471. Bigamia: delito de originación instantánea, aunque de efectos permanentes.

2. «Suele resaltarse la naturaleza formal de esta especie delictiva, en cuanto que su resultado no emana de la manifestación de voluntad del sujeto, siendo inherente a la misma; lo que supone cifrar el momento consumativo en aquel en que la conducta típica haya de estimarse completa, cuando el segundo o ulterior matrimonio pueda considerarse celebrado, consumación, pues, instantánea aunque abra paso a un **status** nuevo e ilícito, a una situación antijurídica prolongada en el tiempo, en tanto una declaración de nulidad no determine la cesación de tales efectos. De ahí que se defina el delito de bigamia como delito de estructura u originación instantánea, aunque de efectos permanentes, diferenciable del propio delito permanente en que en éste el estado antijurídico es mantenido ininterrumpidamente por el autor, en tanto que la situación provocada por la bigamia no es susceptible de una potestativa y voluntaria interrupción o terminación, salvo la derivada del ejercicio de la oportuna acción de nulidad del aparente vínculo contraído. Características resaltadas por la jurisprudencia al calificar técnicamente la infracción como delito instantáneo de efectos permanentes, cuyo **dies delicti commissi** se fija en el momento consumativo de la celebración formal del matrimonio prohibido, cualquiera que sea la permanencia de sus malos efectos posteriormente (Sentencias de 18 de febrero de 1960, 11 de junio de 1976, 2 de mayo de 1977 y 22 de diciembre de 1978, entre otras).» (S. T. S. de 31 de enero de 1986.)

Artículo 501, 1º Robo con homicidio doloso. Si no existe todavía disponibilidad, ni siquiera potencial, de la cosa, la muerte que contribuye a asegurar el apoderamiento sirve para formar el complejo.

2. «El primer motivo de casación en el fondo pretende romper el complejo delictivo del robo con homicidio arguyendo que el asalto inicial a la agencia bancaria y la muerte por arma de fuego tuvieron una localización separada y existió entre ellos tal lapso de tiempo que los hechos perdieron conexión espacio-temporal, debiendo ser calificado el primero de robo con intimidación en entidad bancaria y el segundo de homicidio; pero cuando la

violencia e intimidación que produce el resultado lesivo o letal es consecutiva al acto depredatorio, y surge durante la huida y persecución, sin que en ningún momento se escinda la continuidad del hecho, la figura compleja subsiste, y en el caso de autos la muerte del agente de la autoridad acaece cuando varias patrullas móviles de la Policía Nacional, previamente alertadas del atraco y situación del asaltante, se aprestaban a su detención, todo ello a pocos minutos del hecho y a la escasa distancia que pudo recorrer el autor en la huida, desde el primer momento bajo el acoso ininterrumpido de las fuerzas del orden (Sentencias de 7 de marzo, 5 de julio y 28 de octubre de 1983, 5 de marzo de 1984, 15 de noviembre de 1985). (S. T. S. de 12 de febrero de 1986.)

Artículo 531, párrafo segundo. Disposición de un bien como libre, sabiendo que está gravado: comprende las cosas muebles e inmuebles.

1. «La figura delictiva de estafa prevista y sancionada en el párrafo segundo del artículo 531 del Código Penal es definida auténticamente por la «disposición de un bien, como libre, sabiendo que estaba gravado», texto así reformado por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, cambiando el sustantivo «cosa» del precepto penal anterior por el genérico de «bien», vocablo más amplio y representativo de utilidad y beneficio humano, poniendo término a la vieja polémica doctrinal si las cosas habían de tener naturaleza inmueble o mueble, que la jurisprudencia de esta Sala había ya resuelto haciéndolo extensivo a ambas, cuyo delito se integra: a) **por la existencia de un bien que estuviese gravado**, entendiéndose por gravamen toda limitación de cualquier índole que afecta a las facultades dominicales del que dispone, comprendiendo en su ámbito el embargo judicial, siendo necesaria que la diligencia de éste se haya entendido con el deudor, después enajenante o, al menos que se le haya notificado o tenga conocimiento de ello con anterioridad al acto traslativo o dispositivo (Sentencias de 15 de junio de 1970, 17 de enero de 1973, 1 de julio de 1974 y 24 de mayo de 1984; b) **por el engaño**, cuando el enajenante actúa a sabiendas de la existencia del gravamen, haciendo caso omiso de él sin licencia del titular del mismo y silenciando u ocultando al adquirente la vigencia de aquél (Sentencias de 30 de junio de 1965, 21 de junio de 1969, 26 de noviembre de 1971, 27 de enero de 1975 y 27 de marzo de 1985); c) **por el perjuicio patrimonial**, que tratándose de una figura delictiva montada a dos vertientes, puede incidir y recaer bien en la persona titular del gravamen que ve burlada la garantía que éste presuponía con mengua de sus derechos, o bien en la del adquirente que ignorando que el bien estaba trabado celebra la operación o contrato, que de otra suerte no hubiera perfeccionado, sin que sea preciso que esté total y exactamente determinada la cuantía del perjuicio, siempre que su realidad sea evidente (sentencias de 14 de diciembre de 1955, 30 de junio de 1971, 25 de enero de 1973 y 1 de julio de 1975); y d) **por el ánimo de lucro**, que como es normal e inherente en los delitos contra la propiedad consiste en cualquier ventaja, beneficio o utilidad que se proponga obtener el inculpado con su antijurídica actuación». (S. T. S. de 18 de noviembre de 1985.)

Artículo 546 bis a). Receptación. El aprovechamiento es distinto del ánimo de lucro.

2. «Con respecto a la falta en el hecho, del elemento objetivo del aprovechamiento que como verbo nuclear del tipo había de realizar el sujeto agente para la consumación del delito, y que también se alega en el recurso, se hace preciso tener en cuenta que el aprovechamiento, que es distinto del ánimo de lucro, ya implícito ya en la adquisición material de los objetos de ilícita procedencia por el goce que supone el poseerlos para sí y tenerlos bajo su disponibilidad, aunque sólo sea potencial, por lo que dicho aprovechamiento se logra en el momento en que los objetos quedan a la libre disposición del receptor (Sentencia de 30 de diciembre de 1983) «siendo equivalentes aprovechamientos y adquisición o nueva posibilidad de goce, conseguida por su potencialidad de disponibilidad de tales efectos con consumación anticipada y objetivas por el desplazamiento del señorío dominical realizado a su favor»; como se declara en Sentencias de esta Sala de 5 de abril de 1968, 3 de mayo y 14 de diciembre de 1973; 26 de abril de 1974 y 22 de febrero de 1983, centrándose la antijuricidá y la culpabilidad en el aprovechamiento que se realiza mediante cualquier medio traslativo de la propiedad o posesión sin que el beneficio tenga que ser forzosamente económico, pudiendo consistir en cualquier ventaja, satisfacción o placer que derive de su disponibilidad o tenencia de uso o disfrute (Sentencia de 9 de marzo de 1983), por lo que en este caso hay que estimar la existencia de tal aprovechamiento». (S. T. S. de 23 de octubre de 1985.)

Artículo 546 bis b). Receptación. Presunción de habitualidad: vulnera al principio constitucional de presunción de inocencia.

2. «La habitualidad real en la recepción desempeña un papel de circunstancia cualificativa genérica (art. 546 bis, a, párrafo tercero), con la consiguiente agravación de la pena; concibiendo el Código, además, un supuesto de habitualidad específica, por presunción de *iure*, cuando los reos fueren dueños, gerentes o encargados de tienda, almacén, industria o establecimiento abierto al público (art. 546 bis, b), singular presunción que si bien ya atrajo fundadas críticas a raíz de la promulgación del precepto en 1950, siendo objeto en su aplicación de ciertas restricciones interpretativas, hoy merece la más decidida censura y proscripción por su abierta y frontal oposición al principio culpabilístico enseñoreado en el artículo 1.^º del Código tras la reforma operada por Ley 8/83, de 25 de junio, que, al barrer todo vestigio objetivista en la exacción de la responsabilidad penal, ha hecho revivir, y con toda propiedad, la calificación de «aberrante», que mereció el criterio de la Ley. Habiéndose desterrado de nuestro sistema punitivo la responsabilidad objetiva y todas sus manifestaciones, sólo el dolo o la culpa pueden servir de fundamento a cualquier resolución condenatoria, incorporándose así nuestro Derecho penal a las corrientes más caracterizadas y actuales propias de un Estado de Derecho de sesgo democrático. suponiendo, a la vez, el anacrónico precepto del artículo 546 bis, b), una vulne-

ración del derecho a la presunción de inocencia proclamado y garantizado en el artículo 24.2, de la Constitución, el cual, además de su permanente valor alumbrador del ordenamiento jurídico, de singular relieve en el proceso penal por afectar a los bienes más preciados de la persona, adquiere el rango y la significación de norma directa, invocable como garantía constitucional, con fuerza impositiva sobre todos los Poderes Públicos. Y es que —cual precisa la Sentencia de 25 de abril de 1985— si inocencia y culpabilidad son términos contrarios, en la misma medida que se destruya la primera ocupará su lugar la segunda, o lo que es lo mismo, que para que se dé un plus de responsabilidad habrá de darse un correlativo excedente de culpabilidad. Deviniendo, pues, necesaria la verificación de un proceso revisorio en orden a la presunción encargada en el artículo 546 bis, b), como contraria al axioma «nullum crimen sine culpa», hecho letra de Ley en el artículo 1º del Código Penal, y al aludido principio constitucional encabezador de los derechos fundamentales de la persona, lo que ha supuesto el que el indicado precepto quede marcado indefectiblemente con sello de inconstitucionalidad, dejando de operar en su eficacia agravatoria al traspasar los límites impuestos por el nuevo orden». (S. T. S. de 21 de diciembre de 1985.)

Artículo 546 bis b). Presunción de habitualidad en el delito de recepción: derogación tácita.

3. «Sentada la presunción de habitualidad en el fallo con la aplicación del artículo 546 bis b) que la establece dado que el inculpado tiene establecimiento abierto de chatarrería e impugnada ésta, en el primero de los motivos del recurso debe estimarse tal impugnación, porque éste precepto —como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 25 de abril de 1985—, se halla en contradicción con el elemental principio de culpabilidad según el cual ésta no puede presumirse, sino que ha de ser probada y además con el principio de presunción de inocencia enunciado en el artículo 24.2 de la Constitución, por lo que la presunción equivale a una derogación tácita de dicho precepto en tanto en cuanto se muestra contraria o incompatible con los preceptos constitucionales citados que deben prevalecer sobre el mismo que resulta inaplicable por anticonstitucionalidad sobrevenida, por lo que tal motivo debe ser parcialmente estimado en dicho punto». (S. T. S. de 23 de octubre de 1985.)

Artículo 548. Incendio de unos enseres en una prisión que deriva en la causación de una muerte y de lesiones personales. Concurso ideal.

2. «Igualmente, esta Sala ha venido declarando que cuando el peligro potencial producido por el incendio se convierte en un resultado lesivo real, procede aplicar, o bien la doctrina del concurso de normas, con prevalencia del principio de especialidad cuando el incendio ha sido intencionalmente provocado para producir el resultado que se produjo, constitutivo de un delito más grave, o bien las normas del concurso ideal de delitos, con aplicación del artículo 71 del Código Penal al darse el dolo directo en uno de

ellos y el eventual en el otro, como sucedió en el caso de autos, al haber aceptado el procesado las consecuencias dañosas del incendio perfectamente previsibles, y más que probables, seguras». (S. T. S. de 1 de febrero de 1986.)

Artículo 565. Imprudencia temeraria. El deber objetivo de cuidado es especialmente exigible a los miembros de la fuerzas y cuerpos de seguridad del estado.

III. «Si todo el mundo que utilice armas tiene el deber objetivo de cuidado de hacerlo tomando las precauciones necesarias para que del uso de un instrumento tan peligroso no pueden derivarse daños, el deber es especialmente exigible y cobra singular relieve cuando se trata de personas que deben usarlas constantemente, como ocurre con los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, de manera, que no puede negarse que el descuido negligencia o abandono del procesado, al no tener el cuidado de comprobar el estado en el que se hallaba el arma tanto en el momento de dejarla colgada en el taquillón como cuando la cogió para realizar un acto de servicio demuestra que concurrieron los elementos intelectual y psicológico de la culpa, o sea, tanto la previsibilidad como la infracción del deber objetivo de cuidado con una intensidad tal, que su falta de diligencia merece el más grave de los reproches social y penal, pero la gravedad y reprochabilidad de su conducta aumenta, habida cuenta que hizo uso del arma sin la menor justificación, dada la nimiedad del hecho, en absoluto punible como era el que la víctima no atendía a su requerimiento de que le exhibiese el documento de identidad, cuando ya había accedido a enseñarle el del ciclomotor, y que se trataba de persona perfectamente conocida e identificada hasta el punto de llamarle el procesado por su propio nombre y, además, faltó a las más elementales normas de precaución al apuntar con el arma al cuerpo de la víctima, por lo que, como acertadamente dijo el Ministerio Fiscal en el acto de la vista, se observa una serie de negligencias o de faltas de diligencia producidas en «cascada» íntimamente enlazadas entre sí y cuya suma arrojó como producto el lamentable resultado que se produjo, por lo que es evidente que procede desestimar el primer motivo del recurso». (S. T. S. de 13 de febrero de 1986; ver también S. T. S. de 17 de febrero de 1986.)

Artículo 565. Imprudencia temeraria. Actio libera in causa en su forma culposa.

2. «Debe recordarse a estos efectos, que es doctrina ya hecha «cuerpo jurisprudencial» de esta Sala, que en estos casos se va pasando por varios estadios, el de vigilia, el de fatiga, el estado crepuscular de somnolencia de cierta duración, hasta el sueño en que se pierde la conciencia total, con la interrupción absoluta de las facultades psíquicas y físicas y la falta de todo control humano sobre la actividad desarrollada. Estudiando ese estado de somnolencia a que el recurso se refiere, se manifiesta con claros síntomas de tendencia al letargo, pórtico del sueño, en el que un conductor de previsión media y normal, atisba una serie de peligros que se escapan de su potencialidad física y psíquica, por lo que si es medianamente previsor y cons-

ciente de que el día anterior ha dormido insuficientemente —como en el caso de autos— debe interrumpir inmediatamente la conducción, y tomar las medidas adecuadas de descanso para evitar todos aquellos peligros que un conductor medio, sabe gravitan sobre su actividad.

3. Al no hacerlo así el recurrente, además de su responsabilidad plena —que ciertamente no elude— se coloca voluntariamente en situación de riesgo dando vida a la «*actio libera in causa*» en su forma culposa de culpa consciente o con representación de los riesgos infinitos que asume voluntariamente y por tanto su conducta entra de lleno en la imprudencia grave o temeraria, pues previstos los muchísimos eventos que en su actividad podían ocurrir, ni hizo lo posible para evitarlo, persistiendo en una conducta sumamente peligrosa, generadora ya de riesgos de toda clase, que tales pueden ocurrir en una conducción en tales condiciones, que desembocaron, como no podía ser menos, en el accidente, atropello, dos muertes, un herido y los daños que se especifican en la sentencia de instancia». (S. T. S. de 5 de diciembre de 1985.)

Artículo 586, 3.^º Imprudencia simple sin infracción de reglamentos. Error médico que determina la muerte del paciente.

2. «En tesis de recurso, el único motivo articulado por la vía del número 1.^º del 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sólo pone en tela de juicio la previsibilidad y omisión del deber objetivo de cuidado y la relación de causalidad, fácilmente combatibles y constatables si se tiene en cuenta que el Doctor R., hoy recurrente, en sus funciones de Médico Adjunto, conocía con antelación al paciente y que éste era alérgico al grupo de oligosacáridos (entre los que figuraba la estreptomicina) y al pasar consulta con el Médico F. J. S. L., que ostentaba la condición de Interno Residente (MIR), lo que hacían por primera vez en equipo, aquél advirtió a éste que para aliviar los dolores del enfermo le aplicasen ampicilina o penicilina, pero sin advertir que era alérgico a la estreptomicina, por lo que el Médico que recibió tan ambiguas y escuetas instrucciones sin cuidarse a su vez de pedir las necesarias aclaraciones, incluso la del nombre del fármaco conocido comercialmente, prescribió que se le inyectase Farmapéh, por ser antibiótico adecuado a la dolencia y aplicados en ocasiones en el departamento, trasladando la orden por escrito al libro de enfermeras, una de las cuales, la que se encontraba de servicio, inyectó el farmapén al paciente, provocando, casi inmediatamente, la presentación de una brusca reacción alérgica acompañada de un cuadro de intensa disnea, marcada angustia y cianosis que, pese a todas las atenciones, provocó su fallecimiento.

De todo ello resulta indudable el proceder culposo del Médico Adjunto, calificado como falta por la Audiencia de instancia, pues que el resultado letal se produjo a su imprevisión y olvido de sus deberes elementales, como era el de advertir la alergia del paciente a la estreptomicina y la prohibición de suministrarle cualquier fármaco en cuya composición entrase, dejando al paciente al cuidado del Médico Residente, cuya experiencia desconocía, pues que tan sólo era la primera vez que pasaba consulta con el mismo». (S. T. S. de 15 de enero de 1986.)

REVISTA DE LIBROS

BAJO FERNANDEZ, Miguel: "Manual de Derecho penal. Parte Especial. Delitos contra las personas". Editorial Ceura. Madrid, 1986, 186 págs.

La obra, señala el autor en el prólogo, representa la primera parte de un "Manual de Derecho penal, Parte Especial", destinado a los estudiantes del Derecho penal español, con la finalidad de que encuentren en él los problemas que plantea la aplicación de la Ley y la fundamentación jurídica de las posibles soluciones a los mismos. Se aborda, así, el estudio de los diversos tipos legales que conforman el Título VIII del Libro II del Código penal desde una perspectiva dogmática que el autor trata de conjugar con un retórico jurídico como método de convicción en la aplicación de la Ley, que da como fruto una visión global de la rica problemática que plantean estos delitos.

El estudio comienza con el delito de homicidio, configurado por el legislador como tipo básico de los delitos contra la vida. El análisis del tipo de injusto en este delito permite al profesor Bajo abordar, en primer término, desde el ámbito de la conducta típica, la problemática que la comisión por omisión presenta en nuestro Código penal. En este sentido Bajo opta por entender que la solución más acorde con nuestro Derecho es la que él denomina intermedia entre la sustentada en Alemania y Francia, y que restringe el ámbito de aplicación de la comisión por omisión a los tipos prohibitivos de causar siempre y cuando pueda establecerse una equivalencia en gravedad entre el comportamiento omisivo y el correspondiente actuar positivo. Para ello, el autor entiende que deben confluir dos requisitos: posibilidad de evitar el resultado y posición de garante, mostrándose crítico con quienes fundamentan la equivalencia en la denominada teoría de las funciones. En relación al primero de los requisitos, señala acertadamente Bajo que si la acción esperada no hubiera evitado el resultado la omisión carece de relevancia jurídico penal, dejando entrever que un incremento o disminución del riesgo —teoría del incremento o disminución aplicada a la omisión— no es suficiente en estos supuestos para imputar el resultado. Referente a la posición de garante la concibe con la doctrina mayoritaria como un deber de garantía específico, no genérico, mostrando una vez más su disconformidad con la teoría de las funciones.

La profundidad con que el autor aborda en el ámbito de estos delitos problemas cuyo estudio excede de los mismos por pertenecer, mayormente, a la Parte general del Derecho penal, muestra, en parte, la preocupación de Bajo por conjugar la más pura dogmática penal con la aplicación de la Ley al caso concreto. Desde esta óptica se comprende que el autor aproveche el marco que le brindan estos delitos para tratar temas como el de la relación de causalidad e imputación objetiva del resultado. Aunque este es un problema que afecta directamente al delito de homicidio y, por lo tanto, su estudio nunca está de más, llama la atención

ción la profusión con la que es tratado. Se analizan, en primer término, las diferentes teorías causales y se abordan a continuación los criterios de imputación con los que un sector doctrinal construye la teoría de la imputación objetiva: realización del peligro contenido en la acción base, incremento del riesgo y fin de protección de la norma. El autor señala que la teoría de la imputación tiene el mérito de enfocar más adecuadamente el problema de la relación de causalidad, si bien en su opinión no proporciona los criterios definitivos para la solución de casos límites (causaciones de reemplazo, constituciones anormales de la víctima o resultados que proceden de comportamientos que entrañan un riesgo insignificante). En nuestra opinión es evidente que los criterios de imputación que en la actualidad se barajan, no permite resolver todos los supuestos, pero al respecto sí conviene apuntar que, al menos, permiten analizar dichos casos desde una óptica distinta a cómo tradicionalmente se ha venido haciendo, facilitando así su solución. Por otra parte, no debe olvidarse que buscar soluciones unívocas a determinados supuestos resulta imposible, pues cualquier solución que se defienda puede ser objeto de reparos.

El delito de homicidio también sirve de marco al autor para tratar otros temas que en la actualidad preocupan a la doctrina y a la jurisprudencia. Así, en el ámbito de la antijuricidación se estudia el problema del uso de la violencia por parte de la autoridad, y en el ámbito de la culpabilidad se analiza la rica problemática que en el ámbito de los delitos culposos presenta la infracción de la diligencia objetivamente debida, sin descuidar la preterintencionalidad, ni la demarcación entre dolo eventual y culpa consciente.

Del delito de parricidio nos interesa destacar dos aspectos: el error y la participación. En relación con el error, entiende Bajo que en los supuestos de error "in persona" en los que quien queriendo matar, vgr., a su padre produce la muerte a un extraño debe de responder por un delito de homicidio doloso. Igual solución se desprende en el supuesto inverso: quien queriendo matar a un extraño le produce la muerte a su padre, por más que la solución no deje de resultar extraña. La supresión del párrafo primero del artículo 50 y la incompleta regulación del error en el artículo 6.^o bis a) obligan a esta solución. En relación con la participación en los delitos especiales, Bajo se adhiere a la posición defendida entre otros por el profesor Rodríguez Devesa, distinguiendo entre coautoría y participación. En los casos de coautoría se procede a romper el título de imputación. En los demás supuestos, el "extraneus" que participa en el delito cometido por el "intraneus" responde por el mismo delito que éste y viceversa: Si un "intraneus" participa en el hecho del "extraneus" su responsabilidad viene determinada por el hecho del autor principal.

El delito de asesinato lo trata el autor con la misma profusión que el resto de los delitos, abordando problemas cuya referencia desborda el ámbito de una recensión. No obstante conviene notar que frente a la doctrina mayoritaria, Bajo entiende que en el asesinato tiene cabida el dolo eventual, y a nuestro juicio esta afirmación es correcta. Se echa

quizá en falta en este delito una referencia, aunque sea breve, a los problemas de compatibilidad que las circunstancias del artículo 406 presentan con otras circunstancias agravantes o atenuantes y muy especialmente la delimitación entre alevosía y abuso de superioridad, cuestión de una importante trascendencia práctica.

El artículo 408 —homicidio en riña tumultuaria— es concebido por Bajo como un delito de lesiones caracterizado por producirse en una riña de características tan graves que en ella se produce una muerte. Se aleja así de la opinión de aquellos autores que entienden que estamos ante un delito de sospecha —v. gr., Rodríguez Devesa— y sostiene que nada impide la aplicación del artículo 408 al autor de las lesiones graves, aun cuando se probara que la muerte se debe a causas distintas. Esta opinión nos parece, sin embargo, muy discutible. Es cierto que en el artículo 408 la muerte es una condición objetiva de punibilidad, que no tiene por qué estar causalmente unida al comportamiento del sujeto, lo que otorga al precepto una impronta de responsabilidad objetiva, que el propio Bajo reconoce. Esta característica del artículo 408 presupone que el principio de culpabilidad del artículo 1.^º no rige en relación con el precepto, en el cual la pena es la correspondiente a las lesiones causadas agravada por haberse producido la muerte. Si se sostiene, como hacemos nosotros, que la pena en el artículo 408 se impone al autor de las lesiones graves porque se sospecha que fue éste quien produjo la muerte, a “sensu contrario” puede defenderse que en aquellos supuestos en los que se pruebe que la muerte se debió a causas ajenas al comportamiento de quien produjo las lesiones, éste responderá sólo por el delito de lesiones y no en base al artículo 408. Esta solución permite restringir el ámbito de aplicación de este delito que en nuestra opinión debería suprimirse por ser, entre otras razones, inconstitucional.

Aunque el tratamiento dispensado a los delitos de inducción y auxilio al suicidio e infanticidio, no desmerecen en nada el resto de la obra, es indudable que la parte más sobresaliente de la misma lo configura el estudio del delito de aborto y de las lesiones, a los que el autor otorga una especial atención.

Del delito de aborto conviene resaltar el tratamiento de la despenalización del aborto, donde se analizan las diversas posturas, mostrándose partidario el autor del sistema de plazos que considera más acorde con la Constitución al ser éste el que mejor respeta los derechos de la mujer embarazada. Con el mismo detenimiento con el que se analiza la polémica en torno al aborto se estudian las diversas causas de exención de responsabilidad criminal contempladas en el artículo 417 bis) que recoge diversos supuestos de justificación que no pueden ser reducidos a una de las definiciones del artículo 8.^º del C. p., ni a una única causa de justificación de las que en Doctrina normalmente se definen. La razón estriba en que el artículo 417 bis) se refiere a un supuesto concreto de actividad médico-quirúrgica en la que la licitud del comportamiento del médico no puede explicarse en base a una única causa de justificación, sino en base a una pluralidad de ellas. Se señala, además, que el contenido del artículo 417 bis) no impide aplicar a este delito las eximentes

recogidas en el artículo 8.^o y que razones de equidad permiten en base a una interpretación analógica “*in bonam partem*” aplicar a los supuestos del artículo 417 bis) la eximente incompleta del artículo 9.^o, núm. 1.^o, cuando no concurran todos los requisitos exigidos para eximir plenamente de responsabilidad criminal. El capítulo se cierra con un estudio de los diversos tipos legales de aborto y su problemática.

En el delito de lesiones Bajo centra gran parte de su atención en analizar el contenido del artículo 428 que él interpreta en el sentido de conceder siempre relevancia al consentimiento y por lo tanto impunes las lesiones consentidas salvo que la Ley establezca otra cosa —v. gr., consentimiento viciado o esterilizaciones realizadas por quien no es médico.

El último capítulo del libro se dedica al análisis de las diversas clases de lesiones, completándose de este modo el estudio del Tit. VIII del Libro II del C. P.

Después de todo lo expuesto consideramos que nos encontramos ante un excelente libro que incita al lector a meditar sobre gran parte de los problemas que en él se tratan. Su autor no sólo aborda los temas con una profundidad poco usual en un manual sino que además lo hace con una claridad y sencillez digna de elogio. Especial mención merece el trato que se le dispensa a la jurisprudencia, que constituye gran parte del soporte de la obra. En este sentido las opiniones de la mejor doctrina se ven siempre confrontadas con el parecer del Tribunal Supremo recogido, mayormente, en las sentencias más recientes, lo cual permite al lector estar perfectamente al día del pensamiento de nuestra jurisprudencia sobre los diversos temas. Unicamente resta por señalar que deseamos ver cumplidos los deseos del autor de que este libro forme parte, en un futuro, de un completo “Manual de Derecho penal, Parte Especial”.

CARLOS J. SUAREZ GONZALEZ

Encargado de Curso

Universidad Autónoma de Madrid

BURON BARBA, Luis Antonio. «Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado», Madrid, 1985, 398 págs.

El deseo de conseguir un Derecho penal mejor (si no algo mejor que el Derecho penal, como decía Radbruch) precisa de la colaboración de dogmáticos y prácticos, ya que si la construcción teórica no sirve para solucionar problemas prácticos, o si la práctica no se asienta en una buena doctrina, los efectos negativos de esa disfuncionalidad van a repercutir en el sistema penal entero. En este sentido, la Memoria que ahora comento proporciona un importante material para conocer cómo se está aplicando en la sociedad el ordenamiento penal, sin que se renuncie por ello a realizar una crítica dogmática de los tipos susceptibles de reforma. Los estudios que se incorporan

a esta Memoria demuestran cómo el Ministerio Fiscal («defensor de la legalidad por mandato constitucional» —pág. 266—) está realizando una constante tarea de adecuación de las normas sancionadoras a las exigencias de un Estado Democrático de Derecho, al tiempo que se preocupa de que esas normas sean efectivamente una respuesta eficaz a las conductas delictivas, desde consideraciones de prevención especial y general.

En este libro, el Fiscal General manifiesta su preocupación porque «nuestro sistema penal va perdiendo pie en el suelo social» (pág. 18), y ese enfoque (que no debemos olvidar quienes estudiamos nuestro ordenamiento penal) permite unificar el rico contenido de esta Memoria, al menos en los aspectos que me interesa resaltar ahora (dejo conscientemente al margen las referencias a las incidencias y novedades organizativas en la Carrera Fiscal —págs. 21 a 49—, a la actividad del Ministerio Fiscal —págs. 119 a 140—, y a problemas no estrictamente penales —beneficio de justicia gratuita en págs. 145 a 156, contratas administrativas en págs. 156 a 159, procesos matrimoniales en páginas 205 a 235, y relaciones entre el Ministerio Fiscal y el Parlamento, en páginas 247 a 258).

Efectivamente, el Fiscal General observa que entre el sistema penal que nuestra sociedad necesita y el existente hay grandes distancias, que se manifiestan en el incremento constante de los hechos delictivos (en progresión, que es, al menos, aritmética, habiéndose iniciado 1.082.135 procedimientos judiciales penales en España en 1984 —pág. 79—, con un incremento del 16,31 por 100 sobre las cifras de 1983 —pág. 99—), en la existencia de unos «índices de impunidad alarmante» (constatándose en la pág. 10 la enorme separación entre el número de delitos descubiertos —ese millón largo de procedimientos iniciados— y el de delitos castigados —en 1984 sólo se dictaron 91.526 sentencias) y en la incomprensión o el rechazo que en ocasiones la sociedad muestra hacia las resoluciones judiciales penales (pág. 18) y, que crecen con el sentimiento de «inseguridad ciudadana» (pág. 84).

Junto a este análisis cuantitativo, en la Memoria se realiza un estudio sistemático de los delitos cometidos en España en 1984, incluyéndose unos informes sobre la evolución de la delincuencia en algunas provincias (págs. 96-118), y unos extensos anexos estadísticos (págs. 361-398). De los datos allí reflejados se desprende un preocupante incremento de las modalidades delictivas violentas (especialmente en los delitos contra la propiedad —pág. 83—), y una extensión de conductas delictivas que son, más bien, «modos de ser de la sociedad, verdaderas corrientes sociales que van desde el hábito de consumo de sustancias tóxicas o estupefacientes a las grandes defraudaciones en el mundo de los negocios, pasando por la criminalidad común profesionalizada (hurtos y robos como modo de vida) y por la violencia organizada» (pág. 15). El primero de esos aspectos, el tratamiento penal del consumo y tráfico de estupefacientes, ocupa preferentemente el interés del Fiscal: en las págs. 84-91 se destaca la gravedad y proliferación (en 1984 se produjo un incremento del 30,70 por 100 con respecto a las cifras de procedimientos iniciados en 1983) de estas conductas, así como su relación con el incremento de la criminalidad; en las págs. 164 a 171 se incluye un informe del fiscal coordinador para la prevención y represión del tráfico de drogas y estupefacientes, en el

que propone medidas preventivas (educación para la salud, promoción del asociacionismo juvenil, atención prioritaria a la rehabilitación y reinserción de los drogodependientes), y critica la redacción del artículo 344 CP, pidiendo las penas superiores en grado para las conductas del primer párrafo, si bien con una complementaria previsión de atenuación de la pena o internamiento en establecimiento público adecuado para el drogodependiente que realizase pequeños actos de tráfico con la exclusiva finalidad de autoabastecerse. Este mismo Fiscal propone igualmente la creación de un nuevo tipo delictivo, que sancione la conducta del dueño o encargado del local o establecimiento público que favorezca, con su connivencia o tolerancia, el tráfico o consumo de drogas ilegales en el interior del mismo. Finalmente, señalar en este mismo tema, la inclusión en la Memoria de la Circular 1/1984, de la Fiscalía General, en la que se realiza una importante interpretación del artículo 344 CP, especialmente en la distinción entre sustancias que causan o no un grave daño a la salud, y lo que considera cantidades «de notoria importancia» (págs. 309-338).

La legislación penal es considerada en esta Memoria desde otros muchos puntos de vista. En un informe del Fiscal de Lérida (págs. 258 a 266) se propone la «desjudicialización de la protección de menores», y la elevación del límite de edad penal a los 18 años; la Fiscalía de la Audiencia Nacional observa la conveniencia de la promulgación de un cuerpo normativo específico que regule las escuchas telefónicas (págs. 160-161) y expone el cumplimiento de las medidas de gracia y reinserción social de los terroristas arrepentidos (págs. 161-163); el Fiscal Jefe de Barcelona sugiere (págs. 172 a 175) que la multa del artículo 198 CP sea proporcional al beneficio obtenido con el delito, y no una cantidad que permita al delincuente el goce de lo ilícitamente obtenido, que el artículo 348 bis distinga entre enfermedades graves que supongan riesgo indudable para la vida y las que no tenga ese carácter, sin perjuicio de la posible agravación prevista en el tipo, y que la protección penal del deber de sigilo profesional (arts. 360, 367, 368 y 499 CP) se extienda a todas las profesiones, por las consecuencias que la revelación pueda tener para el honor, dignidad o patrimonio de la persona cuyo secreto es revelado. Con un criterio acertado, el Fiscal de Orense plantea la inconstitucionalidad del artículo, 291 del Código de la Circulación, que faculta a los Jefes Provinciales de Tráfico para retirar a una persona el permiso de conducción, cuando se observen en ella indicios de carencia de los conocimientos o aptitudes físicas o psíquicas para hacer uso de tal permiso, sin que se dé audiencia al interesado, ni posibilidad de que aporte pruebas en su descargo. Con este motivo, se compara ampliamente el Derecho penal y el Derecho Administrativo sancionador, con interesantes aportaciones (págs. 196-204).

Los aspectos procesales del ordenamiento penal que se estudian en esta obra son la actual regulación del recurso de revisión penal, frente al artículo 24, 1.^º de la Constitución (págs. 141-144), ya que el Fiscal General ha dirigido al Departamento una propuesta de Proyecto de reforma de los artículos 955 y ss. de la LECr, que los adecúa la doctrina del Tribunal Constitucional, que legitima al interesado para la interposición de tal recurso; la prescripción del delito (o la falta) si transcurren los plazos fijados en el artículo 113 del CP, «aunque tal situación no encuentre su origen en la inactividad del de-

nunciante —lo que sería obvio—, sino en la de la Administración de Justicia», en interesante estudio del Fiscal de Segovia (págs. 266-276); la interpretación de la «prisión provisional facultativa» que se realiza en la Instrucción 1/1984, de la Fiscalía General (págs. 279-284); y la importante Consulta 1/1984 en torno a si las sentencias de los juzgados de Distrito tienen el carácter de cosa juzgada cuando recaen sobre hechos que pueden ser constitutivos de delito (págs. 295-302).

El número de delitos está aumentando y el cuerpo social no queda conforme con el ordenamiento penal. La solución, como queda patente en los estudios contenidos en la Memoria que comento, no es instaurar un sistema penal más duro ni desproteger con carácter general el ejercicio de los derechos y las libertades, sino construir un Derecho penal conforme a las exigencias constitucionales, que respete la elaboración dogmática penal y que se aplique con un sentido crítico de utilidad social, comprometiendo, como solicita el Fiscal General (pág. 19) «a la sociedad entera en la articulación del sistema penal».

Esteban MESTRE DELGADO

LAMARCA PEREZ, Carmen: «Tratamiento jurídico del terrorismo», Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985, 513 págs.

El terrorismo constituye actualmente «una de las actividades delictivas que mayor alarma viene produciendo en la sociedad contemporánea» (p. 30) y, ya se entienda como delincuencia común o como expresión de la crisis de legitimidad de las sociedades tardocapitalistas (como hace el pensamiento criminológico que se desarrolla en torno a «La Questione Criminale»), su existencia ha preocupado a los penalistas. En España han aparecido recientemente artículos dedicados a este problema por Gómez Benítez, García Valdés, Bueno Arús y Arroyo Zapatero, entre otros, y ahora sale a la luz la parte esencial de la tesis doctoral que Carmen Lamarca escribió sobre este tema bajo la dirección de Rodríguez Ramos, tesis que obtuvo la máxima calificación.

El libro, amplio y minucioso, con una profusión de notas y un soporte bibliográfico admirables, es un trabajo jurídico (la autora acentúa en las páginas 10 y 25 que deja conscientemente al margen las implicaciones políticas, morales o sociológicas) «que tiene por objeto descubrir el tratamiento penal que el Estado otorga a una particular forma de delincuencia», y reflexionar sobre «el significado político e histórico de una parcela del Derecho represivo» (p. 25), «a través de un intento de delimitación conceptual y también mediante una exposición crítica de la legislación española de los últimos años en esta materia» (p. 30). Efectivamente, aunque la parte central del trabajo es el análisis de la Ley Orgánica 9/84, de 26 de diciembre (de tal modo que Rodríguez Ramos define el libro en el Prólogo como «el primer comentario autorizado» de la misma), existen claramente diferenciados cinco gran-

des bloques de estudio, entre los que se encuentra la investigación histórica y la conceptual.

El libro comienza con una Introducción sobre el método y objeto del trabajo (págs. 9 a 30), en la que la autora reflexiona (con gran formación jurídico-filosófica) acerca de la labor del jurista y los enfoques y metodologías de análisis del fenómeno terrorista, tras lo que dedica el capítulo primero (págs. 31 a 96) a su investigación sobre el uso múltiple de la expresión terrorismo. Es el camino lógico de estudio de un problema para el que la cultura jurídica contemporánea «carece de un concepto unívoco y preciso» (pág. 31), precisamente por los múltiples usos que ha recibido y sigue recibiendo: el «terrorismo de Estado», los distintos criterios que sigue el Derecho internacional para definir al terrorismo, y la distinción entre el terrorismo y el delito político son algunos de los enfoques que utiliza la autora para concluir que el terrorismo «puede ser definido sencillamente como la violencia organizada con finalidad política» (p. 95). Lamarca opta así por escoger la finalidad como criterio delimitador, basándose en «el carácter instrumental que presentan las concretas acciones terroristas» (p. 47), y por ello este mismo criterio le sirve para distinguir entre organizaciones terroristas y asociaciones ilícitas comunes (págs. 235 a 240).

La investigación histórica centra el capítulo II de la obra (págs. 97 a 191), en el que se nos ofrece la evolución de «una legislación insegura, contradictoria y de vida efímera» (pág. 191), donde se suceden normas fragmentarias e improvisadas que, pese a su progresivo endurecimiento, no son suficientes para contener la actuación de los grupos terroristas. El análisis parte de las normas contra el bandolerismo y el anarquismo, y estudia las Leyes de 1834, 1896 y Ley de 11 de octubre de 1934, en la que se habla de «aterrorizar a los habitantes de una población» (pág. 120), alcanzando su mayor profundidad al delimitar los delitos de rebelión militar, terrorismo y el delito político bajo el régimen del general Franco (me llama especialmente la atención el apartado dedicado a la «vis atractiva del delito de rebelión militar» —págs. 127 a 132—) y al estudiar la normativa del Estado democrático, que caracteriza la autora por la despolitización progresiva de las tipificaciones penales, la asunción de la competencia por los jueces ordinarios y la adquisición de carta de naturaleza de las medidas de suspensión de ciertos derechos o garantías procesales (pág. 158). En este sentido, el hecho de que la normativa antiterrorista, cada vez más rigurosa, pueda degradar las garantías propias del Estado de Derecho (jurisdicciones o Tribunales especiales, deterioro de las facultades judiciales en favor de las exigencias de las investigaciones gubernativas, suspensión de determinados derechos, se citan en la pág. 359) hace que la autora dedique el capítulo cuarto (págs. 359 a 444) a la suspensión de los derechos fundamentales, preguntándose si asistimos a una legislación de emergencia permanente (págs. 365 a 369) y cuestionando diversos aspectos de la prisión provisional y la detención preventiva, la suspensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio y del secreto de las comunicaciones. Me parece de gran interés el apartado que dedica, en clara oposición a esos posibles abusos que denuncia, a la responsabilidad penal por la utilización injustificada o abusiva de las medidas antiterroristas (págs. 423 a 436).

Pero, como ya adelanté, el aspecto central del libro se halla en el capí-

tulo III, titulado «Aspectos sustantivos del tratamiento jurídico del terrorismo. Derecho vigente» (págs. 193 a 357). En él Lamarca analiza en profundidad la vigente Ley Antiterrorista española y, entre tantos otros aspectos interesantes, estudia el delito de asociación terrorista, cuestiona la redacción de las formas de participación (con fuerte crítica a la equiparación de penas de los artículos 7 y 9, por sus efectos criminógenos), la tipificación actual de la apología de estos delitos, la disolución de asociaciones y el cierre de medios de difusión, y plantea diversos problemas acerca de la culpabilidad y formas imperfectas de ejecución. La circunstancia de atenuación del artículo 6 (similar a la existente en Italia para los «pentiti») le parece a la autora «una decisión contradictoria» (pág. 319) y se muestra preocupada por la garantía de los principios de igualdad y seguridad jurídica (pág. 321).

Unas extensas conclusiones (págs. 445-464) cierran esta interesante obra resumiendo las principales aportaciones de la autora. Aunque, como ha quedado expuesto, el libro se centra en el estudio del Ordenamiento sustantivo español, la autora no descuida ni el Derecho Comparado (al que no dedica un Capítulo especial, pero que cita con ocasión de diversas instituciones —así, en las páginas 325 a 329 ó 369 a 384—) ni los aspectos procesales (incluidos en el Capítulo Cuarto, como ya se ha visto).

El presente estudio del tratamiento jurídico del terrorismo en España me parece, pues, esencial, y no sólo para quienes estamos estudiando esta compleja figura delictiva, sino para una sociedad entera que, sufriendo las consecuencias del terrorismo, no quiere que la respuesta jurídica sea aquel autoritario «no hay libertad para los enemigos de la libertad», y espera que los penalistas construyamos una regulación efectiva que no menoscabe ni los derechos ni las libertades fundamentales de los ciudadanos.

Esteban MESTRE DELGADO

**Ministerio de Justicia, Dirección General de Instituciones Penitenciarias:
«Informe General 1983-1984», Madrid, 1985, 701 págs.**

Hasta 1979, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias venía tradicionalmente editando unas «Memorias» que, anualmente, presentaban una completa documentación acerca de la distribución y movimiento de la población reclusa y de las inversiones efectuadas en cada ejercicio presupuestario. En aquella fecha, el entonces Director General, García Valdés, guiado por el mismo espíritu de reforma que presidió toda su actuación, redactó un «Informe General» que no se limitaba a ofrecer la documentación y estadística propia de las «Memorias», ya que pretendía, además, ser un relato amplio, objetivo y, sobre todo, crítico, hecho desde un punto de vista penitenciarista, que concienciase a la sociedad de que los problemas de las cárceles y los internos no pueden resolverse sin su colaboración.

El «Informe General 1983-1984», que acaba de aparecer, recoge fielmente la herencia, en fondo y forma, de aquella labor de 1979. Efectivamente, en

la forma este «Informe» consolida la estructura del de 1979, renunciando claramente ya la Dirección General a volver al modelo de las «Memorias». Las tres partes (Introducción, Resumen de Actividades, Datos estadísticos) de aquel primer informe se mantienen y potencian, incrementándose de manera notable el contenido de cada una de ellas. En la primera (pp. 7 a 168), se recoge el soporte normativo y la infraestructura de la administración que fueron la base de toda la actividad desarrollada en el bienio 1983-1984, recopilándose y a menudo transcribiéndose literalmente las disposiciones legislativas, acuerdos del Consejo del Poder Judicial, Circulares y Ordenes interiores de la Dirección General que han regido la actividad penitenciaria en este período, y haciendo referencia a los movimientos de personal y actividades del Director General.

La segunda parte del «Informe» (págs. 169 a 464) realiza el resumen de las actividades efectuadas en el bienio en las instituciones penitenciarias españolas, a través de diversos estudios sobre la población reclusa, el tratamiento penitenciario, el régimen, la sanidad, la educación y asistencia religiosa, la Comisión de Asistencia Social, las tareas de construcción y remodelación de los establecimientos penitenciarios, la Escuela de Estudios Penitenciarios y la informática aplicada a las instituciones penitenciarias. Es en este apartado del informe donde el estudioso de la actividad penitenciaria va a obtener el más rico aporte de datos de la obra, de los que los más relevantes recibirán enseguida una mención especial. El «Informe General» finaliza con un abundante repertorio estadístico (págs. 465 a 684) sobre todas las materias tratadas en los apartados anteriores, que aporta una gran cantidad de información sobre los mismos, ya que el estudio es minucioso y se desglosa muy frecuentemente con los datos de todos y cada uno de los distintos centros penitenciarios existentes en España.

En el fondo, el «Informe General 1983-1984» sigue también con fidelidad los criterios fijados en el de 1979. Si ya hice referencia a la preocupación del texto de 1979 por plasmar como principio básico de nuestro régimen penitenciario la afirmación de que el interno no está en ninguna manera excluido o marginado de la sociedad, sino que continúa formando parte de ella, en el texto que reseño también se expresa claramente que «la sociedad todo debe implicarse en conocer la realidad penitenciaria, como parte de la realidad social» (p. 213), de tal manera que, siendo el interno «un ser carencial, un ser desprovisto» (p. 268) los fines básicos de nuestro ordenamiento penitenciario, la reeducación y reinserción social sólo pueden cumplirse a través de una colaboración activa de la sociedad que evite que el interno rechace su integración. Por ello, la reforma de 1979 diseñó un sistema penitenciario «flexible, progresivo y humano que cuenta con la posibilidad de colaboración voluntaria de los internos y de la sociedad en general» (Vid. García Valdés, «Ley Penitenciaria», Madrid, 1985, p. 39), y la actividad de la Administración Penitenciaria desde entonces ha incidido en el desarrollo inmediato de esa reforma. El análisis de los datos contenidos en el «Informe General 1983-1984» muestra claramente cómo la Ley y el Reglamento Penitenciarios están modificando cotidianamente diversos aspectos de la ejecución de las penas privativas de libertad.

Al finalizar 1984, existía una población reclusa en España de 17.713 in-

ternos (p. 171), en una tendencia de constante incremento. De ellos, un 7,6 por 100 estaban clasificados en primer grado (con una importante disminución con respecto a años anteriores), un 50,4 por 100 en segundo y un 42 por 100 en tercer grado (págs. 185-186), y las exigencias de estricta e imprescindible clasificación de los reclusos y necesidad de alojamientos individuales marcadas en la LOGP podían incumplirse de no realizarse una adecuada política de construcciones penitenciarias. En el informe se realiza un buen estudio (págs. 297 a 357) de todas las construcciones realizadas en el bienio 1983-1984, apreciándose cómo los nuevos establecimientos se adecúan a lo dispuesto en la Ley Penitenciaria: situación fuera de los cascos urbanos, adaptación a los nuevos regímenes de comunicaciones, incrementos del módulo de 25/30 metros cuadrados por recluso a 350 metros cuadrado por recluso para establecimiento de preventivos, superficies superiores a los 100.000 metros cuadrados, decuplicando las de los antiguos, etc. Los ejemplos de esta «nueva arquitectura penitenciaria» se multiplican, y entre ellos destaco, por sus innovaciones, los establecimientos de jóvenes de Barcelona y Alcalá de Henares, los establecimientos penitenciarios mixtos de Castellón y Badajoz, y el Centro asistencial psiquiátrico de Alicante. En el mismo sentido me parece importante el que en el «Informe» se realice el mapa penitenciario por Comunidades Autónomas (págs. 303 a 319) y que se acompañen los diseños de las plantas de los diversos centros en construcción o recién terminados.

El «Informe» realiza, pues, una gran labor divulgadora de la aplicación material de la reforma penitenciaria en el bienio: recoge la reforma parcial del Reglamento Penitenciario, el Reglamento de la Escuela de Estudios Penitenciarios, la Orden Circular de 11 de enero de 1983 que puntualiza los objetivos y mecanismos de la reforma penitenciaria y fija criterios para la aplicación de la normativa vigente, el Real Decreto de 30 de marzo de 1983 constitutivo de la Comisión de Asistencia Social, entre tantas otras normas de trascendencia penitenciaria, y recopila la integridad de Circulares y Ordenes interiores de la Dirección General (pp. 101 a 160), de gran interés y no siempre fácilmente localizables. Además, ofrece los criterios de la Dirección General ante diversos problemas, por ejemplo, ante el reformado artículo 17 del Reglamento Penitenciario (p. 177), que prevé la asistencia en instituciones extrapenitenciarias adecuadas a penados clasificados en tercer grado que presenten problemas de drogadicción y necesiten un tratamiento específico; ante el tratamiento penitenciario, planteándose la misma supervivencia del modelo clínico por las críticas que ha recibido (p. 189) y optando por la conveniencia de potenciar las Comunidades Terapéuticas (p. 191); ante la concesión de las comunicaciones especiales, que se ha flexibilizado el entenderse como ejercicio de un derecho y no como recompensas otorgadas a internos en razón de su comportamiento (p. 193); ante las denunciadas deficiencias sanitarias, manifestándose la intención de reforzar la asistencia facultativa en el medio penitenciario, utilizando la hospitalización extrapenitenciaria sólo en casos excepcionales (p. 203); o ante la formación de los reclusos, habiéndose potenciado los convenios con instituciones culturales o laborales (UNED, INBAD, CENEBAK, Universidad Complutense, INEM —para la formación ocupacional de reclusos—, Ayuntamientos, etc.).

Frente al rígido criterio de prisionización, nuestro ordenamiento posibilita un contacto directo del interno con la sociedad que contribuya a eliminar los posibles elementos nocivos del internamiento en los Centros Penitenciarios. Pero para lograr efectivamente los fines de reeducación y reinserción social, no basta con que los internos se acerquen a la sociedad, ésta debe integrarse más en el problema penitenciario. Para ello, obras como el presente «Informe General 1983-1984» siguen siendo de capital importancia.

Esteban MESTRE DELGADO
Universidad de Alcalá de Henares

REVISTA DE REVISTAS

ALEMANIA, R. F.

NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT

Revista semanal. Año 38, segundo tomo (fascículos 27 a 52, páginas 1489 a 3096). C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. Munich y Frankfurt, 1985

CALLIESS, Rolf-Peter: "Der strafrechtliche Nötigungstatbestand und das verfassungsrechtliche Gebot der Tatbestandsbestimmtheit". (El tipo penal de coacciones y el mandato constitucional de concreción de los tipos), págs. 1506-1513.

Ya hemos traducido en estas páginas (ADPCP 1985, págs. 1034-1035) el contenido del § 240 StGB. Este artículo y la aplicación del mismo por los Tribunales han sido objeto de reclamaciones múltiples ante el BVerfG (Tribunal Constitucional de la R. F. A.), una de las cuales va a ser atendida por dicho Tribunal, esperándose la sentencia dentro de 1985. Según Calliess, esta sentencia influirá no sólo en el caso concreto, sino en todo el desarrollo del Derecho penal futuro, desde el ángulo de la delicada problemática del Derecho penal y el Estado de Derecho, decidiendo si se pronuncia claramente en favor de un Estado de Derecho que aboga por la libertad (en este sentido, liberal) o si en el futuro "han de cerrarse los libros en lo relativo a este capítulo". Para Calliess, el § 240 StGB, procedente de la época nacionalsocialista, es inconstitucional —contrario al mandato de concreción de los tipos del art. 103 II GG— y debe ser formulado de una manera nueva conforme a los principios del Estado de Derecho. Las reclamaciones ante el BVerfG se produjeron contra la condena recaída, con apoyo en el tipo de coacciones del § 240 StGB, por la utilización de violencia reprobable en manifestaciones pasivas (sentadas) ante un depósito especial de municiones, en que estaban estacionados misiles de corto alcance con cabezas nucleares. En tales manifestaciones se impedía mediante la sentada la entrada de vehículos por la puerta principal y no se atacó la integridad corporal de persona alguna ni se dañaron cosas. La manifestación quería simbolizar el rechazo ante la opinión pública de la puesta en peligro de la vida y la paz que supone el armamento nuclear.

Explica el autor el proceso de evolución legislativa del precepto, que, de ser impecable desde el punto de vista de los principios del Estado de

Derecho en su primitiva redacción de 1871, pasó a ser objetable por el empleo de cláusulas generales en 1943; esa formulación, con ligeros lavados de cara, permanece hasta hoy. Callies pone de manifiesto las razones y consecuencias de esa evolución legislativa, dedicando apartados después a la "determinación e indeterminación de la norma", la "extra-limitación de la competencia judicial", la "jurisprudencia sin criterios seguros", la "determinación de la norma y la estructura social", el "Derecho penal como última ratio de la política", para llegar a las conclusiones anteriormente señaladas.

WÜRTENBERGER, Thomas: "Soziale Lebensformen des Künstlers und die Entstehung des Kunstmärktes". (*Formas sociales de vida del artista y el nacimiento de la falsificación de obras de arte*), páginas 1586-1591.

Se trata de un estudio histórico del tema indicado por el título, desde la Baja Edad Media hasta el Renacimiento.

SEIFERT, Fedor: "Schöne Literatur und Feuerbach. Die Anfänge der Kriminalpsychologie". (*La literatura y Feuerbach. Los inicios de la psicología criminal*), págs. 1591-1595.

LOHSE, Volker: "'Türken ist der Zutritt verboten'. Volksverhetzung durch Zugangsverweigerung". ('Está prohibida la entrada a los turcos'- Incitación a ciertos tipos de discriminación a través de la denegación de entrada), págs. 1677-1681.

El artículo examina la protección de las minorías, especialmente los turcos, frente a las prohibiciones discriminatorias de entrada en bares y locales públicos, llegando a la conclusión de que el centro de protección está en el ámbito penal, concretamente en una interpretación amplia del § 130 StGB, que recoge figuras difíciles de encontrar en el Derecho español (alguna similitud hay en ciertos casos de sedición, además de la coincidencia parcial con algunas formas de provocación del art. 4,3 CP a la discriminación punible de los arts. 165 y 181 bis CP, así como con la provocación a algunas formas menos graves del genocidio del artículo 137 bis) CP). En concreto, establece: "Será castigado con pena de privación de libertad de tres meses hasta cinco años el que atacare la dignidad humana de otros, de alguna forma que sea adecuada para perturbar la paz pública, a través de algunos de los siguientes medios:

1. Instigando al odio contra partes de la población.
2. Exhortando a medidas arbitrarias o violentas contra ellas, o
3. Injuriándolas, desacreditándolas maliciosamente o calumniándolas".

BENDA, Ernst: "Humangenetik und Recht —eine Zwischenbilanz". (*Genética humana y Derecho —un equilibrio intermedio*), págs. 1730-1734.

Uno de los grupos de trabajo de la 12.^a Conferencia internacional del "World Peace Through Law Center" (Centro para la Paz Mundial a través del Derecho) quiere dedicarse al conjunto de temas que llama "Bio-Technology" (Biotecnología). El autor del artículo pretende contribuir con el mismo a la discusión planteada en ese ámbito y a la búsqueda de soluciones en la R. F. A. Muchos de los problemas planteados guardan contacto estrecho con el Derecho penal.

REBMANN, Kurt: "Probleme und Möglichkeiten der Bekämpfung des internationalen Terrorismus" (*Problemas y posibilidades de la lucha contra el terrorismo internacional*), págs. 1735-1738.

Rebmann, partiendo del fenómeno del terrorismo internacional (el de izquierdas fundamentalmente para él), pasa revista a los medios existentes hoy día para la lucha conjunta de varios países contra ese fenómeno, concluyendo la insuficiencia de esos medios para terminar con el mismo.

MAGIERA, Sigfried: "Das internationale Recht in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts". (*El Derecho internacional en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional Federal*), páginas 1739-1747.

Algunos puntos tratados en este artículo son de interés para el Derecho penal material y, sobre todo, para el proceso penal.

BARTSCH, Hans Jürgen: "Die Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes 1983/1984. (*El desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos en 1983/1984*), págs. 1751-1761.

Expone Bartsch el desarrollo de esa protección a través de algunas Organizaciones internacionales (Naciones Unidas, Organización de Estados Americanos y Consejo de Europa) y los órganos de las mismas en ese período.

BÖHM, Alexander: "Zur Sozialtherapie". (*Acerca de la terapia social*), págs. 1813-1816.

El autor del artículo analiza la Ley de 20 de diciembre de 1984 modificadora de la Ley penitenciaria o de ejecución de penas y medidas privativas de libertad ("Strafvollzugsgesetz"). Con la nueva Ley se elimina el internamiento en un establecimiento de terapia social como medida correccional, de mejora ("Massregel der Besserung"), aunque no como especial forma de ejecución de la pena. Lo cierto es que tal medida, prevista en el StGB, no se llevaba a cabo por falta de medios financieros, pero a Böhm no le parece correcta la regulación de la nueva Ley. Resume este autor que la tarea del legislador era esbozar y estructurar una forma

especial de ejecución de la pena de privación de libertad, sin impedir con preceptos rígidos futuros desarrollos posibles. Y poco se ha esbozado y estructurado y demasiado se ha precetuado.

Fracasada esta instancia, queda esperar sólo que los Estados federa-
dos ("Bundesländer"), entre cuyas competencias está la de conducir la ejecución, sigan desarrollando, fomentando y ampliando las instalaciones de terapia social creadas en los últimos quince años. La regulación legal —afortunadamente, según el autor— no supone demasiado obstáculo para ello.

NEUMANN, Erhard: "Zur Bindungswirkung einer Sperrfrist". (Acerca de la fuerza vinculante de un plazo de espera), pág. 1889.

El Tribunal que deniega la suspensión del resto de pena puede ade-
más establecer un plazo de espera, antes de cuyo transcurso el conde-
nado no puede volver a solicitar la suspensión de la pena (§§ 57 V, 57 a
IV StGB). El plazo varía según la duración de la pena de que se trate y
su imposición presupone que no se espera una prognosis de cambio favo-
rable en el autor antes de cumplirse ese plazo. El problema que se plantea
en el artículo es si ese plazo fijado tiene fuerza absolutamente vinculante
o puede ser posteriormente acortado o levantado por el Tribunal, llegando
el autor a la conclusión de la imposibilidad de dicho acortamiento o le-
vantamiento.

HASSEMER, Winfried: "Vorverurteilung durch die Medien?". "Conde-
na previa por los medios de comunicación social?"), págs. 1921-1929.

Se ha discutido en la R. F. A., durante el famoso asunto de los donati-
vos a los partidos políticos, si algunos sujetos no habrían sido pre-
viamente condenados por los medios de comunicación y cómo debería
reaccionar el ordenamiento jurídico frente a ello. El catedrático de Frank-
furt estudia y precisa conceptualmente el fenómeno de "la condena pú-
blica previa" y los posibles medios —penales, constitucionales, procesa-
les— de defensa contra ella, con la conclusión fundamental de que no
son aconsejables, en cualquier caso, cambios legislativos.

ULSENHEIMER, Klaus: "Das Madaus-Urteil des AG Köln - Leitpfad
oder Irrweg im Dickicht der Parteispendedenaffäre?". (El juicio Madaus
del AG de Colonia - ¿Senda a seguir o camino equivocado en la ma-
leza del asunto de los donativos a los partidos?), págs. 1929-1935.

El autor critica diversos aspectos de ese juicio condenatorio de uno
de los empresarios (Madaus) implicado en el asunto de los donativos a
los partidos políticos en la R. F. A.

HUBER, Bertold: "Die Entwicklung des Ausländer- und Arbeitserlaubnisrechts im Jahre 1984". (El desarrollo del Derecho de extranjeros y permisos de trabajo en el año 1984), págs. 2061-2071.

Este repaso de la jurisprudencia y doctrina publicada hasta mayo de 1985 en la R. F. A. tiene especialmente interés para el Derecho penal en el apartado dedicado al derecho de asilo.

SCHMIEDER, Hans-Heinrich: "Musikkultur, Medientechnik und Urheberrecht". (Cultura musical, técnica de medios de comunicación y derecho de autor), págs. 2106-2112.

Aunque el presente artículo no está enfocado desde una perspectiva de Derecho penal, sino de Derecho privado, considero que puede tener interés para quienes se preocupen por la protección —también penal— de los derechos de autor. Schmieder revisa cómo se han protegido los derechos del autor de piezas musicales, según se han ido innovando sus medios de impresión y difusión.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev: "Internationales Musikdiebstahl und deutsches Strafanwendungsrecht". (Hurto internacional de música y Derecho alemán de aplicación de la pena), págs. 2121-2126.

Cada día se copia ilegalmente un mayor número de discos y cassettes musicales para su posterior venta, incluso fuera de las fronteras del país donde surten sus efectos los derechos de autor de las obras ilegalmente copiadas. Precisamente la restricción al ámbito nacional de los derechos de autor dificulta la persecución penal de este nuevo tipo creciente de criminalidad económica internacional. El autor del artículo pone de relieve este problema, señalando los preceptos penales que protegen los derechos de autor y repasando las normas alemanas relativas a la aplicación de la ley penal en el espacio.

COESTER-WALTJEN, Dagmar: "Der Schwangerschaftsbbruch und die Rolle des künftigen Vaters". (La interrupción del embarazo y el papel del futuro padre), págs. 2175-2177.

El autor de esta colaboración califica de sorprendente la resolución del AG de Colonia con la que se concede al futuro padre la decisión de solicitar contra su esposa un auto provisional para la no realización de la interrupción del embarazo. Tal resolución (publicada en NJW 1985, pág. 2201) hace surgir la cuestión de si una interrupción del embarazo no punible puede ser prohibida juridicocivilmente. Por otro lado, se plantea la cuestión de si y en qué marco el padre potencial puede discutir la presencia de una indicación y procurar que no tenga lugar una interrupción ilegal— del embarazo. Coester-Waltjen intenta dar respuesta a estas cuestiones.

ROTH, Gerald: "Ablösung der Perpetuierungstheorie zur Hehlerei für bestimmte Fallgruppen?". (*¿Abandono de la teoría de la perpetuación en la receptación para determinados grupos de casos?*), págs. 2242-2244.

Roth toma postura crítica frente a la propuesta realizada por Knauth en su artículo de la NJW 1984, págs. 2666-2669, de cuya existencia ya dimos noticia (ADPCP 1985, pág. 651).

FROWEIN, Jochen Abr.: "Die Versammlungsfreiheit vor dem Bundesverfassungsgericht". (*La libertad de reunión ante el Tribunal Constitucional Federal*), págs. 2376-2378.

Aunque el tema se aborda desde una perspectiva jurídico-constitucional, el artículo puede interesar a quien estudie el tema del llamado en Alemania Derecho penal de las manifestaciones ("Demonstrationsstrafrecht").

KÜHL, Kristian: "Demonstrationsfreiheit und Demonstrationsstrafrecht". (*Libertad de manifestación y Derecho penal de las manifestaciones*), págs. 2379-2384.

Los cambios en el Derecho relativo a las manifestaciones se han hecho notar en las reformas del StGB y de la Ley de reunión ("Versammlungsgesetz") por Ley de 18 de julio de 1985. Estas reformas restringen más que hasta el presente la libertad de manifestación garantizada por el artículo 8 de la Ley Fundamental (GG, Constitución de la R. F. A.). La sentencia del BVerfG en el asunto Brokdorf (recogida en NJW 1985, págs. 2395-2402) ha puesto de relieve la especial importancia de esa libertad de manifestación. El análisis de la nueva legislación a la luz de la última jurisprudencia del BVerfG hace surgir objeciones a aquella legislación, pero, en opinión del autor de este artículo, no se puede afirmar la inconstitucionalidad de la nueva regulación por chocar con el artículo 8 GG, si bien reconoce queda abierta una serie de cuestiones, cuya respuesta afectará a la decisión definitiva sobre la constitucionalidad de los nuevos preceptos.

OTT, Sieghart: "Rechtsprobleme bei der Auflösung einer Versammlung in Form eines Sitzstreiks". (*Problemas jurídicos en caso de disolución de una reunión en forma de sentada*), págs. 2384-2386.

Dado lo contradictorio (al menos en parte) de la jurisprudencia relativa a sentadas y formas similares de bloqueo de calles, frecuentes en los últimos tiempos en la R. F. A., el autor del artículo intenta demostrar la relevancia de los preceptos y principios básicos del Derecho relativo a reuniones y de otros de Derecho administrativo para solucionar el problema de la punibilidad de la participación en manifestaciones de la ciudadanía indole.

VOGELGESANG, Klaus: "Die Neuregelung zur sog. 'Auschwitzlüge'- Beitrag zum Bewältigung der Vergangenheit oder 'widerliche Aufrechnung'?", (La nueva regulación de la llamada 'mentira de Auschwitz'- ¿Contribución a la superación del pasado o 'ajuste de cuentas repugnante'?), págs. 2386-2389.

Vogelgesang cree que, pese a lo que puede tener en puntos concretos de criticable la regulación realizada por la 21.^a Ley de Modificación del Derecho penal ("Strafrechtsänderungsgesetz"), aprobada el 25 de abril de 1985, ésta pone punto final y da una solución globalmente aceptable a la discutida cuestión de cómo debía proceder el Estado contra los autores de esa llamada "mentira de Auschwitz" (la negación absurda y falsificadora de la realidad histórica de la existencia de delitos nacionalsocialistas contra los judíos o la declaración de la inocuidad de los mismos).

KÖHLER, Michael: "Zur Frage der Strafbarkeit des Leugnens von Völkermordtaten". (Acerca de la cuestión de la punibilidad de la negación de hechos constitutivos de genocidio), págs. 2389-2391.

Lo que da pie inmediatamente según el autor al planteamiento de la cuestión (punibilidad de la negación de hechos constitutivos de genocidio realizados por los nacionalsocialistas) ha sido ya resuelto por la 21.^a Ley de Modificación del Derecho penal ("Strafrechtsänderungsgesetz"), de la que también se ocupaba el artículo anteriormente recensionado. Pero queda según Köhler el problema básico de la tendencia a la incriminación de la actitud interna ("Gesinnungssinkriminierung"), contra la cual se debe tomar posición por encima del problema concreto que da pie a la cuestión.

SCHROEDER, Friedrich-Christian: "Widerstand gegen Willensmittler als Nötigung?". (¿Resistencia contra el transmisor de la voluntad como coacciones?), págs. 2392-2393.

En esta colaboración, el profesor de Ratisbona examina el caso de los bloqueos de calles, dentro del contexto de otros artículos de este fascículo de la NJW (artículos de Frowein, Kühl y Ott ya reseñados). La posición de Schroeder es crítica frente a sentencias del BGH (en especial BGH 23, 46 ss. = NJW 1969, pág. 1770) que aprecian coacciones en la interrupción o bloqueo del paso a vehículos de l'Ayuntamiento, militares, etc., por haber violencia contra el conductor. Aparte de lo discutible de la ampliación del término violencia a estos casos (en lo que el autor no entra), Schroeder demuestra que, por norma general y salvo excepciones en que el conductor haga suya la voluntad de su mandante, no debe apreciarse la misma (el conductor es un transmisor de la voluntad de su superior). Distingue estos casos de los modernos bloqueos masivos de calles en que también se ven afectados participantes autónomos (no empleados o mandatarios de otros) en el tráfico rodado.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev: "Strafbarkeit der Arztes bei Verstoss gegen ein Patienten-Testament". (Punibilidad del médico en caso de no respetar la voluntad del paciente), págs. 2734-2739.

Los progresos en medicina han llevado en algunos casos a la situación de que el paciente teme más que a la muerte al proceso mortal artificialmente prolongado. La doctrina dominante opina que no existe posibilidad alguna de impedir de forma vinculante, mediante una prohibición escrita de tratamiento, las medidas médicas. Para Sternberg-Lieben los argumentos que apoyan esta afirmación no son convincentes. En su opinión, hay que defender un derecho de veto del paciente penalmente reforzado (§ 223 StGB, uno de los tipos de lesiones de este Código), para garantizar su autodeterminación en esta zona límite (autodeterminación exigida por la propia Constitución, que coloca en la cima de valores la dignidad humana, de la que se deriva ese derecho de autodeterminación).

ROTH-STIELOW, Klaus: "Nochmals: Der Schwangerschaftsabbruch und die Rolle des künftigen Vaters". (De nuevo: La interrupción del embarazo y el papel del futuro padre), págs. 2746-2747.

En esta breve colaboración, Roth-Stielow toma postura crítica frente a las afirmaciones del ya comentado artículo de Coester-Waltjen (NJW 1985, págs. 2175-2177, recensionado más arriba).

SCHATZSCHNEIDER, Wolfgang: "Rechtsordnung und Prostitution". (Ordenamiento jurídico y prostitución), págs. 2793-2797.

El autor del artículo critica el hecho de que, desde el ordenamiento jurídico y con reiterada expresión en la jurisprudencia, se trate a la prostituta como a alguien que está en el último rincón de la legalidad. Según el autor, esto se produce a pesar de la liberalización y desincriminación ("Entkriminalisierung") llevada a cabo en el Derecho penal sexual. Estaríamos todavía muy lejos de lo que Kühne exigió: "la prostitución como profesión civil", es decir, como ocupación jurídicamente reconocida.

STRENG, Franz: "Zur rechtlichen Zusammenhang zwischen überhöhter Geschwindigkeit und Verkehrsunfall". (Acerca del contexto jurídico entre velocidad excesiva y accidente de tráfico), págs. 2809-2811.

Se trata de un comentario a una sentencia del BGH de 6 de noviembre de 1984 (publicada en NJW 1985, pág. 1350), en la que el BGH exige para la prueba de la relación causal en los delitos imprudentes, en contra de la teoría de la equivalencia aceptada para los dolosos, una producción del resultado que pueda ser reconducida precisamente a la contrariedad a la norma de cuidado de la acción. La doctrina (en mi opinión con toda la razón) trata este problema no en el ámbito de la causalidad, sino en el normativo de la imputación objetiva, sea en el contexto de la infracción del deber o en el del fin de protección de la norma.

SLAPNICAR, Klaus: "Teilnahme des Inhabers eines ausländischen Führerscheines am Straßenverkehr nach Entzug der deutschen Fahrerlaubnis?". (*Participación en el tráfico rodado del titular de un carnet de conducir extranjero, tras la retirada del permiso de conducir alemán?*), páginas 2861-2869.

Entre otras cosas, el autor del artículo trata de las consecuencias juridicopenales de tal participación, así como, en general, del que participa en el tráfico rodado alemán sin estar autorizado para ello.

WERLE, Gerhard: "Der strafrechtliche Schutz des Mietbesitzes an Wohnungen". (*La protección juridicenal de la posesión de pisos a título de alquiler*), págs. 2913-2921.

La resolución del contrato de arrendamiento de un piso por parte del arrendador, simulando los requisitos reales que exigen las causas de resolución, en especial la de necesidad propia, tiene importancia en la praxis juridicocivil. Desde la perspectiva juridicenal, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia sostiene que al arrendador se le puede castigar por estafa. El autor de este artículo revisa esta posición y, analizando los requisitos de la estafa, llega a la conclusión de que, desde un punto de vista de dogmática penal, no se puede admitir sin más y de un modo global para todos los casos la tesis de la punibilidad por estafa. Por tanto, si bien la posesión en alquiler en estos casos es ampliamente protegida por el Derecho penal, no lo es sin embargo sin excepciones. En concreto, deberá probarse y fundamentarse cuidadosamente en cada caso la existencia de un daño patrimonial, daño que no siempre se produce. Para comprobar la existencia de ese daño, propone Werle parámetros de valoración del derecho de posesión del arrendatario (valor de mercado del piso, interés del arrendatario en su piso), examinándose después si la cuantía obtenida mediante tales parámetros se ve compensada con el cese de la obligación de pago de la renta pactada para el arrendatario. Sólo si no se produce tal compensación (lo que puede ocurrir con mucha frecuencia), podrá hablarse de daño patrimonial para el inquilino.

KIRCHHOF, Paul: "Der bestandskräftige Steuerbescheid im Steuerverfahren und im Steuerstrafverfahren". (*La liquidación tributaria firme en el proceso fiscal y en el proceso penal fiscal*), págs. 2977-2985.

Aunque el enfoque del artículo está claramente dirigido al Derecho procesal, no faltan reflexiones sobre aspectos del Derecho penal fiscal que justifican su reseña en estas páginas.

VOGEL, Horst: "Wertungsdivergenzen zwischen Steuerrecht, Zivilrecht und Strafrecht". (*Divergencias de valoración entre el Derecho tributario, el Derecho civil y el Derecho penal*), págs. 2986-2991.

De la mano del asunto de los donativos a los partidos políticos en la R. F. A., explica Vogel esas divergencias que, en la comparación entre

Derecho penal y Derecho tributario, se manifiestan, por ejemplo, en las exigencias del principio de culpabilidad y del "nullum crimen" en Derecho penal, mucho más estrictas que en Derecho tributario, donde la responsabilidad objetiva y la interpretación extensiva tienen mayor cabida.

BILSDORFER, Peter: "Die Entwicklung des Steuerstraf- und Ordnungswidrigkeitenrechts". (El desarrollo del Derecho penal fiscal y de contravenciones), págs. 2997-3001.

Bilsdorfer examina la jurisprudencia de los años 1982 a 1984 referida a Derecho penal fiscal y Derecho de contravenciones, dado el interés surgido en la opinión pública alemana por estas cuestiones a raíz del asunto de los donativos a los partidos políticos.

MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA
Encargado de Curso de Derecho penal
Universidad de León

**ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE
STRAFRECHTSWISSENSCHAFT**

Tomo 96, 1984, Fascículo 3

ROXIN, Claus: "Zur Problematik des Schuldstrafrechts". (Acerca de la problemática del Derecho penal de culpabilidad).

1. Con su habitual estilo, clarísimo y profundo a la vez, Claus Roxin nos ofrece en esta ocasión un amplio resumen de su concepción de la pena y de la culpabilidad; aprovechando una ligera discusión doctrinal con el penalista portugués Figueiredo Dias, Roxin recopila aquí sus opiniones anteriormente expuestas en otros trabajos (1); el interés de la contribución que hoy es objeto de recensión reside más que en decir cosas nuevas, en globalizar y recapitular cuestiones parciales estudiadas con más profundidad en otros lugares. A continuación se ofrece un resumen de este artículo.

2. Roxin parte de que el principio de culpabilidad ha posibilitado los avances decisivos en la dogmática y en la política criminal de los últimos doscientos años; estos avances consisten en la impunidad de los

(1) La mayor parte de sus artículos sobre la culpabilidad y sobre la pena están traducidos al castellano: *Política criminal y sistema del Derecho penal*, 1972, tr. e introducción de MUÑOZ CONDE; los dos primeros artículos de *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976, tr. y notas de LUZÓN PEÑA, hacen referencia especialmente a la concepción roxiniana de la pena; fundamental para la noción de culpabilidad en Roxin son sus trabajos recogidos en su obra *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, 1981, tr., introducción y notas de MUÑOZ CONDE.

niños, de los jóvenes incapaces de comprensión y de los enfermos mentales o afectados por otras enfermedades psíquicas; también deben su reconocimiento a un Derecho penal de culpabilidad la exclusión de la responsabilidad por el resultado o del "versari in re illicita", la exigencia —como mínimo— de imprudencia respecto al resultado más grave en los delitos cualificados por el resultado y la exclusión de la responsabilidad penal en el error invencible de prohibición. Incluso el reciente reconocimiento del Tribunal Constitucional Federal alemán de que en los casos de reclusión perpetua la pena debe rebajarse —contra el propio tenor literal del StGB— si la culpabilidad del autor no está proporcionada a dicha sanción, obedece a la idea de culpabilidad.

Sin embargo, Roxin no acepta el concepto tradicional de culpabilidad: según éste, un sujeto es culpable porque, a pesar de haberse podido decidir por una conducta conforme a Derecho, no obstante actuó antijurídicamente. Para él hay dos motivos muy claros de rechazo; en primer lugar, y al margen del problema del libre albedrío, empíricamente es imposible demostrar que el sujeto pudo actuar en concreto de otra manera: ningún especialista en psicología o psiquiatría está en condiciones de constatar retroactivamente tal capacidad individual; y en segundo lugar, la configuración del Estado basada en la soberanía popular impide entender la pena como una compensación de la culpabilidad, como una mera imposición de un mal para saldar otro mal, pues los ciudadanos delegan su poder no para compensar males sino para vivir en paz y tranquilidad; según esto, la tarea del Estado no es la de retribuir culpabilidades, sino la de prevenir delitos; en este marco jurídico-político no es aceptable una teoría absoluta de la pena, habiéndose de optar por una teoría relativa de la pena.

Ahora bien, un Derecho penal puramente preventivo tampoco le satisface a Roxin. Y ello es debido a que el principio de la prevención es incapaz de limitar el "ius puniendi" estatal; la prevención busca la eficacia social de las amenazas penales y, por tanto, no está en condiciones de ofrecer garantías al destinatario de la pena; conforme a esto, un Derecho penal que sustituyera la culpabilidad por la prevención supondría un retroceso histórico, en cuanto que, dada la eficacia social que persigue esta última, podría castigar el caso fortuito, declarar irrelevante el error o crear delitos de peligro abstracto sin referencia a la culpabilidad. Frente a los intentos de los partidarios de la prevención por salvaguardar estas conquistas —la limitación del "ius puniendi", la prohibición del "versari", la relevancia del error, etc.—, Roxin cree que no han alcanzado su objetivo. Así, Ellscheid y Hassemer proponen sustituir la culpabilidad por el principio de proporcionalidad para que la pena resulte limitada; pero Roxin objeta que, desde un punto de vista preventivo, el criterio de referencia de la proporcionalidad sólo puede ser el interés público en la lucha contra la criminalidad, de manera que una pena sólo sería desproporcionada si no resultara exigida por los fines preventivos; pero entonces, según Roxin, no se limita la amenaza penal: tal límite sólo lo puede ofrecer algo que garantice el interés individual de libertad, es decir, la culpabilidad. En opinión de Gimbernat, otro partida-

rio de la prevención, la pena sólo puede producir efectos frente al delincuente y frente a la sociedad cuando es razonable, por lo que una pena excesivamente elevada, el castigo del "versari" o del error invencible de prohibición no pueden ser aceptados, dado el nivel cultural actual, ni por la sociedad ni por el autor del hecho y, en consecuencia, no serían remedios eficaces para un Derecho penal preventivo; contra esta opinión Roxin dice dos cosas: una, que sabemos aún muy poco del efecto empírico de la pena como para extraer de él consecuencias científicas, y otra, que "si sólo los resultados a los que conduce el principio de culpabilidad son capaces de motivar al autor y a la población a una conducta fiel al Derecho, no se abandona la idea de culpabilidad, sino que se presupone y se provee de una legitimación preventiva adicional". Un último parecer, el de Muñoz Conde, entiende que a través del dualismo sancionador que opera con penas y medidas, se produce una burla del principio de culpabilidad, en cuanto que las medidas no requieren culpabilidad y en cuanto que las mismas suponen importantísimas restricciones de derechos; Roxin se defiende de esta objeción alegando que un panorama en el que se prodigan medidas consistentes en privación de libertad no tiene lugar en Alemania y que, de todas maneras, tal panorama debe ser completamente excepcional en un Estado de Derecho y justificarse únicamente como una situación de necesidad.

Tras exponer y criticar la concepción de Figueiredo Dias en torno a la culpabilidad, Roxin pretende superar las dificultades teóricas de la idea de culpabilidad entendida en sentido tradicional y las dificultades prácticas que conlleva la prevención. En primer lugar, estima que la aceptación de la culpabilidad no presupone afirmar la libertad humana como un dato realmente existente; el Derecho penal no requiere la constatación fáctica de la libertad, sino que se contenta con una postura normativa: hay que tratar al ciudadano como un ser libre y responsable. Esto se fundamenta en el reconocimiento constitucional de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad, principios que no suponen una toma de postura sobre el determinismo o el indeterminismo, sino un mandato dirigido a los tres poderes del Estado en el sentido de que deben tratar al ciudadano como libre. No se trata, pues, de una declaración ontológica sino de un principio jurídico regulativo. La aceptación de la libertad de decisión humana no es en opinión de Roxin una "ficción necesaria para el Estado" —como dijo en una ocasión Kohlrausch—, sino por el contrario, un principio jurídico para garantizar la libertad y para mantener el poder estatal dentro de unos límites. Ahora bien, una vez aceptado que el hombre es normativamente libre, Roxin se plantea la necesidad de establecer un criterio de distinción entre los que tienen libertad de decisión y los que no la tienen, es decir, los incapaces de culpabilidad. Para ello parte de que el Derecho penal se basa en el reconocimiento de que los hombres se pueden determinar en sus conductas mediante normas y valores, sobre todo cuando estas normas y valores se imponen a través de la coacción; cuando esto ocurre, la sociedad consigue la paz y seguridad jurídicas. El que infringe las normas penales genera una perturbación de la conciencia jurídica (y en consecuencia, descontento

to e inseguridad), que desaparece al reafirmar las normas su validez mediante el castigo del delincuente. Pero si el hombre no es susceptible de motivación por las normas (por enfermedad mental, v. gr.), nadie espera de él que las cumpla; por consiguiente, en caso de que las infrinja, ni se frustra una expectativa social ni resulta conmocionada la conciencia jurídica general. Luego son incapaces de culpabilidad los que carecen de capacidad de respuesta ("Ansprechbarkeit") frente a las normas; sólo el que comete un injusto teniendo una capacidad de respuesta normativa —lo que se deberá probar empíricamente con los medios de que disponen la psiquiatría y la psicología— es culpable.

En cuanto a la segunda crítica dirigida contra la culpabilidad —que conlleva a la pena retributiva y tal pena es incompatible con un Estado democrático de Derecho—, Roxin piensa que su superación depende del paso de una concepción bilateral a una concepción unilateral de la culpabilidad; la primera es defendida por los partidarios de las teorías absolutas y supone que no sólo la pena tiene que corresponder a la culpabilidad, sino también que la culpabilidad requiere necesariamente y en todo caso de pena; sin embargo, la concepción unilateral, preconizada por Roxin, entiende que la pena exige culpabilidad, pero que no por existir culpabilidad tiene que imponerse necesariamente una pena: ésta entrará en juego únicamente cuando las necesidades preventivas, tanto generales como especiales, así lo exijan. La culpabilidad entendida unilateralmente manifiesta sus efectos en la teoría jurídica del delito así como en la medición de la sanción penal. Por lo que respecta a la teoría jurídica del delito, la unilateralidad mencionada implica una nueva interpretación de las llamadas "causas de exclusión de la culpabilidad" como el estado de necesidad exculpante del § 35 StGB o el exceso en legítima defensa del § 33 StGB: el que actúa bajo su amparo, según Roxin, no carece de capacidad de respuesta —es por tanto culpable—, sino que no hay razones preventivo-especiales o preventivo-generales para imponerle una pena. De ahí que este autor añada al injusto la categoría de la "responsabilidad", que se compone de la culpabilidad por un lado y de las necesidades preventivas por otro. Para ser responsable no basta con ser culpable; es preciso que para la sociedad y para el propio autor sea necesaria la pena. Por lo que respecta a la determinación de la sanción punitiva, también la concepción unilateral muestra ahí sus efectos: la culpabilidad limita el tope máximo de la pena, pero no el tope mínimo; éste puede ser rebajado si la prevención lo hace aconsejable.

Roxin termina su artículo aludiendo a un par de cuestiones, en las que, a pesar del diferente punto de partida, llega a las mismas conclusiones que Figueiredo Dias. Particularmente importante es el tema sobre el error consistente en el desconocimiento de prohibiciones de leyes penales especiales, cuya antijuridicidad material no es fácilmente constatable valiéndose sólo de las convicciones sociales; Figueiredo y el artículo 16 del Código penal portugués de 1988 —precepto que está inspirado en la concepción de este autor— tratan dicho error como un error de tipo y, por lo tanto, con el efecto de excluir el dolo. Por su parte Roxin coincide con esta solución: para él, en estos casos de error no se

requiere, desde una perspectiva preventiva, de una pena por delito doloso, pues ni el autor necesita resocialización ni la conciencia jurídica general se siente alterada. Para hacer compatible esta solución con el StGB alemán (en cuyo § 17 no se prevé la exclusión del dolo sino la de la culpabilidad, en caso de ser invencible el error), Roxin propone que en estos casos el error se considere siempre invencible para alcanzar así la impunidad.

3. A continuación me propongo, más que efectuar una crítica completa a las opiniones de Roxin desarrolladas en este artículo (2), hacer unas concretas objeciones a algunos puntos muy concretos y extenderme algo más en las llamadas "garantías derivadas del principio de culpabilidad".

3.1. En primer lugar, no me parece correcto, metodológicamente hablando, situar la propia posición respecto a la teoría de la pena en una perspectiva distinta de las posiciones que se rebaten. Roxin desarrolla su opinión a partir de una concepción muy concreta, mientras que las críticas que dirige a otras teorías las efectúa en un plano abstracto, en un plano de puros principios; así, cuando estima que la culpabilidad —entendida en el sentido de la teoría retributiva— limita el *ius puniendo* pero las teorías preventivas —en cuanto persiguen la eficacia social— son incapaces de poner cortapisas al poder estatal sancionador. Al expresar esta opinión Roxin está situando la culpabilidad en una perspectiva concreta y dentro de unos marcos legales ya determinados, en tanto que la prevención está siendo abordada en abstracto; ante esta comparación de términos heterogéneos parece que tiene razón: la culpabilidad limita, la prevención no. Pero si por un momento planteamos la discusión en un mismo nivel, las cosas resultan de manera distinta: abstractamente la prevención no limita, tiende al terror estatal, pero lo mismo ocurre con la retribución, que idealmente debe entenderse en el sentido de la ley del talión, es decir, de compensar un mal, imponiendo el mismo mal a su autor (3). Pues es indudable que un Estado sancionador que mata al homicida, que desposee al ladrón, que corta el brazo al que ha provocado una amputación, conduce al terror absoluto y tiene que contar con unos costes sociales francamente insopportables: duplicar el número de muertos, desposeídos o lesionados. Y si en vez de analizar retribución y prevención en un nivel abstracto, nos dedicamos ahora a estudiarlas desde el punto de vista del Derecho positivo, la pena retributiva resulta limitada por el principio constitucional que prohíbe las sanciones inhumanas o degradantes, en tanto que la pena preventiva encuentra su tope en la garantía penal derivada del principio de legalidad, que exige unas sanciones concretas y determinadas en su contenido y en su extensión; se

(2) A la teoría de la "responsabilidad" de Roxin, elaborada en obras anteriores de este autor, he planteado ya algunos otros reparos en CUERDA RIEZU, *La colisión de deberes en Derecho penal*, 1984, pp. 207 ss.

(3) BACIGALUPO, "Significación y perspectivas de la oposición 'Derecho penal-Política criminal'", *Revue International de Droit Pénal*, 1978, núm. 1, p. 20, ha dicho con toda razón: "La teoría de la retribución sólo podría ser consecuente si se aplicara al autor el *mismo* mal que éste produjo a la víctima" (la cursiva en el original).

observa, pues, que la fijación de la frontera de cada concepción penal es extrínseca a ella misma y reside en otros criterios. En definitiva, considero un tanto cómoda la postura de Roxin de criticar a los demás un problema que en realidad también se encuentra en su propia concepción y que elude absolutamente.

En segundo lugar, encuentro muy débil el fundamento constitucional de la culpabilidad en el modo de pensar de Roxin. Según él, el criterio jurídico regulativo de que hay que tratar al hombre como un ser libre y responsable tiene su base en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad. Pero si estos principios son considerados como derechos fundamentales —como establece la Ley Fundamental alemana en sus artículos 1.1 y 2.1— o como base del orden político y de la paz social —según impone el artículo 10.1 de la Constitución Española—, parece que están dirigidos más a ofrecer unas garantías individuales o por lo menos a indicar a la actividad estatal una pauta de respeto a los ciudadanos, que a servir de base para una de las premisas —la culpabilidad, en opinión de Roxin— del delito y, por lo tanto, del ejercicio del “ius puniendo”. No creo que estos principios, creadores de un margen de libertad personal inatacable por los poderes públicos, puedan utilizarse para explicar por qué el Estado, mediante el Derecho penal, interviene de forma tan radical en los derechos individuales. Recordemos además que para Roxin los culpables, los que han decidido libremente, son los que tienen capacidad de respuesta frente a las normas, mientras que los inculpables son los que carecen de esta capacidad de respuesta; así es incapaz de respuesta e inculpable el que está afectado por graves anomalías psíquicas, el niño y algunos jóvenes. Ahora bien, en estricta lógica esto presupone que estos individuos no pueden ser tratados en absoluto por los poderes públicos como seres libres ni pueden disfrutar de dignidad humana ni siquiera aspirar a la más mínima autodeterminación personal: si los culpables son libres porque tienen derecho a la dignidad y a la autodeterminación, los inculpables no son libres porque no tienen tales derechos. Evidentemente en esto último no está de acuerdo Roxin, pues en otro lugar (pág. 648) de este mismo artículo objeto de recensión reconoce que “es completamente correcto que también se tiene que reconocer en toda su extensión personalidad y dignidad humana a los incapaces de culpabilidad”; pero no obstante la deducción lógica anterior —la de que los inculpables no gozan de dignidad humana ni autodeterminación personal— sigue en pie en cuanto se adopte el fundamento constitucional de la culpabilidad ofrecido por Roxin. A mi juicio los principios reconocidos en el artículo 10.1 de la Constitución Española tienen tan poca concreción, que no son adecuados para ser traídos a colación en Derecho penal nada menos que para fundamentar la categoría de la culpabilidad.

3.2. Pero lo que más me interesa destacar del pensamiento roxiniano son las “garantías derivadas del principio de culpabilidad”, denominadas de esta forma porque para este autor —como para otros muchos— constituyen victorias del Derecho penal moderno que no permiten ya ningún retroceso. Según esto, la proporcionalidad entre delito y pena, la exclu-

sión del *versari* o la diferenciación entre dolo e imprudencia, etc., son logros derivados de un Derecho penal de culpabilidad. En ocasiones, incluso, estas llamadas garantías son la razón, expresada abiertamente o encubierta, de que algunos penalistas continúan aceptando el principio de culpabilidad, a pesar de las serias dudas que manifiestan en la aceptación del libre albedrío o del reproche que implica la culpabilidad. En mi opinión, sin embargo, tales logros no se derivan en su totalidad del concepto tradicional de culpabilidad —se reprocha al autor el haberse decidido por el injusto, a pesar de que podía elegir lo conforme a Derecho— bien porque éste no los garantiza completamente, bien porque sólo son compatibles con un esquema causalista de la culpabilidad, pero no con otros sistemas de la teoría del delito. Paso, pues, a razonar esta opinión.

3.2.1. Tanto Roxin como los partidarios de la culpabilidad aducen en favor de ella que garantiza la proporcionalidad entre delito y pena, limitando así el *ius puniendi* del Estado; conforme a esta opinión, a mayor culpabilidad, mayor pena y a menor culpabilidad, menor pena, de manera que en cualquier caso debe existir una adecuada correlación entre culpabilidad y sanción. Veamos a continuación si ese concepto tradicional de culpabilidad es capaz de cumplir la finalidad de establecer un baremo objetivo y material con el que sea posible graduar la gravedad de la pena. Imaginemos que un sujeto A comete un asesinato y que un sujeto B realiza un hurto; imaginemos también que tanto A como B podían haberse decidido libremente por no matar ni sustraer lo ajeno; ninguno de ellos tiene reducida la imputabilidad ni actúa bajo causa alguna de exculpación (4). Con ello queda fundamentado el reproche de culpabilidad: a ambos les era exigible otra conducta. Una vez sentado esto, analicemos si es posible determinar la pena conforme a su culpabilidad. ¿Es A más culpable que B y por lo tanto le corresponde más pena al primero que al segundo? De ninguna manera: la culpabilidad no puede ser más alta en un caso que en otro, puesto que esta categorización entendida en sentido tradicional sólo nos dice que el autor se decidió por el injusto aunque le era exigible acatar el Derecho sin que hubiera ningún obstáculo para ello; no se puede decir que a A le es más reprochable que a B optar por una conducta no delictiva; no es cierto que A —el asesino— podía evitar el injusto más que B —el ladrón—, puesto que una vez aceptado que ambos “podían” sin ningún tipo de dificultades, no hay manera de establecer graduaciones. En estos casos de plena culpabilidad los conceptos de libertad y poder no son susceptibles de baremo cuando son afirmados positivamente: en una decisión no hay más libertad que en otra ni en una situación existe más capacidad de poder que en la otra. En consecuencia, tanto el asesino como el ladrón han manifestado la misma culpabilidad y coherentemente con esto, a ambos se les debería imponer la misma pena. De lo que se deduce que la culpabilidad entendida en sentido tradicional no ofrece un criterio para imponer penas proporcionales

(4) Para Roxin estas últimas causas no tienen repercusión en la culpabilidad sino en la categoría de la responsabilidad por él creada.

al delito en los casos en que se formula un completo reproche. El propio Roxin reconoce que es muy difícil, pero no imposible, determinar el grado exacto de culpabilidad que corresponde en un caso concreto (5); yo estimo por el contrario que con una concepción tradicional de la culpabilidad, es imposible graduarla positivamente (6).

De esta manera llegamos a una primera conclusión: los partidarios de la culpabilidad como reproche por haberse decidido libremente a realizar un hecho antijurídico no están en condiciones de explicar por qué los delitos se castigan con diferente penalidad en los casos en que la culpabilidad no está reducida. Su concepto de (plena) culpabilidad ni limita en estos casos el *ius puniendi* ni sirve para determinar la gravedad de la pena. Tales objetivos sólo se alcanzan en un estrecho margen: en el de los semiculpables, es decir, el ámbito de aquellos sujetos a los que se puede formular un menor reproche porque intervinieron determinadas circunstancias que hicieron disminuir su libertad de decisión. Pues aquí sí se podrían establecer mediciones y graduaciones si se lograra determinar en qué medida esas circunstancias rebajan la plena culpabilidad.

Lo mismo ocurre si se utiliza el concepto de "capacidad de respuesta" que propone Roxin: si esa capacidad no está en absoluto alterada, no es posible determinar una pena proporcionada respecto a ella; tanta capacidad tiene en nuestro ejemplo el asesino como el ladrón. Tampoco varían las cosas si se opta por la nueva concepción "general" o "social-comparativa" de la culpabilidad: según esta reformulación, el "poder actuar de otro modo" no se debe constatar respecto al hombre cuya responsabilidad penal está en juego sino respecto al hombre medio; de manera que la pregunta no es si el autor del hecho pudo actuar de otro modo, sino si el hombre medio se hubiera podido comportar de forma distinta (7).

(5) Cfr. ROXIN, "La culpabilidad como criterio limitativo de la pena", *Revista de Ciencias Penales* (Chile), 3.^a época, t. 32, núm. 1, enero-abril 1973, p. 23; el mismo: "Reflexiones político-criminales sobre el principio de culpabilidad" en su libro *Culpabilidad y prevención*, como en nota 1, p. 50.

(6) Fundamental en este sentido GIMBERNAT ORDEIG, *Prólogo* a la 1.^a ed. del Código penal de la Edit. Tecnos, 1983, p. XVII. Ya anteriormente SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, París, 1898, p. 141 (citado por GARCÍA ARÁN, *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, 1982, p. 78, nota 47) negó que la libertad individual fuera susceptible de medición. En sentido similar al expuesto por mí, ETCHEBERRY, "La culpabilidad como fundamento y medida de la pena", *Revista de Ciencias Penales* (Chile), 3.^a época, t. 32, núm. 1, enero-abril 1973, pp. 9 ss., quien no obstante admite la culpabilidad como fundamento de la pena. BACIGALUPO, como en nota 3, pp. 19-20, duda de la posibilidad de determinar la justa retribución.

(7) En este sentido: en Alemania JESCHECK, *Tratado de Derecho penal* PG, t. 1, 1981, p. 565, tr. y adiciones de Derecho español de MIR PUIG y MUÑOZ CONDE; BOCKELMANN, *Strafrecht AT*, 3.^a ed., 1979, pp. 112-113; y en España BAJO FERNÁNDEZ, "Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma", en *Estudios Penales I*, 1977, pp. 42-43. Cfr. críticamente sobre esta concepción "social-comparativa" o "general" SCHEFFLER, *Kriminologische Kritik des Schuldstrafrechts*, 1985, pp. 49 ss.; TORÍO LÓPEZ, "El concepto individual de culpabilidad", *ADPCP*, t. 38 (fasc. 2), 1985, pp. 285 ss.

Desde esta perspectiva sólo cambia el objeto de referencia de la medición, pero se siguen planteando los mismos problemas a la hora de graduar positivamente la culpabilidad; da igual que el baremo sea el sujeto en cuestión o el criterio institucionalizado del hombre medio: respecto de ninguno de ellos se va a poder cuantificar su libertad o su poder individual o general.

Esta crítica —que la libertad no es medible positivamente, sino en todo caso negativamente— sólo se podría rebatir de la siguiente manera: alegando que la culpabilidad también está en función de la gravedad del injusto material del hecho, con lo que a mayor injusto, mayor culpabilidad y a menor injusto, menor culpabilidad; el reproche sería menor si se usa la libertad para robar que si se usa para matar. Pero frente a esta explicación de la culpabilidad que pretende vincular la proporcionalidad a lo injusto de un hecho, surgen inevitablemente dos grupos de preguntas. En primer lugar: ¿qué tipo de vinculación lógica hay entre injusto y culpabilidad que permita una correlación entre ambas?, ¿en qué se basa tal equivalencia cuantitativa de los dos conceptos? Y en segundo lugar: ¿no carece ya de sentido hablar de culpabilidad como requisito fundamental del delito si depende del contenido de injusto?, ¿no resulta redundante admitir la culpabilidad cuando el injusto ya contiene los datos fundamentales para graduar la pena? Intentaré ahora responder a estas cuestiones desde la interpretación tradicional. Respecto al primer grupo de preguntas no creo que se pueda explicar razonablemente que el reproche es mayor cuando la cuantía de lo injusto es más alta: tanto el asesino como el ladrón fueron libres al optar por la comisión de un hecho antijurídico, luego entonces el reproche debe ser el mismo. Da la impresión de que cuando los partidarios de un concepto tradicional de culpabilidad definen esta categoría, se olvidan de la necesidad de crear un concepto graduable, pero a la hora de servirse de él en la medición de la pena, recuerdan entonces la necesidad de disponer de un criterio culpabilístico proporcional y no ven otra salida que recurrir al injusto. En cualquier caso, desde esta perspectiva nunca se ha explicado convincentemente por qué el reproche depende esencialmente de lo injusto. Pero aunque se respondiera a este interrogante, aún quedaría por resolver la segunda cuestión relativa a la conveniencia sistemática de mantener una categoría delictiva cuya graduación coincide esencialmente con la de otra. Si la pena debe ser proporcional a la culpabilidad, pero esta última se corresponde al contenido de injusto del hecho, entonces podemos ciertamente ahorrarnos un eslabón de esta cadena y exigir directamente que la pena tenga una adecuada correspondencia al grado de antijuridicidad material del hecho; si un elemento del delito no cumple una función autónoma, simplemente nos podemos deshacer de él.

Por todo lo anterior se hace preciso buscar otra fundamentación al principio de proporcionalidad, que es básico en Derecho penal. La correlación entre delito y pena viene impuesta constitucionalmente por el principio de igualdad, pues es preciso tratar igual lo igual y de forma

desigual lo desigual (8). Político-criminalmente la proporcionalidad viene exigida por la necesidad de que el Derecho penal no sea criminógeno, lo que ocurre cuando se castigan con la misma pena hechos de escasa gravedad y hechos de notoria gravedad (9). Pero también dogmáticamente se hace preciso una correlación delito/pena: ya que la sanción punitiva consiste en la lesión de bienes jurídicos (libertad, patrimonio, libertad de residencia, derecho al sufragio, derecho al trabajo, etc.), tal lesión debe justificarse mediante la debida proporción con la lesión del bien jurídico ocasionada por la infracción cometida (10). Pero —lo que es más importante— el principio de proporcionalidad aparece además recogido y exigido en el vigente Código penal: no sólo en el momento de la comisión típica, cuando se observan en los diversos preceptos la correlación entre delito y pena; no sólo en la determinación judicial de la sanción, como exigen las reglas 4.^a y 7.^a del artículo 61; sino además, incluso va más allá de la propia actividad jurisdiccional en cuanto que en virtud del párrafo segundo del artículo 2, los Tribunales deben (no se trata de una facultad) acudir al Gobierno en los casos en que la pena sea notablemente excesiva o el hecho no debiera estar castigado, proponiendo la commutación o la remisión total o parcial de la pena (11). De manera que el artículo 2 desborda (hacia abajo) la propia garantía penal derivada del principio de legalidad (12). Ahora bien, que la proporciona-

(8) En este sentido ROXIN, "La culpabilidad como criterio...", como en nota 5, p. 21; HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, 1984, p. 279, tr. y notas de MUÑOZ CONDE y ARROYO ZAPATERO. Para BACIGALUPO, "¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?", *La Ley*, 1982, t. 2, p. 941, el principio de proporcionalidad se fundamenta implícitamente en la prohibición constitucional de las penas inhumanas o degradantes, en cuanto que sólo la pena proporcionada es humana y respetuosa de la dignidad de la persona.

(9) Así, sobre todo, BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (1764), capítulos XV, XVI y XXIII de la edición de TOMÁS Y VALIENTE, Aguilar, 1976 (pp. 111 ss., 114 ss. y 137 ss.). Sobre el principio de proporcionalidad en la época de la Ilustración cfr. GALLEGÓ DÍAZ, *El sistema español de determinación legal de la pena. Estudio de las reglas de aplicación de penas del Código penal*, 1985, pp. 45 ss. En la actualidad fundamentan también la proporcionalidad de la misma manera, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?", en su libro *Estudios de Derecho penal*, 2.^a ed., 1981, pp. 118-119; LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, 1979, pp. 24 s.; GARCÍA ARÁN, como en nota 6, pp. 110-111. Expone amplias reservas OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, 1984, pp. 142 ss. y p. 277, nota 778.

(10) En este sentido NOWAKOWSKI, "Freiheit, Schuld und Vergeltung", en su libro *Perspektiven zur Strafrechtsdogmatik*, 1981, pp. 60-61, quien llega a decir expresamente: "La pena es un caso de aplicación de la 'justificación según el principio del valor preponderante'" (p. 61).

(11) Sobre la exigencia de proporcionalidad derivada del pfo. 2 del art. 2, cfr. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 1976, p. 92; GARCÍA ARÁN, como en nota 6, pp. 13-14; OCTAVIO DE TOLEDO, como en nota 9, pp. 286-287.

(12) De forma similar el art. 11 de la Ley Provisional de 18-6-1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, requiere que se presenten, entre otras, razones de "equidad" para la concesión del indulto total.

lidad venga exigida por razones constitucionales, político-criminales, dogmáticas y de Derecho positivo, no significa necesariamente que este principio se haya realizado con plena efectividad. Es notoria y conocida la obsesión histórica del legislador español por la llamada "dosimetría aritmética", por calcular hasta el mínimo detalle todas las circunstancias que inciden en la gravedad de la sanción penal (13). Y, no obstante, no han faltado voces que proclamaran (antes de la Reforma de 1983) que algunas de las penas del Código eran crueles y desproporcionadas (14). Esta aparente contradicción se explica porque la manía de una aritmética penal expresa una desconfianza, cuyo origen se encuentra en la época de la Ilustración, hacia el poder judicial, por lo que se limitaba el arbitrio de jueces y Tribunales en la determinación de la pena. Pero eso no se opone a que algunas sanciones no guardaran ninguna correlación con el hecho delictivo; esto obedece a que la proporcionalidad como tal es una fórmula vacía que requiere de un contenido valorativo, y ese sistema de valores puede ser injusto o quedar desfasado, como ocurrió en el caso de los delitos patrimoniales; lo importante entonces es modificar el sistema valorativo subyacente a la proporcionalidad. Por otro lado, la fundamentación que he indicado del principio de proporcionalidad puede coexistir con una desproporción sociológica en la aplicación de las penas, como ha constatado Baratta (15): a pesar de que las normas son las mismas, la amenaza penal se dirige y aplica con más intensidad a las clases sociales inferiores que a las clases dominantes.

Sin embargo, que la realidad sea así no implica que deba seguir siendo así. Con esta finalidad se hace preciso hallar un criterio de valoración que permita llenar el principio de proporcionalidad. Como la culpabilidad no cumple este cometido en la mayoría de los casos, según se ha visto, pienso que es el injusto el que debe servir de base para la determinación de la pena proporcional, ya que, éste sí, tiene un contenido material que es graduable en todos los casos (16). La mejor prueba de

(13) Cfr., por ej., GALLEGÓ DÍAZ, como en nota 9, pp. 229 ss. Respecto al CP vigente antes de la Reforma de 1983 cfr. GARCÍA ARÁN, como en nota 6, p. 209.

(14) Cfr., por ej., QUINTERO OLIVARES, "El problema de la determinación de la pena y los presupuestos político-criminales de la reforma del Código penal", *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1978, núm. 1, p. 271.

(15) Vid. BARATTA, "Criminología crítica y política penal alternativa", *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1978, núm. 1, p. 46.

(16) En este sentido GIMBERNAT ORDEIG, como en nota 9, p. 118: "Un Derecho penal no basado sobre el libre albedrío determina la gravedad de las penas del mismo modo que lo determinan, en lo fundamental, todas las leyes penales actualmente vigentes en el mundo, a saber: en primer lugar sobre la base del bien jurídico protegido"; de este mismo autor cfr. ya antes *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, 1966, p. 165; MUÑOZ CONDE, "Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform", en *Strafrecht und Strafrechtsreform*, ed. por MADLENER/PAPENFUS/SCHÖNE, 1974, pp. 323 s.; MIR PUIG, como en nota 11, pp. 158 ss.; LUZÓN PEÑA, como en nota 9, pp. 37-38, nota 84; BAURMANN, "Schuldlose Dogmatik?", en *Seminar: Abweichendes Verhalten IV. Kriminalpolitik und Strafrecht*, ed. por LÜDERSSEN/SACK, 1980, pp. 217-223; GARCÍA ARÁN,

que la culpabilidad no sirve para fijar el alcance de la pena es que el sistema retributivo por excelencia —la ley del talión: ojo por ojo, diente por diente— utiliza únicamente el desvalor del resultado, lo que pertenece al injusto según la opinión mayoritaria, para determinar la sanción.

3.2.2. Una segunda garantía que según Roxin emana de la culpabilidad es la exclusión de la responsabilidad objetiva. Desde una perspectiva estrictamente causalista de la teoría del delito es cierto que sólo existen dos formas de culpabilidad, la dolosa y la imprudente, y que no cabe por tanto sanción penal por la responsabilidad objetiva, esto es, que no hay culpabilidad en la mera causación de un resultado lesivo para un bien jurídico que no ha sido querida ni era previsible en absoluto. Conforme a la estructura causalista, la exclusión de la responsabilidad objetiva tiene pues lugar en el marco de la culpabilidad: puesto que no existe una "forma objetiva" de culpabilidad —sino sólo la forma dolosa y la forma imprudente— una garantía derivada de la exigencia de culpabilidad es la imposibilidad de fundamentar la responsabilidad penal en la mera causación de resultados lesivos derivada del azar.

Sin embargo, para el finalismo la explicación es distinta; el dolo y la imprudencia ya no son formas de culpabilidad, sino que dan lugar a diferentes tipos de injusto, quedando ya excluida la responsabilidad objetiva en el marco de la antijuridicidad. Dado que los tipos sólo pueden ser dolosos o imprudentes, no es posible exigir responsabilidad penal a quien de forma puramente fortuita causa un resultado lesivo: no hay determinación final de cursos causales en los accidentes plenamente imprevisibles. En consecuencia, resulta incompatible mantener que el principio de culpabilidad garantiza la exclusión de la responsabilidad objetiva y adoptar simultáneamente la estructura finalista del delito; una cosa es que la culpabilidad subsista con el finalismo y otra muy distinta es que de ella quepa deducir la exclusión de la responsabilidad objetiva, puesto que su contenido no coincide con el que tiene en la concepción causalista del delito. De ahí que varios autores españoles que admiten el postulado finalista de que hay que distinguir entre tipos de injusto dolosos y tipos de injusto imprudentes, insistan en diferenciar culpabilidad por un lado y exclusión de la responsabilidad objetiva por otro (17),

como en nota 6, pp. 169, 214 y 221; OCTAVIO DE TOLEDO, como en nota 9, pp. 287 y 367; MIR PUIG, *Derecho penal PG*, 2.^a ed., 1985, pp. 83-84; QUERALT, "De algunas bases del Derecho penal español", *ADPCP*, t. 38 (fasc. 2), 1985, pp. 321-322.

(17) En este sentido GIMBERNAT ORDEIG, "La culpabilidad como criterio regulador de la pena", *Revista de Ciencias Penales* (Chile), 3.^a época, t. 32, núm. 1, enero-abril 1973, pp. 31-32: "... el caso fortuito no afecta a la culpabilidad sino a la antijuridicidad: como el legislador lo único que puede motivar son conductas *correctas*, ahí está el límite de lo que razonablemente puede prohibir: si el sujeto se comporta cuidadosamente (lo único que está en su mano hacer) y, no obstante, lesionara fortuitamente un bien jurídico (lo que cae ya fuera de su control), ello no puede constituir una conducta prohibida; pues lo que el Derecho quería —y podía— producir se ha producido; que se actuase diligentemente al ejecutar la acción" (la cursiva en el original); el mismo, como en nota 9, pp. 108-109, nota 12; MUÑOZ CONDE, como en nota 16, p. 819: "la inadmi-

o bien en configurar el caso fortuito —que excluye la responsabilidad penal por falta de dolo o imprudencia— como una causa de justificación o como una causa de atipicidad (18). Para evitar equívocos, creo acertada la propuesta de Luzón Peña (19) de denominar “principio de responsabilidad subjetiva” a la necesidad de que la pena presuponga dolo o imprudencia y, en definitiva, de que sea eliminada la responsabilidad objetiva.

De acuerdo a lo anteriormente expuesto, podría dirigirse a Roxin la crítica de que se está contradiciendo al aceptar el esquema finalista y al deducir de la culpabilidad la supresión de la responsabilidad por el resultado y del *versari*. Pero Roxin podría responder tranquilamente a esta objeción diciendo que le es irrelevante en cuanto que mantiene la doble posición del dolo (20): puesto que el dolo forma parte no sólo del tipo de injusto sino también de la culpabilidad, no resulta nada descabellado —diría Roxin— seguir aceptando que la culpabilidad constituye una garantía indeclinable para proscribir la imposición de penas por la causación fortuita de resultados lesivos. Pero frente a esta hipotética réplica cabe alegar que tal garantía culpabilista resulta superflua, pues si el injusto entendido finalmente ya impide que sean típicas las causaciones de resultados no dirigidas finalmente, no se ve la necesidad de que sea preciso volver a alcanzar este objetivo en el campo de la culpabilidad. La culpabilidad sería entonces nuevamente innecesaria a los efectos de garantizar la exclusión de la responsabilidad objetiva.

sibilidad de la responsabilidad por el resultado que se suele ver como una consecuencia del principio de culpabilidad, resulta por tanto de la propia función del tipo” y p. 324; el mismo: *El desistimiento voluntario de consumar el delito*, 1972, p. 58; MIR PUIG, como en nota 11, pp. 153 ss.; CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, 1977, p. 22 (sin rechazar no obstante el concepto tradicional de culpabilidad); LUZÓN PEÑA, como en nota 9, p. 44, nota 93; MUÑOZ CONDE, *Adiciones al Tratado de Derecho penal* de JESCHECK, t. 1, 1981, p. 36; ZUGALDIA ESPINAR, “Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad”, en *Estudios penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, 1982, p. 560; QUINTERO OLIVARES/MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, 1983, pp. 27 s.; OCTAVIO DE TOLEDO, como en nota 9, pp. 119 y 364; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal PG*, 1984, p. 445, nota *; MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 1984, p. 78.

(18) Como causa de justificación lo califica LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 1978, pp. 122 y 251. BUSTOS, *Manual de Derecho penal PG*, 1984, p. 222, entiende que es una causa de atipicidad. Por su parte, MIR PUIG, *Derecho penal...*, como en nota 16, pp. 443 ss. admite, según los supuestos, que hay casos de atipicidad y casos de justificación.

(19) LUZÓN PEÑA, como en nota 9, p. 44, nota 93. Desde una perspectiva causalista también distingue entre culpabilidad y responsabilidad subjetiva RODRÍGUEZ MOURULLO, “La nueva regulación del caso fortuito”, en *Comentarios a la legislación penal*, t. V, vol. 1º, 1985, pp. 92 ss.

(20) Cfr. ROXIN, *Política criminal...*, como en nota 1, pp. 80 s.; el mismo: *Problemas básicos...*, como en nota 1, pp. 119 s. y 143. Críticamente en España, GIMBERNAT ORDEIG, “El sistema del Derecho penal en la actualidad”, en su libro *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., 1981, pp. 147-148, nota 44; MUÑOZ CONDE, *Introducción a Política criminal y sistema de Derecho penal* de Roxin, 1972, p. 12; CEREZO MIR, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1981, pp. 35 y 200 ss.

3.2.3. Otra consecuencia que se suele derivar del principio de culpabilidad es la distinción entre dolo e imprudencia; para muchos autores la mayor gravedad del dolo en comparación a la imprudencia sólo es explicable a partir de una mayor culpabilidad en el hecho doloso que en el hecho imprudente. Ahora bien, si se entiende con el finalismo —como ya se ha visto— que no existe una culpabilidad dolosa y otra culpabilidad imprudente, sólo el injusto nos puede dar una razón suficiente de la mayor sanción del delito doloso frente al delito imprudente. Desde este punto de vista, esta diferente gravedad se justifica por la doctrina, de forma que creo convincente, acudiendo a diferentes explicaciones. Para unos el criterio de distinción es la dañosidad social (21) o la peligrosidad objetiva de la conducta (22): el hecho doloso aumenta el grado de peligro para el bien jurídico, dado que el autor pone los medios necesarios para alcanzar el fin de su acción, que es la lesión del bien jurídico; la actuación imprudente es, sin embargo, menos peligrosa para el bien jurídico, porque el autor no quiere menoscabarla, sino que únicamente se comporta de forma descuidada respecto a él. Para otros (23), y de forma similar al criterio anterior, la amenaza para la vigencia de la norma y del orden jurídico es superior en el injusto doloso que en el injusto imprudente, por lo que si el autor que actúa con dolo quiere volver a la comunidad jurídica, tiene que prometer en mayor medida que cambiará su actitud respecto a las normas; el autor imprudente, en cambio, sólo tiene que garantizar que en el futuro será más cuidadoso en su comportamiento (24). Otros penalistas recurren al grado de motivación que debe ejercer la norma para evitar las infracciones (25): la motivación, la llamada de atención al sujeto debe ser más intensa cuando se quieren prevenir delitos dolosos que cuando se quieren evitar delitos imprudentes; porque el homicida doloso, por ejemplo altera de forma radical la convivencia social, es preciso que la norma pretenda disuadirle de su intención de matar con mayor intensidad. Un último criterio que prescinde de la culpabilidad para explicar la mayor gravedad de lo intencional, acude a la perspectiva de la víctima (26); la agresión dolosa —sobre todo la efectuada violentamente y en presencia del sujeto pasivo— es mucho más vejatoria socialmente que el hecho imprudente, pues además del resultado dañino que el delito contiene, implica una deshonra ante la comunidad de mayor intensidad para la víctima.

Con esta relación no exhaustiva de posibilidades —que creo compatibles entre sí— de distinguir lo doloso de lo imprudente y de fundamen-

(21) Así BAURMANN, como en nota 16, pp. 223-224.

(22) En este sentido, MIR PUIG, como en nota 11, p. 58; el mismo: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.^a ed., 1982, p. 76.

(23) Cfr. en este sentido HASSEMER, "¿Alternativas al principio de culpabilidad?", CPC, núm. 18, 1982, p. 478, tr. de MUÑOZ CONDE.

(24) Cfr. además HASSEMER, como en nota 8, p. 278.

(25) En este sentido, GIMBERNAT ORDEIG, como en nota 9, p. 122 ss.; el mismo, como en nota 20, p. 152; MUÑOZ CONDE, *Adicciones...*, como en nota 16, p. 319; MIR PUIG, *Función de la pena...*, como en nota 22, p. 76 ss.

(26) Así HASSEMER, como en nota 23, pp. 477-478; el mismo, como en nota 8, p. 277.

tar su diversa gravedad, se pone de manifiesto que es factible prescindir de la culpabilidad en este punto y explicar las cosas mucho más plausiblemente que acudir a diferencias cuantitativas de mayor o menor culpabilidad. Pero esta solución fundamentada en el injusto resulta además obligada cuando se acepta el esquema finalista como ocurre con Roxin.

4. Sólo quiero subrayar por último que las denominadas garantías derivadas de un Derecho penal de culpabilidad o bien no quedan completamente aseguradas con un concepto tradicional de culpabilidad (caso del principio de proporcionalidad) o bien son incompatibles con un esquema finalista (caso de la exclusión de la responsabilidad objetiva y de la diferenciación entre dolo e imprudencia). Estas conquistas de la ciencia penal han adquirido ya carta de naturaleza por sí mismas; se puede suprimir el pretendido principio-madre de la culpabilidad sin que desaparezcan al mismo tiempo sus pretendidos principios-hijos. Si se aceptan estas conclusiones tal vez no existan tantos reparos para rechazar el concepto tradicional de culpabilidad.

HRUSCHKA, Joachim: "Ordentliche und ausserordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von *actio libera in se* und *actio libera in sua causa*". (Imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf. Acerca de la historia y significado de la diferencia entre *actio libera in se* y *actio libera in su causa*).

En todos los manuales y tratados de Derecho penal aparece la figura de la "actio libera in causa" a propósito de la embriaguez y de la imputabilidad, si bien, en ocasiones, también es tratada en el ámbito de la acción. En la obra del filósofo alemán Pufendorf se encuentra recogida esta expresión, pero analizándose su significado no aisladamente sino en un marco más complejo y más ambicioso. En el presente artículo Hruschka se propone desarrollar esta estructura no con el ánimo de desempolvar una antigua historia, sino con la intención de plantear a la ciencia penal de hoy un sistema de imputación fundamentado racionalmente; Pufendorf, en opinión de Hruschka, tiene todavía algo que decir al penalista de la actualidad si se quiere formular el Derecho penal sobre unas bases lógicas y racionales.

En la obra "Elementorum Jurisprudentiae Universalis libri duo" (1660) Pufendorf formula su primer axioma como sigue: "toda acción dirigible a una norma moral y cuya realización o no realización está en poder de un hombre puede ser imputada. Y a la inversa: lo que no estuvo en poder de alguien ni en sí mismo considerado ni en su causa, no puede ser imputado". Hruschka estima como equivalente la máxima de Martini ("De Legi Naturali Exercitationes sex", 1770) según la cual las "acciones que no son libres ni en sí mismas consideradas ni en su causa, no son susceptibles por eso mismo de imputación", lo que viene a ser el mismo axioma de Pufendorf pero expresado de manera negativa. A partir de ahí Hruschka distingue dos formas de imputación: imputación ordinaria e imputación extraordinaria. La primera se da cuando la persona de

que se trate se encuentra en situación, en el momento decisivo, de evitar la aparición del resultado o de realizar la acción en cuestión; imputación extraordinaria significa que la persona no se encuentra en situación, en el momento decisivo, de evitar la aparición del resultado o de llevar a cabo la acción, pero se le puede reprochar el encontrarse en tal situación de imposibilidad o incapacidad. Según Hruschka esta diferenciación se mantuvo a lo largo del tiempo hasta el siglo XIX, apareciendo por última vez en las obras de Frank y Kohlrausch, hacia los años treinta del presente siglo, olvidándose a partir de ahí lo que aquél denomina imputación ordinaria; hasta hoy ha llegado el concepto de "actio libera in sua causa", perdiéndose sin embargo la figura de la "actio libera in se".

Las dos formas de imputación pueden resultar más claras con la ayuda de un ejemplo que se puede deducir del comentario de Pufendorf a su axioma: si B golpea una ventana de cristal ajena sin estar obligado a ello, se le puede imputar ordinariamente la acción de daños. Pero si A golpea el codo de B con fuerza física insuperable contra la ventana, no se puede imputar ordinariamente a B la acción de daños; ahora bien, en este segundo caso subsiste la posibilidad de una imputación extraordinaria, lo que ocurrirá cuando se pueda hacer responsable a B de encontrarse bajo la coacción de A, es decir, cuando B se halla así "por desenfreno o por vana curiosidad", para decirlo con las propias palabras de Pufendorf.

Junto a estas formas de imputación Hruschka distingue dos niveles de imputación: la "imputatio facti" y la "imputatio iuris". Estos dos niveles no fueron tratados por Pufendorf sino por Daries años después ("Observationes Iuris Naturalis", 1754), pero en opinión del autor del artículo objeto de recensión son necesarios para hacer comprensible una teoría de la imputación. El primer nivel —la "imputatio facti"— se define por Daries como "acto mediante el cual la aparición o no aparición de un determinado acontecimiento se atribuye a la voluntad de una persona, o bien como acto por el que se declara a alguien como autor del hecho". Sin embargo, la "imputatio iuris" como segundo nivel consiste según Daries en un "acto por el que se determinan los méritos que corresponden al autor". Entre ambos niveles se encuentra la "applicatio legis ad factum", es decir, la aplicación de la ley al hecho. Hruschka interpreta el primer nivel como la simple atribución del hecho activo u omisivo a su autor; la subsunción del hecho en la ley supondría la constatación de la antijuridicidad del hecho; y por último, la imputación de segundo nivel consistiría en determinar si el hecho antijurídico puede o no ser imputado a la culpabilidad.

Hruschka está convencido de que estos conceptos deben ser recibidos por la ciencia penal actual y desarrollados más allá de lo efectuado por Pufendorf. El artículo objeto de recensión concluye con dos anexos en los que se expone la evolución posterior a Pufendorf de estos conceptos.

**BLOY, René: "Freiheitsberaubung ohne Verletzung fremder Autonomie?".
(¿Detención ilegal sin lesión de la autonomía ajena?).**

El artículo se plantea dos grupos de casos relacionados con el tipo de detención ilegal que plantean especiales problemas: el primero de ellos se da cuando se encierra a alguien que, no obstante, no tenía intención de marcharse del lugar de encierro; el segundo grupo de casos consiste en la reclusión de un sujeto dormido o inconsciente. La doctrina dominante alemana, tanto en la ciencia como en la jurisprudencia actual, llega a la conclusión de que a pesar de la falta de voluntad de marcharse por parte del encerrado hay detención ilegal, mientras que si el recluido no tiene la posibilidad de conformar su voluntad —lo que sería el caso del dormido y del inconsciente— no hay detención ilegal, puesto que falta una lesión de la libertad personal del afectado. Para analizar estos supuestos Bloy se sirve de argumentos históricos, sistemáticos y ante todo de una interpretación del bien jurídico protegido en el delito de detención ilegal como lesión de la autonomía ajena. Con la misma intención profundiza en el problema del consentimiento prestado por el sujeto pasivo mediante medios subrepticios. A la vista de todo ello, Bloy mantiene soluciones contrapuestas a las de la doctrina dominante: en el caso de que un privado de libertad carezca de intención de marcharse no puede apreciarse una lesión de la autonomía ajena, con lo que queda excluida la posibilidad de castigar por detención ilegal. Por el contrario, si una persona dormida o inconsciente es encerrada, la calificación no puede depender de la voluntad potencial de trasladarse a otro sitio —en cuyo caso, opina Bloy, estaríamos convirtiendo un delito de lesión com es la detención ilegal en un delito de peligro— sino de la voluntad hipotética de traslado, de forma que sólo en caso de atentar contra ella se daría un delito de detención ilegal.

BOTTKE, Wilfried: "Wahrheitspflicht des Verteidigers". (El deber de veracidad del abogado).

A la vista de la considerable bibliografía que ofrece Bottke, uno de los temas que más preocupan a la ciencia alemana del Derecho procesal penal es el de trazar límites al ejercicio de la abogacía; los procesalistas se preguntan hasta qué punto están permitidas o prohibidas a los defensores penales conductas tales como influir con mayor o menor intensidad en los testigos para que declaren a favor de su cliente; recomendar silencio a su mandante sobre cuestiones que puedan dificultar las investigaciones destinadas a descubrir la verdad de los hechos imputados; aconsejar que el acusado se retrakte de una declaración o simplemente que minta; solicitar la declaración de falsos testigos; preparar y colaborar en las declaraciones contrarias a la verdad de un testigo antes de la vista o durante ella; solicitar a los coinculpados que impidan el esclarecimiento de los hechos; efectuar valoraciones falsas sobre los medios de prueba; e incluso se cuestiona también si es admisible que el

abogado pida la libre absolución de su defendido, aun sabiendo positivamente que es culpable. En opinión de Bottke ni el Derecho procesal ni el Derecho penal de la República Federal de Alemania dan información sobre si estas actuaciones u otras similares deben ser consideradas como coacciones, cohechos, falsificación de documentos o inducciones a falsos testimonios, pero con argumentos basados en la limpieza que debe regir el proceso penal, sostiene con la doctrina dominante que es exigible un deber de veracidad al abogado. No obstante, Bottke aclara que deja para otro artículo las sanciones procesales o penales que deban aplicarse cuando el abogado infrinja su deber de fidelidad a la verdad.

ORTMANN, Rüdiger: "Resozialisierung durch Sozialtherapie. Zur Auswahl und Behandlung von Insassen sozialtherapeutischer Anstalten". (Resocialización mediante terapia social. Acerca de la elección y tratamiento de los recluidos en establecimientos de terapia social).

Se trata de un trabajo de investigación empírica sobre los efectos y posibilidades de la terapia social. El punto de partida teórico es uno intermedio entre los que consideran que la terapia social no funciona en absoluto (Martinson) y los que estiman de forma optimista que la resocialización puede llegar a disminuir la cuota de reincidencia hasta un treinta por ciento (Kaiser, Dünkel, Palmer). A Ortmann la resocialización le parece extremadamente difícil pero no imposible. La encuesta sobre la que se basa la presente investigación fue efectuada desde finales de 1978 hasta mediados de 1982; las muestras de población elegidas fueron de tres tipos: sujetos ya recluidos en el centro de terapia social de Berlín-Tegel; sujetos que solicitaron su admisión en el mencionado establecimiento, siéndoles denegada y permaneciendo por tanto en el sistema penitenciario ordinario; y por último, sujetos que ni siquiera solicitaron su admisión en el centro de Berlín-Tegel. Los diversos tests utilizados en la prueba se llenaron en diversas etapas, si bien todavía no hay datos sobre las cuotas de reincidencia ya que es preciso que transcurra un período de prueba de aproximadamente cinco años.

Más que relatar las consecuencias parciales de los diversos tests, puede resultar de interés hacer referencia a las consecuencias finales a las que Ortmann llega en el estadio actual de la investigación, que se encuentran sistematizadas en once tesis: 1.^a) el efecto actualmente constatable de las medidas socialterapéuticas es escaso; 2.^a) hay que incrementar las ayudas directas de terapia social: no basta con una hora semanal de psicoterapia, sino que sería necesaria una hora diaria; 3.^a) la subdivisión de los centros de terapia social en especialidades con diferentes objetivos y métodos de tratamiento requiere como presupuesto un mayor conocimiento criminológico que el actual sobre la eficacia de determinadas medidas de terapia social; 4.^a) hay que fundamentar teóricamente la especialidad denominada "Escuela", sobre todo se debería aclarar si la educación o incluso la formación profesional pueden disminuir las cuotas de reincidencia cuando no se varían simultáneamente las ac-

titudes y valoraciones de los reclusos; 5.^a) es preciso separar espacialmente los centros de terapia social y otros modelos experimentales de los establecimientos penitenciarios normales; 6.^a) deben hacerse más atractivas las medidas resocializadoras para los que se someten a ellas; 7.^a) las condiciones ambientales del sistema penitenciario ordinario tienen que ser configuradas de tal forma que se favorezca la resocialización: en particular debe crearse un mayor margen de libertad en general en la ejecución de penas privativas de libertad mediante un sensible relajamiento de las reglas, órdenes y controles; 8.^a) en la investigación alemana sobre el tratamiento se suele minusvalorar el significado de las diferencias entre los diversos grupos tal y como existen antes de la incorporación al tratamiento socialterapéutico; por ello sólo con la mayor precaución pueden apoyarse las decisiones politicocriminales en los datos empíricos de la presente investigación; 9.^a) se hace necesario facilitar las posibilidades de investigación del sistema penitenciario, sobre todo configurando el tratamiento parcial en la ejecución mediante departamentos-prototipo conforme a los principios de la ciencia penitenciaria para poder descubrir la eficacia de las medidas concretas y para poder determinar cuál es la mejor gradación y secuencia de las medidas; 10.^a) en la valoración de las posibilidades socialterapéuticas hay que considerar que los resultados e hipótesis que se presentan en este ámbito sólo representan una parte de los posibles criterios a utilizar; y 11.^a) hay que contemplar los resultados e hipótesis de este estudio con la reserva de que todavía no se ha efectuado una convalidación con la conducta legal de los encuestados tras la excarcelación. En resumidas cuentas las consideraciones de Ortmann apuntan hacia el objetivo de intentar igualar cada vez más las condiciones de vida de los centros penitenciarios con las existentes fuera de ellos.

El presente fascículo se completa con un artículo de Weigend sobre "Consideraciones victimológicas y politicocriminales acerca de la posición del sujeto pasivo en el proceso penal"; Nemec ofrece información sobre el coloquio celebrado el 25-2-1984 en el Instituto Max Planck de Freiburg i. Br. sobre "Resocialización mediante terapia social". La sección de información bibliográfica está dedicada al Derecho penitenciario, destacando las recensiones de Müller-Dietz dedicadas a las obras siguientes: Schwind/Böhm: *Strafvollzugsgesetz (StVollG)*: Grosskommentar, Berlin, 1983; Driebold: *Strafvollzug. Erfahrungen, Modelle, Alternativen*, Göttingen, 1983; Opp: *Strafvollzug und Resozialisierung. Theoretische Überlegungen, empirische Forschungsergebnisse und praktische Empfehlungen*, München, 1979; Dünkel: *Legalbewährung nach sozialtherapeutischer Behandlung. Eine empirische vergleichende Untersuchung anhand der Strafregerberauszüge von 1503 in den Jahren 1971-1974 entlassenen Strafgefangenen in Berlin-Tegel*, Berlin, 1980; Schmitt, G.: *Sozialtherapie — eine Gratwanderung im Strafvollzug. Konzepte, Alltag und Organisationsstruktur einer Sozialtherapeutischen Anstalt*, Frankfurt a. M., 1980; Dünkel/Rosner: *Die Entwicklung des Strafvollzugs in der Bundesrepublik Deutschland seit 1970 - Materialien und Analysen*, 2.^a ed., Freiburg

I. Br., 1982; Meier: *Die Entscheidung über Ausgang und Urlaub aus der Haft*, Freiburg i. Br., 1982. La sección dedicada a las contribuciones extranjeras cuenta con un artículo del profesor italiano Nuvolone dedicado a "El Derecho penal italiano sobre divisas bajo una perspectiva europea" y con recensiones de Friedrich-Christian Schroeder sobre obras de Derecho comparado.

ANTONIO CUERDA RIEZU

INDICE GENERAL DEL TOMO XXXIX

AÑO 1986

TOMO XXXIX FASCICULO I - ENERO-ABRIL

	Páginas
IN MEMORIAM: José Antonio Sáinz Cantero	5
SECCION DOCTRINAL	
<i>Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada</i> , por el Prof. Dr. h.c. mult. Hans Heinrich Jescheck	9
<i>Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva</i> , por Angel Torío López	33
<i>Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva</i> , por el Prof. Dr. Santiago Mir Puig	49
<i>Criminalidad económico-social: Una digresión sobre la tropología del discurso jurídico-penal</i> , por Roberto Bergalli	59
<i>La Institución del Juez de Vigilancia en el Derecho comparado: Sus relaciones con la Administración penitenciaria</i> , por Avelina Alonso de Escamilla	75
CRONICAS EXTRANJERAS	
<i>La Ley penitenciaria sueca de 1974</i> , por Carlos Mir Puig	89
SECCION LEGISLATIVA	
<i>Ley de Tribunales Tutelares de Menores (texto refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948) y Constitución</i> , por Rocío Cantero Bandrés	113
<i>Disposiciones</i> , por Francisco Javier Alvarez García	119
CIRCULARES Y CONSULTAS	
Libertad condicional: Cuestiones que suscita el requisito de que los beneficiarios hayan sido sentenciados a más de un año de privación de libertad	219
Actuación del Ministerio Fiscal en los procedimientos promovidos para obtener el derecho a justicia gratuita y en los procesos civiles que puedan subseguir	223
Presupuesto para la restitución al propietario de las cosas sustraídas y pignoradas en las Cajas de Ahorros y Montes de Piedad ...	230
De nuevo sobre el artículo 344 del Código Penal: Posibilidades de que los psicotrópicos se incluyan entre las sustancias que causan grave daño a la salud	239
La pena de privación del permiso de conducir en concurrencia con las de arresto mayor o multa directa: Su problemática de gradabilidad	246

Páginas

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución,</i> por Elena Farre Trepot	257
<i>Jurisprudencia Constitucional</i> , por Antonio González-Cuéllar García.	275
<i>Jurisprudencia Penal</i> , por Luis Felipe Ruiz Antón	313

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

Revista de libros	333
Revista de revistas	345

ÍNDICE

	<i>Páginas</i>
IN MEMORIAM: José Antonio Sáinz Cantero	5
SECCION DOCTRINAL	
<i>Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans Heinrich Jescheck</i>	9
<i>Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva, por Ángel Torio López</i>	33
<i>Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva, por el Prof. Dr. Santiago Mir Puig</i>	49
<i>Criminalidad económico-social: Una digresión sobre la tropología del discurso jurídico-penal, por Roberto Bergalli</i>	59
<i>La Institución del Juez de Vigilancia en el Derecho comparado: Sus relaciones con la Administración penitenciaria, por Avelina Alonso de Escamilla</i>	75
CRÓNICAS EXTRANJERAS	
<i>La Ley penitenciaria sueca de 1974, por Carlos Mir Puig</i>	89
SECCION LEGISLATIVA	
<i>Ley de Tribunales Tutelares de Menores (texto refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948) y Constitución, por Rocío Cantero Bandrés</i>	113
<i>Disposiciones, por Francisco Javier Álvarez García</i>	119
CIRCULARES Y CONSULTAS	
Libertad condicional: Cuestiones que suscita el requisito de que los beneficiarios hayan sido sentenciados a más de un año de privación de libertad	219
Actuación del Ministerio Fiscal en los procedimientos promovidos para obtener el derecho a justicia gratuita y en los procesos civiles que puedan subseguir	223
Presupuesto para la restitución al propietario de las cosas sustraídas y pignoradas en las Cajas de Ahorros y Montes de Piedad	230
De nuevo sobre el artículo 344 del Código Penal: Posibilidades de que los psicotrópicos se incluyan entre las sustancias que causan grave daño a la salud	239
La pena de privación del permiso de conducir en concurrencia con las de arresto mayor o multa directa: Su problemática degradabilidad	246
SECCION DE JURISPRUDENCIA	
<i>Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución, por Elena Farre Trepaut</i>	257
<i>Jurisprudencia Constitucional, por Antonio González-Cuéllar García</i>	275
<i>Jurisprudencia Penal, por Luis Felipe Ruiz Antón</i>	313
SECCION DE BIBLIOGRAFIA	
Revista de libros	333
Revista de revistas	345

**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.^a RODRÍGUEZ DEVESAS, *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, 4.300 pesetas

Extranjero, 4.900 pesetas

Número suelto: España, 1.700 pesetas

Extranjero, 2.200 pesetas