

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXXIX
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO
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.º

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

GERARDO LANDROVE DIAZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Murcia

ANTONIO BERISTAIN IPIÑA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad del País Vasco (San Sebastián)

DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de León

JAVIER BOIX REIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alicante

ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-LOPEZ

Ex-Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal
Supremo

JUAN BUSTOS RAMIREZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Barcelona

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ

Magistrado Jubilado de la Sala 2.ª del
Tribunal Supremo

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Sevilla

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Zaragoza

HORACIO OLIVA GARCIA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

MANUEL COBO DEL ROSAL

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

CANDIDO CONDE-PUMPIDO

FERREIRO

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

JOSE MARIA STAMPA BRAUN
Catedrático de Derecho penal de la Universi-
dad Nacional de Educación a Distancia

FERNANDO DIAZ PALOS

Ex-Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal
Supremo

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Oviedo

AGUSTIN FERNANDEZ ALBOR

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Santiago de Compostela

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valladolid

MANUEL GARCIA MIGUEL

Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal
Supremo

TOMAS SALVADOR VIVES ANTON

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valencia

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: Enero-Abril 1986.

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
FASCÍCULO II



MAYO-AGOSTO
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

El error en el delito de defraudación tributaria del artículo 349 del Código penal (*)

Por

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Catedrático de Derecho penal (Sevilla)

1. En el Derecho penal español apenas se ha planteado el tema a que aludimos en el título de la presente comunicación, quizá, y entre otras cosas, por la ausencia antes de la reforma de 1983 de un precepto legal que regulara la relevancia del error en sus diversas formas de manifestación (1). La doctrina, y a veces la jurisprudencia, bastante hicieron con plantear esta cuestión allí donde con más urgencia, cuantitativa y cualitativa, se presentaban problemas que había que solucionar, es decir, en el ámbito de eso que se ha dado en llamar «Derecho penal nuclear» y que, históricamente, se presenta como el

(*) Ponencia presentada en el Seminario hispano-alemán sobre «Delincuencia económica y derecho penal económico», celebrado en Ojen (Málaga) del 24 al 28 abril 1986.

(1) Véase, por ej., las escasas páginas dedicadas al tema por uno de los principales monografistas, MARTÍNEZ PÉREZ, *El delito fiscal*, 1983, p. 337. Sólo recientemente PÉREZ ROYO, Fernando, en monografía aún inédita que ha tenido la amabilidad de dejarme consultar, dedica varias páginas al tema, abordándolo desde el prisma de las modernas teorías del error (cfr. infra). De todos modos hay que tener en cuenta que, visto desde la teoría del dolo, que es la teoría de la que normalmente parten los autores que se han ocupado del tema en España, el problema del error viene ya prejuzgado y resuelto, por cuanto para esta teoría, como es sabido, tanto el error de tipo, como el de prohibición excluyen el dolo. Ello supone en el delito de defraudación tributaria la exención de responsabilidad penal en ambas clases de error, ya que, según la teoría dominante (cfr. infra), la comisión imprudente de este delito no es punible (cfr. LAMARCA PÉREZ, *Observaciones sobre los nuevos delitos contra la Hacienda Pública*, en «Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública», julio-agosto 1985). También POLAINO NAVARRETE, *El delito fiscal*, en «Estudios Penales y Criminológicos», IX, Santiago de Compostela, 1985, p. 181, trata conjuntamente ambos tipos de error, aunque se inclina por la punibilidad de la comisión imprudente. En todo caso, ambos autores parecen ignorar el art. 6 bis a), cuyo párrafo 3 («creencia errónea... de estar obrando lícitamente»), en caso de error vencible, remite al art. 66 (atenuación de la pena) y no a los preceptos que regulan en el Código penal la imprudencia (cfr. infra, nota 7). No plantea el problema del error, aunque sí expresamente el de la exigencia del dolo, CÓRDOBA RODA, *El nuevo delito fiscal*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1985, pp. 925 y ss. También la STS. 29 julio 1985 se pronuncia a favor de la impunidad de la comisión imprudente.

modelo de referencia, y el banco de prueba, de todas las teorías que luego han pasado a engrosar la Teoría General del Delito. Por eso, no es extraño que incluso antes de su regulación legal expresa, hubiera ya un cuerpo doctrinal y jurisprudencial en torno a la relevancia del error en aquellos delitos que tradicionalmente constituyen el núcleo del Derecho penal: homicidio, lesiones, delitos patrimoniales, delitos contra la libertad, etc. (2).

Sin embargo, los delitos económicos en general y los fiscales en particular no han servido ni de modelo escolar, ni de punto de referencia de las complicadas construcciones dogmáticas de la Teoría General del Delito. En el fondo había quizá la sospecha de que no eran auténtico Derecho penal y, por tanto, carecía de interés comprobar la validez de unas teorías pensadas para unos supuestos de hechos, relativamente constantes en el tiempo y en el espacio, que nada tenían que ver con la «artificialidad» de unos delitos cuyo coyunturalismo histórico era evidente. A ello contribuía, sin duda, también, aunque no es el caso de la regulación del fraude fiscal en nuestro Código penal, el que frecuentemente estos delitos aparecían regulados en Leyes especiales, «extramuros» del Código penal, prácticamente desconocidas, salvo por muy concretos especialistas en estas materias, a menudo cultivadores de otras ramas del Ordenamiento jurídico distintas y ajenas a los intereses específicos del Derecho penal.

Tal situación se ha modificado en los últimos años. Sin abandonar las preocupaciones por los tipos delictivos tradicionales, que han constituido y constituirán sin duda una parte importante del Derecho penal, la atención de los penalistas se dirige ahora también hacia esas otras partes del Derecho penal que están adquiriendo una importancia apenas vislumbrada hace un par de décadas, y que, además, están siendo objeto recientemente de complicadas regulaciones legales difícilmente reconducibles a los viejos moldes utilizados en la descripción de los tipos penales tradicionales. La reciente regulación de los «delitos contra la Hacienda Pública» es una buena prueba de ello.

Por otra parte, la regulación legal expresa del error en el artículo 6 bis a) del Código penal, introducido en la reforma de 1983 (3),

(2) Sobre la situación anterior a la reforma de 1983, cfr. CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, 1962; TORIO LÓPEZ, *El error iuris*, en III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, Santiago de Compostela, 1975; el mismo, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código penal*, en «La reforma penal y penitenciaria», Santiago de Compostela, 1980; HUERTA TOCILDO, *El error vencible de prohibición en el Proyecto de Código penal*, «Cuadernos de Política Criminal», 12, 1980; ROMEO CASABONA, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980*, en «Anuario de Derecho Penal», 1981; RODRÍGUEZ RAMOS, *Error sobre el tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código penal*, en «La Ley», 1980; ZUGALDIA ESPINAR, *El tratamiento jurídico-penal del error en el art. 20 del Proyecto de Código penal*, «Cuadernos de Política Criminal», 15, 1981.

(3) Sobre la nueva regulación, aparte de las referencias a la misma en las obras generales, véase BACIGALUPO, *El error sobre los elementos del tipo y el error sobre la antijuricidad o la prohibición*, en «La reforma del Código penal de 1983», tomo V, vol. 1, Madrid, 1985, pp. 53 ss.

supone una toma de posición respecto a una de las instituciones centrales de la Teoría General del Delito y con ello del Derecho penal en su conjunto, planteándose la necesidad de comprobar su viabilidad, no ya sólo en los delitos en los que desde hace mucho tiempo se venían produciendo decisiones al respecto, sino también en aquellos de nuevo cuño, en los que, por su falta de tradición, no se habían suscitado todavía estas cuestiones. Naturalmente, el punto de partida de esta indagación debe ser no sólo por razones científicas, sino de estricto respecto a la legalidad vigente, la vigencia del art. 6 bis a) del Código penal en todas las figuras del delito, se encuentren o no reguladas en el Código penal. Pero aún aduciendo este punto de partida, se hace preciso observar las peculiaridades y consecuencias a las que puede conducir la aplicación de este precepto a los nuevos «delitos contra la Hacienda Pública» y, concretamente, al tipo descrito en el artículo 349 que es al que expresamente nos vamos a referir aquí.

Otro necesario punto de partida es la imposibilidad o, mejor, la impunidad de la comisión imprudente de este tipo de delito. Esta fue la opinión dominante respecto a su predecesor, el artículo 319, en la regulación que le dio la reforma de 1977 (4). Y esta es también la opinión que debe prevalecer en la regulación actual (5). Naturalmente que el problema no se plantea en aquellos Ordenamientos en los que existe un sistema cerrado de tipificación de los delitos imprudentes (6). Pero sí en el nuestro, dada la peculiar forma de regular esta materia que tiene el Código penal (7). El tema tiene tanto más interés para el objeto de nuestra comunicación, cuanto de no admitirse la comisión imprudente, cualquier error sobre elementos configuradores del tipo penal determinará la impunidad y todo lo más la posibilidad de imponer una sanción administrativa cualquiera que sea la entidad del perjuicio material irrogado a la Hacienda Pública. Al dejar reducido

(4) Cfr.; por todos, MARTÍNEZ PÉREZ, *lug. cit.* (nota 1).

(5) Cfr. LAMARCA PÉREZ, *lug. cit.* (nota 1) y PÉREZ ROYO, *lug. cit.* (nota 1). De esta opinión se aparta, como ya se ha indicado, POLAINO NAVARRETE, *lug. cit.* (nota 1), quien considera posible la comisión culposa «en todos aquellos supuestos de error de tipo o de error de prohibición superable o vencible».

(6) Por ej., en el sistema alemán (respecto al delito de defraudación tributaria del § 370 AO, cfr. SAMSON, en FRANZEN/GAST/SAMSON, *Steuerstrafrecht*, 3.ª ed., 1985, p. 273) o en el sistema adoptado en el Proyecto de Código penal de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983 (en estos textos no se prevé la comisión imprudente de este delito).

(7) De todas formas, hay que advertir que la especial configuración del art. 565 (y de los arts. 586, 3 y 600 en el ámbito de las faltas contra las personas y contra el patrimonio) no obliga a admitir la posibilidad de la comisión imprudente de todo tipo delictivo doloso, ya que en muchos de ellos la exigencia de determinados elementos subjetivos específicos en el tipo es incompatible con dicha posibilidad. Este es, según creo, el caso del delito previsto en el art. 349, pues aunque se ha suprimido la referencia al «ánimo de defraudar» del anterior art. 319, la expresión «defraudar» implica un componente intencional claramente incompatible con la imprudencia (en este sentido, también, CÓRDOBA, *lug. cit.* [nota 1]; LAMARCA, *lug. cit.* [nota 1]; PÉREZ ROYO, *lug. cit.* [nota 1]).

el ámbito de la intervención penal a las defraudaciones dolosas, se está adoptando una importante decisión político-criminal, coherente con el principio de intervención mínima, pero también aceptando el riesgo de que las dificultades probatorias para demostrar el dolo en el proceso penal reduzcan considerablemente el número de condenas penales, debilitando en gran manera la eficacia preventiva de la nueva regulación.

Esta autolimitación legislativa, y los riesgos que implica, sólo tiene, sin embargo, importancia práctica en los casos de error encuadrable en el párrafo 2.º del artículo 6 bis a), es decir, en los casos de error vencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, pues sólo en estos casos se produce la conversión de la infracción en imprudente y, con ello, en este delito, en una simple infracción tributaria. No así, en cambio, en los casos de error encuadrable en el párrafo 3.º del mismo artículo, es decir, en los casos de creencia errónea vencible de estar obrando lícitamente, pues aquí sólo procede rebajar la pena asignada en el marco penal del tipo legal correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 66.

2. El problema se complica, sin embargo, si se tiene en cuenta la naturaleza de los elementos característicos de la defraudación tributaria tipificada en el nuevo artículo 349. En efecto, este precepto caracteriza su supuesto de hecho con una serie de *elementos normativos*, que precisamente reciben este carácter por su referencia al mundo del Derecho. Son, pues, conceptos jurídicos, salvo los que se refieren a la cuantía concreta que diferencia el delito de la simple contravención administrativa (cinco millones de pesetas); si se admite que sean una característica del tipo y no una simple condición objetiva de punibilidad (8). El resto de los elementos del artículo 349 tienen una evidente naturaleza normativa, empezando por el concepto mismo de «tributo» y de «beneficios fiscales» que sólo a través de la interpretación de las correspondientes normas del Derecho tributario pueden delimitarse. Ello convierte de hecho al artículo 349 en una *norma penal en blanco*, cuyo supuesto sólo puede conocerse por remisión a otras ramas del Ordenamiento jurídico distintas de la penal. Y todavía más se observa este carácter en el elemento «indebidamente» que sólo se menciona expresamente en relación con el «disfrute de beneficios fiscales», pero que, a mi juicio, es un elemento común, una abrazadera que sirve de base tanto a esta modalidad de defraudación tributaria como a la de la «elusión del pago de tributos», pues es evidente que sólo la elusión «indebida» puede ser objeto de sanción penal.

El elemento «indebidamente», es decir, contrario a deber, se convierte, pues, en elemento característico y definidor del delito configurado en el artículo 349 del Código penal. Sólo, pues, quien actúe indebidamente, es decir, contra su deber tributario, puede cometer el delito previsto en el artículo 349. La existencia de una deuda tribu-

(8) Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 6.ª ed., 1985, p. 738.

taria o de determinados deberes fiscales constituye, por tanto, el presupuesto básico y fundamental de este delito (9).

Pero ¿qué naturaleza jurídica y qué repercusión tiene en la estructura del delito este elemento tan fundamental? ¿Es un elemento del tipo o un elemento de la antijuricidad? ¿El error del sujeto sobre el mismo debe encuadrarse, en su caso, en el párrafo 2.º o en el párrafo 3.º del artículo 6 bis a)? La respuesta a estas cuestiones, por las razones ya apuntadas, es de gran importancia práctica y no es, por tanto, extraño que ya haya despertado tanto interés en la doctrina alemana (10).

El problema puede plantearse así: cuando un contribuyente, actuando con error vencible —bien porque desconoce una norma fiscal o porque la interpreta incorrectamente—, elude en todo o en parte el pago de un tributo o disfruta indebidamente de un beneficio fiscal, ¿cómo hay que calificar ese error?, ¿cómo un error de tipo excluyente del dolo y, por tanto, también de la tipicidad penal, o como un error de prohibición que, al ser vencible, sólo permite una atenuación de la pena del delito doloso cometido?

La doctrina y la jurisprudencia dominantes en Alemania consideran que el desconocimiento del deber tributario excluye el dolo del delito de defraudación tributaria previsto en el § 370 de la AO, admitiendo todo lo más en este caso una contravención administrativa (11). De esta opinión se aparta Maiwald, quien en reciente monografía considera que en éste caso hay que admitir el error de prohibición que no afecta en nada al dolo del tipo (12).

(9) A este respecto hay que tener en cuenta el art. 35 de la Ley General Tributaria: «La obligación principal de todo sujeto pasivo consiste en el pago de la deuda tributaria. Asimismo queda obligado a formular cuantas declaraciones y comunicaciones se exijan para cada tributo».

(10) La bibliografía alemana existente al respecto es impresionante. A la citada en la última edición del FRANZEN/GAST/SAMSON (1985): HARTUNG, *Schuldprobleme im Steuerstrafrecht*, Aktuelle Fragen; STIELER, *Rechtsirrtum im Steuerstrafrecht*, SJZ, 1950, 527; DÖLLINGER, *Das Unrechtsbewusstsein im Steuerstrafrecht*, BB, 1952, 801; GLÖGGLER, *Irrtumsfragen im Steuerstrafrecht*, NJW, 1953, 488; STIELER, *Der Bundesgerichtshof zur Frage des Rechtsirrtums im Steuerstrafrecht*, BB, 1953, 434; WELZEL, *Irrtumsfragen im Steuerstrafrecht*, NJW, 1953, 486; WARDA, *Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen*, 1955; WELZEL, *Der Verbotsirrtum im Nebenstrafrecht*, JZ, 1956, 238; NETZLER, *Der Verbotsirrtum im Steuerstrafrecht*, 1961; LOHMEYER, *Schuldprobleme im Steuerstrafrecht*, GA, 1966, 161; TIEDEMANN, *Zur legislatorischen Behandlung des Verbotsirrtums im Ordnungswidrigkeitens- und Steuerstrafrecht*, ZStW, 81 (1969), 869; LEISE, *Irrtumslehre und steuerliches Straf- und Bussgeldrecht*, DSrR, 1972, 556 LOHMEYER, *Die Schuld bzw. Vorwerfbarkeit bei Zuwiderhandlungen gegen Steuergesetze*, DSrZ, 1974, 426; PFAFF, *Irrtum im Steuerstraf- und Bussgeldrecht*, StBp, 1979, 256; BACKES, *Zur Problematik der Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum im Steuerstrafrecht*, Diss. Köln, 1981; el mismo, *Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum im Steuerstrafrecht*, StW, 1982, 253; SAMSON, *Irrtumsprobleme im Steuerstrafrecht*, Grundfragen, 1983, 99; LÜDERSEN, *Die Parteispendenproblematik - Vorsatz und Irrtum*, wistra, 1983, 223, hay que añadir los trabajos de MAIWALD y SCHLÜCHTER, aparecidos recientemente (cfr. infra notas 12 y 19).

(11) Cfr. FRANZEN/GAST/SAMSON, *lug. cit.* (nota 6).

(12) MAIWALD, *Unrechtskenntnis und Vorsatz im Steuerstrafrecht*, Heidelberg, 1984.

En España se adhiere a la tesis dominante en Alemania, Pérez Royo en una monografía dedicada al tema, aún inédita (13). Para Pérez Royo, «el dolo en el delito de defraudación requiere el conocimiento de la existencia de una deuda tributaria (o, en todo caso, de un deber de ingreso) y de unos determinados deberes fiscales, cuya vulneración (con el consiguiente resultado del perjuicio económico) integra la acción típica del delito. El incorrecto conocimiento de estos extremos afecta, pues, a la producción del tipo, el cual no se verá realizado al faltar el dolo. *Quien no conoce la existencia de una deuda tributaria no puede tener intención de eludir su pago. Lo mismo puede decirse en relación a la otra modalidad del perjuicio económico que caracteriza la defraudación, es decir, el disfrute ilícito de beneficios fiscales (devoluciones de tributos).*

El error —continúa diciendo Pérez Royo— puede versar sobre puntos o datos de hecho relativos a los elementos en cuestión o bien estar relacionados con las normas jurídicas que determinan la existencia y cuantía de la deuda tributaria o del derecho a la devolución. De igual manera en los casos en que el error afecta a los presupuestos de hecho o normativos de los deberes formales cuya vulneración da lugar a la «deslealtad» tributaria exigida por el tipo. Se trata, en todo caso, de elementos normativos del tipo. La falsa representación sobre los mismos da lugar a un error sobre el tipo».

Y la misma opinión mantiene Pérez Royo en relación con el error sobre la licitud o ilicitud de determinado beneficio fiscal que debe ser considerado como un error de tipo —en cuanto afecta a un elemento normativo del mismo— y no como un error de prohibición. Para Pérez Royo, el error sobre la prohibición tiene un escaso ámbito de aplicación en la defraudación tributaria. «Es difícilmente pensable —dice Pérez Royo— el supuesto de un sujeto que, realizando el tipo de la defraudación tributaria, carezca de la conciencia de la antijuricidad de su acción, es decir, de un defraudador que considere que, al eludir el cumplimiento de sus deberes fiscales, no está infringiendo una norma jurídica... Cualquiera que sea el lugar que dentro del sistema de valores del agente —e incluso dentro del propio sistema de valores imperante en la conciencia colectiva— ocupe el cumplimiento de los deberes fiscales, es difícil negar el conocimiento de que, mediante su vulneración, se está causando un resultado desaprobado por el ordenamiento».

Precisamente esta última opinión —sustentada también en Alemania, entre otros, por Welzel (14)— es la que da pie a Maiwald para mantener la tesis contraria de que el desconocimiento del deber tri-

(13) Una parte de la misma, aunque no trata del problema del error ha aparecido ya en Civitas, «Revista de Derecho Financiero», 1985, pp. 353 ss., bajo el título: *La configuración de la acción típica en el delito de defraudación tributaria*).

(14) Cfr. WELZEL, en NJW, 1953, p. 487: «No puedo imaginar un caso en el que el sujeto tenga el propósito de defraudar tributariamente, es decir, conozca la pretensión tributaria concreta y pretenda eludirla y no tenga, sin embargo, conciencia del injusto».

butario conduce a aceptar un error de prohibición, que no afecta para nada al dolo. Para ello, parte Maiwald de la misma hipótesis que lleva a otros autores a mantener la tesis contraria, pero Maiwald invierte los términos: «quien sabe que está obligado a pagar un determinado impuesto y elude su pago, tiene también al mismo tiempo conciencia de la ilicitud» (15). Es decir, para Maiwald cualquier elusión del pago supone conciencia del deber tributario y, por tanto, conciencia de la antijuricidad, por lo que cualquier error sobre la existencia de la deuda tributaria es error de prohibición. La conclusión de Maiwald es la de que en este delito (§ 370 AO) no es aplicable el modelo gradual que diferencia entre error de tipo y error de prohibición, ya que cualquier error sobre la deuda tributaria genera de entrada un error de prohibición y es en este ámbito donde debe ser tratado con todas sus consecuencias.

Una tercera forma de comprensión y solución propone Peter Backes (16). Para Backes es necesario distinguir entre elementos normativos del tipo y conceptos en blanco. En ambos su contenido se complementa por remisión a preceptos jurídicos no penales, pero mientras que en los elementos normativos del tipo estos preceptos jurídicos son necesarios para la descripción tanto en la lesión del deber, como del bien jurídico, en los conceptos en blanco estos preceptos jurídicos no cumplen dicha misión. De ello deduce una complicada construcción para la solución de los problemas del error: el error sobre la deuda tributaria es siempre error de tipo. El error sobre el deber de información material es siempre error de prohibición, salvo que se trate de un error sobre los presupuestos típicos de este deber o sobre la relación causal entre la omisión de este deber y el resultado típico que constituyen, sin embargo, error de tipo. Si, por ejemplo, el contribuyente no declara un incremento patrimonial (la venta de unas acciones por mayor valor del que las compró) al hacer la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, porque cree que por la fecha que las compró no está obligado a hacerlo o que esa clase de «títulos-valores» no están sometidos a tributación, o que el deber de información incumbe al banco o simplemente no se acuerda de la operación, habrá error de tipo. Si, por el contrario, no hace la declaración porque cree que no está obligado legalmente a declarar esa operación, entonces hay error de prohibición (17).

Las sutiles diferenciaciones de Backes han sido rechazadas, con razón, por Lüderssen (18) y Schlüchter (19). No se ve, en efecto,

(15) MAIWALD, ob. cit. (nota 12), p. 21.

(16) BACKES, *Die Abgrenzung vom Tatbestands- und Verbotsirrtum im Steuerstrafrecht*, en *StuW*, 3/1982, pp. 253 ss.

(17) BACKES, ob. cit. (nota 16), pp. 258 y 263 ss. Téngase en cuenta que, para un sector de la doctrina española (CÓRDOBA, lug. cit. [nota 1], pp. 926 ss.), la simple omisión del deber de declarar no constituye *per se* la acción típica del art. 349. En contra de esta tesis LAMARCA, ob. cit. (nota 1), p. 777; MUÑOZ CONDE, ob. cit. (nota 8), p. 738; PÉREZ ROYO, ob. cit. (nota 14), p. 382.

(18) LÜDERSSSEN, *Die Parteispendenproblematik im Steuerrecht und Steuerstrafrecht -Vorsatz und Irrtum*, en *Wistra* 1983, 6, p. 224.

(19) SCHLÜCHTER, *Zur Irrtumslehre im Steuerstrafrecht*, en *Wistra*, 1985, 2 y 3, p. 46.

dónde están las diferencias materiales entre los diversos tipos de error citados por Backes, pues en todos los casos por él propuestos se trata siempre de desconocimiento o de incorrectas interpretaciones de preceptos jurídicos extrapenales igualmente relevantes para constatar el elemento típico básico del § 370 AO: el deber de informar a las autoridades financieras sobre hechos tributariamente relevantes o de comunicar los datos exactos y completos. Ese deber de información o lealtad tributaria es tan importante para la realización del tipo como la deuda tributaria misma (20), no hay ninguna razón material para diferenciar el tratamiento del error sobre uno u otro extremo.

Por las mismas razones debe rechazarse la teoría que pretende distinguir el tratamiento del error según se refiere éste al contenido o a la existencia de la norma penal en blanco que sirve para determinar la deuda o los deberes tributarios (21). En el primer caso, se considera que existe error de tipo y en el segundo error de prohibición. La distinción es insostenible, aparte de su formalismo, porque conduce al intérprete o al juzgador a un auténtico callejón sin salida; basta que alguno de los elementos de la norma extrapenal sea incorporado al tipo para que varíe el tratamiento del problema. Piénsese, por ejemplo, en los deberes formales citados en el artículo 350 bis, que se remite expresamente a la Ley tributaria que exige llevar contabilidad mercantil o libros registros fiscales (22), pero que describe expresamente los comportamientos punibles. ¿Cómo se puede distinguir entre el desconocimiento de esa Ley y el desconocimiento de los deberes concretos que impone? El contenido de la norma complementaria sólo se conoce si se da por supuesta la existencia de la misma (23).

3. Después de todo lo dicho, parece que la alternativa a que está abocada la solución del problema del error en el delito de defraudación tributaria es la siguiente: salvo los casos de error material burdo en la autoliquidación, evidentemente reconducibles al error de tipo, o de auténtica desobediencia civil a las normas tributarias propia del delincuente por convicción, el error sobre la existencia de una deuda tributaria o sobre deberes formales de información debe ser tratado o como error de tipo o como error de prohibición. *Tertium non datur*.

Ambas soluciones parecen dogmáticamente fundadas y parten de la misma hipótesis: la existencia de la deuda tributaria o del deber jurídico formal de información es requisito fundamental del delito de defraudación tributaria. El error sobre este requisito debe ser, pues, un error relevante. Pero, ¿cómo? ¿Como error de tipo o como error de prohibición?

(20) Cfr. art. 35 LGT (nota 9).

(21) Posición dominante en la doctrina alemana, cfr., por todos, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, traducción y adiciones de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, vol. 1, p. 414.

(22) Téngase en cuenta que, como observa CÓRDOBA, ob. cit. (nota 1), p. 936, «el examen de nuestras leyes tributarias conduce a observar que en general no contienen la creación de la obligación de llevar contabilidad mercantil o libros o registros fiscales».

(23) Cfr. también MAIWALD, ob. cit. (nota 12), p. 16.

La solución no creo que venga prejuzgada por la situación sistemática que se asigne al deber tributario, entre otras cosas, porque este deber es tanto presupuesto del tipo, como de la antijuricidad, no pudiendo asignarse separadamente a una u otra categoría. Ello sucede también en algún otro delito de estructura parecida al de defraudación tributaria. Me refiero, concretamente, a la modalidad básica de insolvencia punible que es el delito de alzamiento de bienes del artículo 519 del Código penal o al delito previsto en el § 288 StGB (frustración del embargo). Presupuesto de este delito es la existencia de una relación jurídica obligacional que liga a un sujeto (deudor) con otro (acreedor) (24). Si no existe dicha relación obligacional no puede hablarse de incumplimiento de la misma y mucho menos de insolvencia. Los elementos típicos (sujetos, objeto material, acción típica) no surgen; el tipo delictivo en cuestión no puede realizarse y, por lo tanto, tampoco puede hablarse de antijuricidad. Sólo el deudor de una obligación realmente existente puede enajenar fraudulentamente sus bienes, perjudicar a sus acreedores, actuar en estado de necesidad, etc. El deudor que desconoce la existencia de la relación obligacional actúa, por consiguiente, tanto en un error de tipo, como un error de prohibición, ya que la relación obligacional es presupuesto del tipo y de la antijuricidad. Sólo cuando existe este presupuesto y el sujeto lo conoce, puede procederse a diferenciar sistemáticamente los elementos constitutivos del delito. El deudor que conoce la existencia de su obligación puede creer equivocadamente que puede enajenar los bienes mientras no estén embargados o que actúa en estado de necesidad, etc.; el error sobre estos elementos puede tener distinta relevancia y ser tratado diferenciadamente. No así el error sobre la existencia de la obligación como tal, pues ésta, como se ha dicho, no es elemento del tipo o de la antijuricidad, sino presupuesto de ambas categorías.

Lo mismo se puede decir respecto a la existencia de la deuda tributaria y de los deberes de información en el delito de defraudación tributaria. Presupuesto de este delito es la existencia de una deuda tributaria o de un deber de informar y de comunicar datos tributariamente relevante a las autoridades financieras (25). Si no se dan estos presupuestos no puede plantearse siquiera la existencia del tipo del delito de defraudación tributaria y mucho menos de la antijuricidad. Si el contribuyente desconoce, por las causas que sean, estos deberes, no puede tener intención de eludir el pago de sus tributos o de disfrutar indebidamente de beneficios fiscales. Y a la inversa, si conoce e incumple estos deberes realiza el tipo y, normalmente, la antijuricidad del delito de defraudación tributaria. El conocimiento de los deberes tributarios es, por tanto, presupuesto tanto del dolo del tipo como del conocimiento de la antijuricidad. El error sobre los mismos es, pues, al mismo tiempo que error de tipo, error de prohibición. Dado que, sin embargo, la ubicación sistemática en uno u otro tipo de error tiene importantes repercusiones prácticas, es preciso elegir

(24) Cfr. MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, Barcelona, 1971.

(25) Cfr. art. 35 LGT (nota 9).

entre las dos posibilidades que dogmáticamente se ofrecen. O se acepta que es error de tipo y entonces hay que absolver penalmente por falta de dolo, o se acepta que es error de prohibición y entonces hay que absolver sólo en casos de inevitabilidad del mismo, o imponer la pena del delito doloso, pero atenuada, conforme al artículo 66, en caso de que sea evitable.

Mi opinión es la de que, salvo casos extremos lindantes con la figura del «delincuente por convicción» o la «desobediencia civil», la mayor parte de los casos de error del contribuyente que se refieren a la deuda tributaria o a los deberes de información deben ser tratados como error de tipo y conducir a la impunidad. Seguidamente paso a fundamentar esta opinión.

4. De entre los presupuestos de la pena probablemente apenas se puede encontrar uno en el que se manifiesten mayores discrepancias entre los postulados teóricos y las necesidades prácticas que en materia de conocimiento de la antijuricidad.

Como la experiencia histórica demuestra, es perfectamente posible imaginar un Derecho penal en el que el conocimiento de la antijuricidad no constituya presupuesto de la aplicación de la pena. La historicidad del Derecho penal se refleja también en la historicidad de sus presupuestos. Por lo que respecta al conocimiento de la antijuricidad sólo en los últimos años va alcanzando plena aceptación la idea de que es una estructura relevante para la punibilidad, pero sin que todavía exista la misma unanimidad respecto a su contenido.

Como dice Hassemer (26), la relevancia del conocimiento de la antijuricidad refleja la imagen de un Derecho penal dispuesto a negociar con el afectado los ámbitos de relevancia de sus pre-juicios y su propia concepción del Derecho, pero sin modificar en nada la vigencia objetiva de sus normas. Esto significa que no existen aún unos límites fijos en los que pueda marcarse en qué momento el desconocimiento de la antijuricidad puede ser relevante. Y es difícil que los haya también alguna vez. Con el mismo Hassemer señala (27), el Derecho no es un fenómeno déictico que pueda ser mostrado o enseñado como el cuerpo o cualquier otro objeto material, sino un fenómeno comunicacional. La relevancia del desconocimiento de la antijuricidad o error de prohibición no es algo evidente, sino algo que debe ser aceptado y elaborado por quienes conocen correctamente cuál es el alcance exacto de la norma jurídica desconocida por el autor en el caso concreto (28).

La experiencia enseña que estamos dispuestos a conceder relevancia al error si se refiere a normas «artificiales» o éticamente indiferentes. Pero que esa inclinación es más parca cuando el error se refiere a normas que constituyen el núcleo de nuestra sociedad (29). Sin embargo, últimamente se está produciendo un fenómeno curioso que obliga a replantearse esa experiencia. Desde el punto de vista del

(26) HASSEMER, *Fundamento del Derecho Penal*, traducción y notas de Arroyo Zapatero y Muñoz Conde, Barcelona, 1984, p. 122.

(27) HASSEMER, *ob. cit.* (nota 26), p. 120.

(28) HASSEMER, *ob. cit.* (nota 26), p. 122.

(29) JAKOBS, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 1983, p. 448 s.

Estado se tiende cada vez más a reforzar sus prohibiciones y mandatos con ayuda del Derecho penal, incluso en aquellos ámbitos tradicionalmente alejados del Derecho penal, como es la actividad económica. Se trata de proteger la intervención del Estado en la economía y el derecho de éste a percibir ingresos y a redistribuirlos correctamente a través de una racional planificación del gasto público. La complejidad técnica y la indeterminación de las nuevas normas es una de sus principales características y también de sus defectos. Y es lógico que esta complejidad se compense desde el punto de vista subjetivo dándole mayor relevancia al error del ciudadano sobre la misma (30).

Sin embargo, paralelamente se ha introducido una regulación legal del error que no siempre respeta esta legítima necesidad de compensación. La teoría de la culpabilidad, que, al parecer, sirve de base a la nueva regulación del artículo 6 bis a) de nuestro Código penal (31), sólo exige el conocimiento potencial de la antijuricidad y, en caso de vencibilidad o evitabilidad, del error permite la atenuación de la pena que en otros Códigos penales como el alemán (cfr: § 17 StGB) ni siquiera es obligatoria (32).

El error de prohibición propiamente dicho no es, pues, un dato que se admita sin limitaciones e incluso en algunos casos ni siquiera se admite, si el error se debe a una discrepancia entre el sistema normativo del autor del delito y el sistema jurídico oficialmente vigente (delinquentes por convicción, desobediencia civil, etc.). En todo caso, como demuestra la regulación del error en el Derecho vigente, el legislador es parco en conceder excesiva relevancia al error de prohibición, quizá, entre otras cosas, porque tiene miedo a debilitar con ello la vigencia objetiva de sus normas jurídicas, sobre todo en aquellos sectores, como el tributario, en los que no está muy seguro de que los ciudadanos acepten de buen grado la vigencia de esas normas.

Con la teoría de la culpabilidad el error de prohibición, salvo en casos muy improbables de invencibilidad del mismo, no cuestiona gravemente la vigencia objetiva del Ordenamiento jurídico en materias tan escasamente «simpáticas» para los ciudadanos como es el Derecho tributario. Basta con que potencialmente se haya podido conocer la antijuricidad del comportamiento; pero si además hay error, el error vencible de prohibición, a diferencia del error de tipo, no excluye la

(30) Cfr. NAUCKE, *Ueber Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht*, Tubinga, 1973: «Derecho inexacto y teoría del error de prohibición son fenómenos complementarios».

(31) En este sentido expresamente CEREZO MIR, *La regulación del error de prohibición en el Código penal español y su trascendencia en los delitos monetarios*, en «Anuario de Derecho Penal», 1985, pp. 272 y ss.; también la bibliografía citada sobre el tratamiento del error en el Proyecto de 1980, en nota 2. Sin embargo, también hay en la doctrina española quien pone en duda que el art. 6 bis a) recoja la teoría de la culpabilidad: MIR PUIG, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1985, pp. 548 ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *El tratamiento del error en la reforma de 1983*, en «Anuario de Derecho Penal», 1985, p. 719.

(32) Según el § 17 StGB, si el autor pudo evitar el error, la pena puede ser atenuada.

imposición de una pena que, todo lo más, puede (sistema alemán) o debe (sistema español) ser atenuada. Tiene, pues, razón Kerner cuando afirma que en esta cuestión hay que distinguir una dimensión abierta y otra oculta del problema: abiertamente, se trata de fenómenos psíquicos de la conciencia del individuo; pero, veladamente, se trata más bien de concepciones político-criminales sobre los límites que el Estado debe imponer en sus diversas instancias a las excusas, o, expresado de otro modo, hasta qué límites se puede atribuir de un modo general responsabilidad (33).

De ello hay que ser conscientes también cuando ante un problema como es el error en el delito de defraudación tributaria, de difícil conceptualización y ubicación sistemática, se tiene que optar entre una decisión que lleva necesariamente a la exclusión de la responsabilidad criminal y otra que la afirma, aunque eventualmente pueda ser atenuada.

De ello es consciente también Maiwald (34) cuando advierte que en todo esto hay un *problema de identificación*:

«El Estado debe exigir que se identifiquen con él hasta el punto de que se conozcan también aquellas normas que el mismo Estado ha promulgado en cumplimiento de su función ordenadora y que se basan en simples consideraciones utilitarias. La regulación del error de prohibición que el Derecho penal vigente prevé es, por consiguiente, expresión de la exigencia de una fuerte identificación con el orden estatal. Considerada así, la actitud de la jurisprudencia al exigir como elemento del dolo en la defraudación tributaria el conocimiento del deber tributario parece como si pretendiera distanciarse de estas exigencias de identificación, o si se quiere así: de oponer un poco de liberalidad frente al moderno Estado de bienestar que todo lo regula hasta la exageración. El propósito es digno de loa, sólo que contrario al imperativo legal que en el § 17 StGB trata por igual el error de prohibición en todos los ámbitos jurídico-penales. Y tampoco es trasladable a la práctica porque no existe una clara separación entre normas éticamente indiferentes y normas que no lo son. En el Derecho penal tributario no es, en última instancia, plausible porque con esta jurisprudencia se favorece al ciudadano que no se preocupa de sus deberes tributarios y que, al quedar disculpado —y, por tanto, impune— su desconocimiento por esta jurisprudencia, tampoco va a preocuparse de informarse sobre sus deberes tributarios. Respecto a los deberes tributarios es, pues, irrenunciable una identificación del individuo con el Estado. La tesis de que 'el desconocimiento del deber tributario excluye el dolo' no es, por tanto, compatible con el derecho vigente, ni deseable como postulado».

Pero la tesis de Maiwald conduce a un endurecimiento de la represión penal que no me parece aceptable ni desde el punto de vista dogmático, ni desde el punto de vista político-criminal.

(33) KERNER, en *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, tomo III, *Strafrecht* editado por HASSEMER y LÜDERSSEN, Munich, 1980, p. 117

(34) MAIWALD, ob. cit (nota 12), pp. 42 y s.

En el plano dogmático ya hemos visto la práctica imposibilidad de clasificar el deber tributario como elemento del tipo o de la anti-juricidad. Ambas categorías aparecen aquí tan inescindiblemente unidas que prácticamente es imposible interpretar sistemáticamente el deber tributario según su pertenencia a una u otra. Prácticamente, el deber tributario es al mismo tiempo elemento del tipo y de la anti-juricidad. Por lo tanto, el error sobre el mismo puede ser al mismo tiempo error de tipo y error de prohibición o, si se prefiere, error de prohibición y error de tipo.

Pero ello no excluye la necesidad de un correcto proceder sistemático a que obliga el carácter secuencial de las diversas categorías de la teoría general del delito (35). No hay que esperar a tratar en el ámbito de la culpabilidad (error de prohibición), lo que ya puede ser tratado (y excluido) en el ámbito de la tipicidad. Si el desconocimiento del deber tributario descansa en una falsa apreciación de los datos de hecho o de la normativa aplicable, y con ello desaparece el propósito de defraudar al Erario Público, ello debe conducir ya a la exclusión del dolo y, por lo tanto, del tipo de la defraudación tributaria. Se trata, pues, de un error sobre elementos integrantes de la infracción penal que aún siendo vencible no fundamenta en este caso ninguna responsabilidad penal por no ser punible en este delito la comisión imprudente del mismo (cfr. art. 6 bis a) 2.º).

Ello tampoco parece malo desde el punto de vista político-criminal, porque por muy urgente que se considere la necesidad de identificar a los ciudadanos con la política fiscal del Estado, la intervención del Derecho penal en esta materia debe reservarse para aquellos casos de abierta discrepancia y, por lo tanto, de incumplimiento intencional de los deberes tributarios, dejando los otros casos de incumplimiento más o menos negligentes para el ámbito de las sanciones administrativas (cfr. art. 77, 1 de la Ley General Tributaria). No parece, pues, que sea necesario utilizar el Derecho penal para casos en los que ya son suficientes otras medidas sancionatorias menos gravosas y estigmatizantes para los ciudadanos que, además, comprobadamente son más ágiles y eficaces que las penales propiamente dichas. La política fiscal sólo en casos muy graves de ataques también graves a los intereses legítimos del Erario público, debe ser asegurada por las sanciones penales, y parece evidente que esta gravedad sólo puede predicarse de los ataques dolosos y de una cierta magnitud económica a la Hacienda Pública. Por eso, me parece bien que la nueva regulación de los delitos contra la Hacienda Pública, y concretamente de la defraudación tributaria tipificada en el artículo 349 del Código penal, se reserve a los comportamientos dolosos cuando la cuantía de la defraudación sea superior a los cinco millones de pesetas. Un Estado en el que por la ineficacia tradicional de su sistema fiscal y el carácter autoritario de su sistema político durante cuarenta años ha llevado a los ciudadanos a la desconfianza y a la ausencia de una auténtica conciencia fiscal, no puede pretender ahora esa plena identifica-

(35) Cfr. HASSEMER, ob. cit. (nota 26), p. 306.

ción de los ciudadanos con sus planes económicos y mucho menos exigirla a través del Derecho penal.

Por otra parte, la relevancia del error, tanto en su vertiente de error de tipo, como de error de prohibición, es una conquista muy reciente de la legislación penal española, que no puede ser entendida sólo en su significado sistemático, pues supone ante todo un progreso y un avance notable en esa línea evolutiva que tiende a dar una mayor protección a los derechos fundamentales del ciudadano frente a las excesivas intromisiones del poder punitivo del Estado. En una sociedad moderna, orientada *out put*, «hacia las consecuencias», debe también tenerse en cuenta estas exigencias. Por eso, ante un problema como el del tratamiento del error sobre elementos del delito de defraudación tributaria, que pueden afectar tanto al tipo como a la antijuricidad, es preferible elegir una interpretación del artículo 6 bis a) que, al margen de la polémica sistemática sobre las teorías del dolo o de la culpabilidad, permita, sin salirse del marco de una vinculación estricta a la ley, una decisión político-criminalmente correcta. Y, por eso, creo que, sin perjuicio de admitir en algunos casos extremos creencia racional en la existencia de un estado de necesidad justificante o de una norma jurídica que exonere del pago de tributos) la presencia de un error de prohibición a tratar conforme al párrafo 3.º del artículo 6 bis a), la mayoría de los casos que se presenten en la práctica deben ser considerados como error de tipo y, por tanto, tratados conforme a los párrafos 1.º y 2.º del artículo 6 bis a), aceptando las consecuencias que de ellos se derivan: impunidad y absoluta irrelevancia penal del comportamiento incorrecto tributariamente por causa de un error que, en este delito, es indiferente que sea vencible o invencible.

Con razón señala Lüdersen que «el aumento del riesgo de responsabilidad de los destinatarios de la norma, ante la cada vez mayor inseguridad cualitativa y cuantitativa de los elementos normativos, debe ser compensada en el aspecto subjetivo. Y ello, dice Lüderssen, no debe producirse sólo por concesiones a las debilidades personales del individuo, sino por una reducción, fijable en cada caso, de la pretensión normativa. Se trata, por tanto, de una cuestión de vigencia jurídica. Hay grados intermedios de esta vigencia que no pueden ser ya adecuadamente tratados con las tradicionales categorías acuñadas sobre relaciones jurídicas relativamente simples o, en todo caso, inequívocas» (36).

(36) LÜDERSSEN, *ob. cit.* (nota 18), p. 230. Como ejemplo de la complejidad de la regulación tributaria puede verse la Resolución de la Dirección General de Tributos («BOE», 3 abril 1986), aclaratoria del tratamiento fiscal aplicable a las rentas irregulares y, en particular, a los incrementos y disminuciones del patrimonio en el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, en la que, en forma de casos prácticos, se exponen hasta doce supuestos distintos. Paradójicamente, según informa el diario «El País» de 26 abril 1986, una nueva reglamentación general de la Inspección de Hacienda insiste en que «es el propio administrado quien materialmente realiza las operaciones de liquidación tributaria, asumiendo no sólo las tareas de cálculo, sino especialmente las de calificación jurídica que ello supone».

En resumen: el fracaso de la distinción, orientada sistemáticamente, entre error de tipo y error de prohibición en la solución de los problemas que suscita el error en el delito de defraudación tributaria del artículo 349 del Código penal, obliga a una interpretación del artículo 6 bis a) orientada preventivamente, no prejuzgada por criterios sistemáticos y que, en última instancia, se justifique por las consecuencias político-criminales a que conduce (*Teoría del error orientada a las consecuencias*).

La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual

JOSE MIGUEL ZUGALDIA ESPINAR

Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Granada

— I —

En la dogmática española (1), recientemente, prevalece la opinión según la cual la estructura de lo ilícito —a nivel básicamente de tipicidad (acciones prohibidas por las normas)— difiere según se trate de lo ilícito de los delitos dolosos (dónde el disvalor de acción se expresa básicamente en *el dolo*), o de lo ilícito en los delitos culposos (dónde el disvalor de acción consiste en la infracción de un deber de cuidado —*culpa* o imprudencia) (2).

En este contexto, la demarcación del dolo respecto de la culpa no ofrece problema alguno en tanto en cuanto lo que se intente sea diferenciar al *dolo directo* (inmediato o mediato —también llamado «de consecuencias necesarias») de *la culpa* (consciente o inconsciente): mientras aquél expresa una voluntad dirigida contra los bienes jurídicos ajenos (el autor sabe y *quiere* —o acepta como inevitables— la viola-

(1) El presente trabajo está referido exclusivamente al problema del dolo eventual y la culpa con representación en la teoría y en la práctica españolas. Constituye básicamente la ponencia presentada al II Congreso de la Asociación Hispano-Alemana de Juristas (Berlín; abril-mayo 1986).

(2) Desde puntos de vista en ocasiones distintos, coinciden, entre otros, CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal español*, Madrid, 1981, pp. 390 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría general del delito*, Bogotá, 1984, p. 14; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/HUERTA TOCILDO, Susana, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1985, pp. 87 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, Madrid, 1979, p. 44; BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho Penal español. II. El hecho punible*, Madrid, 1985, p. 26; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1984, pp. 75 y ss.; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Introducción al Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1981; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal español, Parte General*, Barcelona, 1984, p. 175. La jurisprudencia, tradicionalmente anclada a una concepción causal del injusto, parece aproximarse, recientemente, a un momento de crisis. Cfr. STS de 20 de abril de 1985 y A.A.V.V., *Código Penal: Comentarios y Jurisprudencia*, Colex, 1983, pp. 29 y 30. Desconcertante la STS de 3 de enero de 1985.

ción de la norma contenida en el tipo penal), la culpa es expresiva de una escasa consideración (falta de respeto) para con dichos bienes, en el sentido de que el autor, bien no se molesta en pensar el peligro que para ellos puede suponer su conducta (culpa inconsciente), bien limitándose a pensar en dicho peligro, continúa su acción con ligereza (culpa consciente): en estos casos, de todos modos, el autor *no quiere* (ni acepta como inevitable) la violación de la norma contenida en el tipo penal. *El querer o no querer la realización del tipo se presenta así como la única frontera admisible entre el dolo y la imprudencia, respectivamente* (3). Este dato permite afirmar, de otra parte, el mayor contenido de injusto de los tipos dolosos frente a los culposos —que en Derecho penal español se forman poniendo en relación las cláusulas generales de los artículos 565, 586, 3 y 600 C. p. con el correspondiente tipo doloso. El mayor contenido de injusto del dolo frente a la culpa, no discutida doctrinalmente a este nivel, se concreta legislativamente en la imposibilidad de imponer a un hecho imprudente una pena igual o superior a la que correspondería a ese mismo hecho cometido dolosamente (art. 565, 7 C. p.).

El problema surge con relación al concepto «híbrido» —fatal campo de nadie entre el dolo y la culpa (4)— que representa el *dolo indirecto o eventual*. Dicho problema trae su causa en *la diversa intensidad que puede conocer el momento volitivo necesario para el dolo*: esto es, en los diversos grados de intensidad en que puede concretarse el «querer» humano. Efectivamente, con el conocimiento de los elementos del tipo objetivo sólo se cumple con el primero de los elementos del dolo. Además de conocimiento, el dolo exige que el autor *haya querido la realización del tipo*. Las diversas respuestas que pueden darse a la pregunta de cuándo el autor *quiso* la realización del tipo, dan lugar a la configuración de tres formas diferentes de dolo: el dolo directo (el autor quiere el resultado como meta de su acción y tiene la seguridad de que el resultado que se representa se producirá como consecuencia de su acto), el dolo de consecuencias necesarias (dolo directo de segundo grado o mediato) —el autor sabe que alcanzar la meta de su acción importa necesariamente (con seguridad) la producción de otro resultado que inclusive puede serle indiferente o no desear, y el dolo eventual (5).

El dolo eventual tiene en común con la culpa consciente que el autor se representa la realización del tipo como posible. Sin embargo,

(3) En este sentido, por todos: MIR PUIG, Santiago, *Añiciones de Derecho español* a la obra de JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, 1981, tomo I, p. 429. También quienes entienden que el dolo (malo) requiere la conciencia de la antijuricidad de la acción consideran el problema del dolo eventual vinculado al elemento volitivo de aquél respecto de los elementos objetivos de los tipos penales. Cfr., por todos: COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho Penal, Parte General*, vol. III, Valencia, 1982, pp. 164 y ss.

(4) Cfr. CÓRDOBA RODA, Juan, *Notas de Derecho Español* a la obra de MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, 1962, tomo I, p. 321.

(5) Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Principios...*, cit., p. 62.

el concepto de dolo eventual requiere *algo más* que la representación de la posibilidad de la realización del tipo penal: cuando se actúa con dolo eventual, se afirma, se añade al actuar imprudente un dato que conlleva un *plus* de gravedad del ilícito debido a una decisión más grave del autor frente a la realización del tipo. En qué consiste este plus —que, en definitiva, va a permitir afirmar que la realización del tipo ha sido de algún modo *querida* por el autor— es algo que se discute en la teoría y en la práctica aunque no siempre con la claridad que la importancia del tema requeriría.

1. La *teoría de la probabilidad* (o de la representación) intenta delimitar el dolo eventual de la culpa con representación a través de un momento de carácter intelectual, afirmando que concurre en dolo eventual cuando el autor se representa la realización del tipo como (muy) probable —con un alto grado de posibilidades, y a pesar de ello actúa admitiendo o no su realización; habría culpa con representación cuando el autor se representa la realización del tipo con un grado de posibilidad lejano o remoto (6). A esta construcción se le han señalado varios inconvenientes teóricos. En primer lugar, que lo decisivo para afirmar el dolo eventual es que el autor haya tomado la decisión de realizar un hecho que implique la lesión de un bien jurídico, y la representación de la probabilidad de realización del tipo no es suficiente para acreditar esa decisión cuando el autor, aunque sea temerariamente y a pesar de la representación de la probabilidad, piensa que el resultado, de todos modos, no se producirá (7). En segundo término, se sostiene que resulta poco convincente el resultado a que conduce esta teoría cuando el autor produce el resultado que desea obtener con medios que hacen improbable alcanzarlo (v. gr., el mal tirador, a gran distancia y apuntando mal, de todos modos da en el blanco y mata a quien quería matar) (8).

2. La *teoría del asentimiento* (de la aprobación o del «consentimiento») —en la terminología de la doctrina española) intenta delimitar el dolo eventual de la culpa con representación a través de un momento de carácter volitivo afirmando el dolo eventual cuando el autor no sólo se representa la posibilidad de la realización del tipo sino que, además, asiente interiormente a su realización —aprueba el resultado o lo acepta aprobándolo. La prueba del asentimiento vendría dada por la «fórmula de Frank»: si lo que me parece probable fuera segura, no obstante actuaría (dolo eventual); si lo que me parece probable fuera seguro, no actuaría (culpa con represen-

(6) En este sentido: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Acerca del dolo eventual*, en «Estudios de Derecho Penal», Madrid, 1981, pp. 171 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal*, cit., pp. 101 y 102.

(7) Así: MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General...*, cit., p. 60; BACIGALUPO, Enrique, *Principios...*, cit., pp. 62 y 63; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, cit., p. 170.

(8) Así: BACIGALUPO, Enrique, *Principios...*, cit., p. 63.

tación) (9). También a esta construcción se le han señalado diversos inconvenientes teóricos. En primer lugar, que lo esencial para afirmar el dolo eventual es saber si el autor tomó o no una decisión contra el bien jurídico, y esta teoría responde por la actitud interna que tuvo el autor, y no por la decisión en sí misma (momento volitivo) (10). Efectivamente, para *querer* no es necesario «aprobar» y si lo que se juzga es si el autor aprobó o no el resultado, no se está indagando en su voluntad, sino en su actitud interna —terreno donde no es lícito entrar al Derecho penal (11). Por otra parte, la teoría del asentimiento lleva a afirmar el dolo eventual en supuestos de conciencia de escaso peligro objetivo, si el autor no se oponía interiormente al resultado. Y al contrario, obliga a estimar sólo culpa consciente en actividades extremadamente peligrosas con tal que el autor, pese a ser consciente de la gran peligrosidad de su acción, desease que no se produjese el resultado: y estas consecuencias resultan contradictorias con la función de protección de bienes jurídicos que corresponde al Derecho penal (12). Además, la «fórmula de Frank» fracasó en los casos en los que el resultado perseguido y el eventual delito se excluyen mutuamente (v. gr., alguien apuesta con otro a que logrará alcanzar con un disparo el vaso que tiene una muchacha en la mano. Aunque el sujeto aceptara plenamente la posibilidad de errar el disparo, es claro que no lo deseaba y que de haber sabido seguro que el fallo se iba a producir hubiera perdido sentido la apuesta y no habría disparado). En otras palabras, el dolo eventual conlleva una típica situación de inseguridad que es incorrecto comparar con otras —completamente distintas— de seguridad (13).

3. La *teoría del sentimiento* —que desconozco tenga seguidores en la ciencia penal española— busca la diferencia entre el dolo y la imprudencia en un determinado grado de desconsideración y admite el dolo eventual cuando el autor haya sido «indiferente» a la realización del tipo. Contra ella se objeta que para delimitar el dolo de la imprudencia en el ámbito del injusto lo decisivo es, por el contrario, el resultado de la toma de posición: la graduación de dolo o imprudencia depende de la entidad de la decisión, no de la clase de sentimientos que experimente el autor.

4. La teoría que aparece en la actualidad como menos objetable teóricamente es la *mixta o ecléctica* que combina la conciencia de la

(9) Teoría dominante en España. Vid. las amplias referencias bibliográficas contenidas en GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Introducción...*, p. 45, nota 37 y MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General...*, cit., p. 59.

(10) Así: COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON, *Derecho Penal*, cit., p. 169; BACIGALUPO, Enrique, *Principios...*, cit., p. 63.

(11) En este sentido: MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, cit., p. 204.

(12) En este sentido: MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, cit., p. 204.

(13) En este sentido: MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, cit., p. 204.

peligrosidad de la acción con un momento voluntativo (14). Para esta teoría —cuyos resultados prácticos pueden diferir sustancialmente en algunos casos de los de las anteriores— concurre el dolo eventual cuando se actúa pese a haberse tomado seriamente en cuenta la posibilidad de lesión del bien jurídico. Es decir, cuando *el autor cuenta seriamente con ella y se conforma con la misma*.

A) *Contar con* la realización del tipo supone tener conciencia de que concurre un peligro concreto de realización del mismo.

B) *Contar con la realización del tipo seriamente* significa que el autor toma en serio dicho peligro, esto es, que juzga el riesgo de realización del tipo como relativamente elevado. De este modo:

a) Se consigue la referencia a la entidad y proximidad objetivas del peligro, necesaria para la presencia del dolo eventual.

b) El dolo eventual se muestra así como parte integrante del injusto de la acción en cuanto expresa la estimación del peligro para el objeto de la acción protegido.

C) *Conformarse con la misma* supone que el autor decide aceptar la probable realización del tipo y cargar con el estado de incertidumbre existente en el momento de la acción, con tal de alcanzar el objetivo que persigue. De esta forma, frente a la ligereza que supone la culpa —donde el autor, pese a tomar en serio el peligro de su acción, actúa confiando antinormativamente en que el resultado, de todos modos, no se va a producir— el dolo eventual da idea de que el autor deja que las cosas sigan su curso (al azar) y se conforma con (está a) lo que resulte.

— II —

El panorama doctrinal español acerca del problema del dolo eventual no quedaría completo sin una referencia a la cuestión del *marco penal al que debe referirse la punición de los hechos cometidos a título doloso-eventual*. La doctrina dominante —dada la insuficiencia del marco penal de la culpa para abarcar el contenido de injusto de algo que va más allá de la culpa misma— considera que, ante el silencio de la ley, afirmada la existencia del dolo eventual, no cabe sino aplicar la pena del delito doloso, con todas sus consecuencias (15).

Esta postura, no obstante, ha sido discutida por sectores minoritarios de la ciencia penal española desde dos puntos de vista totalmente diferentes.

(14) En este sentido: MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, cit., p. 205; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, cit., p. 171; BACIGALUPO, Enrique, *Principios...*, cit., p. 63.

(15) En este sentido, por todos: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Introducción...*, cit., p. 46; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General...*, cit., p. 60; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, cit., p. 170. También la Jurisprudencia, como veremos más adelante, es de esta misma opinión.

1. Un grupo de autores se inclina por la tesis de referir la punición del dolo eventual al marco penal de la culpa (imprudencia) (16). Para ello se argumentó en base a los artículos 1, párrafo 3, 8, números 8 y 50 C. p. —todos ellos derogados en la reforma del Código penal operada el 25 de junio de 1983—, incurriéndose en dos tipos de errores: uno valorativo y otro lógico.

A) Un error valorativo lo constituye, efectivamente, entender que, probada la concurrencia del dolo eventual —con todos sus requisitos y elementos— el contenido de injusto del hecho es equivalente al del mismo hecho cometido imprudentemente (17). Consciente en la actualidad de este mismo problema, Suárez Montes critica la línea jurisprudencial establecida en las STS de 30 de marzo y 3 de abril de 1985 con relación al último párrafo del artículo 411 Código penal. Si de la expresión «al menos por culpa» contenida en el artículo 1, párrafo 2 Código penal se extrae —como lo hace el Tribunal Supremo— la consecuencia de que en los delitos cualificados por el resultado, el resultado cualificante debe haber sido causado con dolo eventual (pues si hay dolo directo o culpa respecto del mismo se estaría ante un concurso de delitos entre el aborto —tipo base— y un homicidio doloso imprudente, respectivamente), nos encontraríamos con que un tipo —el cualificado por el resultado— concebido (aunque de forma político-criminalmente discutible) con una indudable finalidad agravatoria, quedaría convertido en *un tipo privilegiado* (18). Si del mencionado precepto se extrae, por el contrario, la consecuencia de que en los delitos cualificados por el resultado, el resultado cualificante puede haber sido causado tanto por dolo eventual como por culpa, se vendría a sancionar en definitiva con las mismas penas el resultado causado dolosamente y el ocasionado por imprudencia. Por ello, respecto de la expresión «al menos» del párrafo 2 del artículo 1 Código penal (que no puede conducir nunca a la exclusión de la culpa sino, a lo más, a

(16) En este sentido: RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *Notas de Derecho español* a MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, 3.ª ed. adicionada y puesta al día por Antonio QUJNTANO RIPOLLÉS, Madrid, 1957, pp. 178 y ss.; FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Murcia, 1946, pp. 33 y 34; RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal español, Parte General*, 9.ª ed. revisada y puesta al día por Alfonso SERRANO GÓMEZ, Madrid, 1985, pp. 470 y 471.

(17) En este sentido, expresamente y con razón: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Introducción...*, cit., p. 46. Coincide en lo esencial: COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, cit., p. 172.

(18) Cfr. con amplitud: SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio, *Aplicación del art. 1 del Código Penal al aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en «Estudios Penales y Criminológicos, IX», Santiago de Compostela, 1986, pp. 209 y ss. En esta misma línea se ha pronunciado ya el Tribunal Supremo al analizar el tipo del art. 348 C. p. en Sentencias de 17 de noviembre de 1970 (J.C. núm. 1257) y 15 de diciembre de 1977 (J.C. núm. 1235) —sin duda en un intento de justificar las graves penas que el Código prevé para los delitos cualificados por el resultado. Cfr. de todos modos: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Introducción...*, cit., pp. 46 y 47, nota 46.

la inclusión del dolo junto a la culpa de forma valorativamente inaceptable) no cabe sino concluir con Quintero Olivares que se trata de un recurso lingüístico para subrayar reiterativamente (y de forma superflua) la necesidad de demostrar en la práctica la concurrencia de culpa en el resultado cualificante para aplicar los tipos cualificados por el resultado (19).

B) Un error lógico lo constituye, de otra parte, considerar que «el *dolus eventualis* es una especie de *dolus* y sólo en el marco de éste puede ser configurado» (20) y, acto seguido, atribuir a «las peculiaridades de la legislación española» (21) o a la «situación legal negativa del dolo eventual en nuestro Código, que no ofrece un concepto del mismo» (22), la necesidad de sancionar el dolo con las penas de la culpa. Como todo conocimiento es ya un acto de decisión, si del Derecho positivo se extrae una consecuencia valorativamente inaceptable, lo que sucede es que de todas las interpretaciones de las que es susceptible el Derecho positivo, se ha venido a elegir la que mayores reparos puede ofrecer.

2. Otro sector doctrinal opina que, como de todas formas el contenido de injusto del dolo eventual es menor que el de las otras clases de dolo, aunque una vez afirmado el dolo eventual deban imponerse las penas del delito doloso, éstas deberían atenuarse en base a la circunstancia prevista en el número 4 del artículo 9 del Código penal («la de no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo») (23).

Esta construcción olvida, sin duda, que el artículo 9, circunstancia 4, a nivel de voluntad del legislador, no está pensado para dar respuesta a la cuestión valorativa del menor contenido de injusto del dolo eventual frente al directo, y que la estructura de la preterintención (donde el mal causado va más allá del querido por el autor) no coincide con la del dolo eventual —donde el autor no ha de tener necesaria y primeramente la intención de causar un mal (v. gr., un conductor marcha a una velocidad muy superior a la permitida por una zona escolar en donde existen indicaciones de limitarla dado el

(19) Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco/QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *La reforma penal de 1983*, Barcelona, 1983, pp. 36 y 37. Sobre este mismo problema en Alemania, vid.: DíEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Los delitos cualificados por el resultado y el art. 3 del Proyecto de Código Penal español de 1980*, Primera Parte, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1982, pp. 629 y ss.

(20) Expresamente en este sentido: RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *Notas de Derecho español*, cit., p. 179.

(21) Así: RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *Notas de Derecho Español...*, cit., pp. 179 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho Penal español*, cit., pp. 469 y ss.

(22) En este sentido: RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *Notas de Derecho español*, cit., pp. 178 y 179.

(23) En este sentido: QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, en *Adiciones y puesta al día* de MEZGER, Edmundo, cit., p. 183; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, cit., p. 215; MIR PUIG, Santiago, *Adiciones de Derecho español*, cit., p. 427.

peligro de atropello de niños. No quiere arrollar a nadie, pero sí mantener la velocidad. Pese a representarse seriamente el peligro de su acción, no reduce la velocidad y está a lo que resulte. Las lesiones o muerte del niño finalmente atropellado habrán sido causadas, en este caso, sin preterintención, a título de dolo eventual) (24).

Todo ello se corrobora por la desaparición de la atenuante de preterintencionalidad de la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal (PANCP) y la ausencia de una referencia expresa en la misma a la posibilidad de atenuar la pena para los hechos cometidos a título doloso-eventual. Efectivamente, en el Derecho vigente la atenuante de preterintencionalidad está pensada para los supuestos de preterintencionalidad homogénea (v. gr., lesiones y lesiones más graves de las queridas por el autor) (25). Pero tampoco a todos estos casos podría venir en aplicación la mencionada circunstancia atenuante, pues ello podría suponer una violación del artículo 15 de la Constitución. Supongamos que A, con antecedentes penales por un delito de lesiones, propina un puñetazo a B, quien cae golpeándose la cabeza y produciéndose una lesión cerebral que perturba gravemente sus facultades intelectuales y volitivas. Afirmada la intención de lesionar, la pena de A debería ir referida al número 1 del artículo 420 Código penal —si es que se sigue la construcción jurisprudencial dominante. La atenuante de preterintencionalidad haría posible que el Tribunal pudiera imponer la pena de prisión mayor en toda su extensión —pero *no* la inferior en uno o dos grados (art. 61, C. p.). El resultado sería que se imputarían a título doloso unas lesiones no abarcadas por el dolo del autor —como si el resultado en las lesiones no fue elemento del tipo objetivo de las mismas (paradigmática de esta decidida tendencia, que llega a nuestros días, a castigar la culpa con las penas del dolo puede serlo la STS de 27 de mayo de 1972 —J.C. núm. 861). Esto sólo puede evitarse recurriendo; para la solución de supuestos como el mencionado, a la normativa general del concurso de delitos —de la misma forma en que se solventan hoy los problemas de calificación derivados del denominado «homicidio preterintencional»— sancionando las lesiones que normalmente hubiera producido el autor a título de dolo y las lesiones efectivamente producidas de forma imprudente —si es que respecto de ellas logra probarse la concurrencia de todos los elementos de la culpa (26). Por lo demás, los inconvenientes que supondría aplicar la atenuante 4 del artículo 9 a los casos en los que el mal resultante haya tenido lugar dentro de un delito doloso no dis-

(24) El ejemplo está tomado de OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho Penal*, cit., pp. 97 y 98.

(25) Cfr. HUERTA TOCILDO, Susana, *Adiós al homicidio preterintencional*, en Revista Jurídica Española «LA LEY», núm. 1.041, pp. 191 a 202. Sobre el tratamiento actual —vía concurso de delitos— del denominado «homicidio preterintencional» por nuestra Jurisprudencia, vid. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de Derecho Penal*. Parte Especial. Delitos contra las personas, Madrid, 1986, pp. 31 y ss.

(26) En este sentido: MIR PUIG, Santiago, *Adiciones de Derecho español*, cit., pp. 432 y 433.

tinto al propuesto (v. gr.; el autor quiso causar lesiones de las que normalmente se hubiera sanado en 32 días, pero produce lesiones que tardan en curar 89 días) hacen que dicha atenuante haya perdido en la actualidad toda posibilidad de aplicación *razonable* —lo que justifica plenamente, sin que el problema del dolo eventual sea un obstáculo para ello— su desaparición de la PANCP.

De otra parte, si con la apreciación de la atenuante 4 del artículo 9 (o eventualmente con la analógica del núm. 10 del mencionado precepto) lo que se pretende es rebajar en uno o dos grados la pena correspondiente al delito doloso (art. 61, regla 5) cuando el hecho se cometiére a título de dolo eventual, nos encontraríamos ante el mismo problema y obstáculo valorativo que hacía insostenible la tesis de referir la pena del dolo eventual a los preceptos que sancionan la imprudencia: tal atenuación de la pena carecería absolutamente de justificación (v. gr., la pena inferior a dos grados a la del homicidio doloso —que en principio podría corresponder al homicidio doloso eventual— es la de prisión menor. Exactamente la misma pena que prevé el artículo 565, 1 para el homicidio ocasionado por imprudencia temeraria). Si, por el contrario, con la apreciación de la circunstancia atenuante mencionada no se pretende rebajar para el delito doloso eventual el marco penal previsto para los hechos dolosos y sí sólo, con razón, hacer posible la imposición de la pena prevista para el delito doloso *pero* en sus grados mínimo o medio, entonces la construcción teórica expuesta perdería su razón de ser y utilidad ya que tal cosa sería posible, sin necesidad de recurrir a circunstancia atenuante alguna, haciendo uso el Tribunal del arbitrio que le confiere el artículo 61 del Código penal.

Ello supone reconocer, efectivamente, el menor contenido de injusto del dolo eventual frente a otras modalidades de dolo, aunque no se compartan ciertas argumentaciones tendentes a demostrar la corrección de la afirmación antedicha (27). «Decidirse por la realización del tipo» —frente a lo que sostiene Bustos Ramírez— creo que supone algo más que un mero elemento subjetivo del injusto sumado a la imprudencia: indica una forma de querer la realización del tipo que transforma a la imprudencia en *algo sustancialmente distinto* —a saber: en dolo. De otra parte, los datos comunes que unen al dolo eventual y a la culpa con representación no permiten afirmar que aquel partícipe de la naturaleza de ésta: *si la culpa desaparece, tampoco puede haber dolo directo*. Por último, la exigencia de garantía que comporta el principio de legalidad creo que puede satisfacerse —y sancionar al dolo eventual con las penas del dolo— sin necesidad de recurrir a la circunstancia 4 del artículo 9: se cuenta ya con las cláusulas generales de la imprudencia (arts. 565, 586, 3 y 600 C. p.) de tal forma que *todo lo que escape de ellas, o es fortuito (atípico), o se adecúa al tipo de un delito doloso*. Todo ello lleva a rechazar dogmáticamente, además, la tesis —de negativas consecuencias político-cri-

(27) Como la contenida en BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal español*, cit., pp. 214 y 215.

minales en orden a la protección de los bienes jurídicos— según la cual sólo pueden sancionarse a título doloso eventual aquellos tipos susceptibles de comisión culposa.

— III —

Y hasta aquí la teoría. El problema radica ahora en saber si la clara diferenciación teórica entre el dolo eventual y la culpa con representación *puede ser llevada a la práctica con seriedad*, esto es, de forma racional y controlable, no de modo intuitivo o emocional. Debemos reconocer, de entrada, que las dificultades en este terreno son grandes.

Para la concurrencia del dolo eventual no sólo se precisa la conciencia del peligro para el bien jurídico. Es necesario, además, que el autor juzgue el riesgo de realización del tipo como relativamente *elevado*. Y aquí empiezan las dificultades: porque lo expuesto supone que el Juez ha de entrar a valorar si el autor, en el momento de la acción, juzgó el riesgo de realización del tipo como poco elevado o como muy elevado. La dificultad expuesta puede ser extrema cuando la probabilidad advertida por el autor ni es muy elevada ni es muy pequeña. Es imposible cuantificar los porcentajes de probabilidades, y aunque fuera posible, no existiría ninguna razón para elegir una cifra —el 20 por 100 o el 30 por 100— como frontera entre el dolo (eventual y la culpa consciente (28).

Para la concurrencia del dolo eventual resulta necesario, por otra parte, que el autor se conforme con la realización del tipo como consecuencia posible de su acción. Pero, que el autor cargue con la incertidumbre de la posible realización del tipo aceptando como posible la lesión del bien jurídico, es algo que no se puede deducir, sin más, de la realización de la acción por parte del autor. En cualquier caso, la afirmación del dolo eventual requeriría probar que de todas formas el autor no actuó en la confianza de la ausencia del resultado, ya que *hay culpa* consciente en aquellos casos en los que *el autor actuó confiando, de todos modos, en la no realización del tipo*. La investigación en este terreno deviene en altamente insegura ante la dificultad de constatar criterios (objetivos u objetivables) para solventar las dudas de la práctica.

Ante esta situación, procede puntualizar, en primer lugar, que la dificultad para determinar en los casos de la práctica si el autor ha actuado con dolo eventual o con culpa con representación es común a todas las «teorías» que intentan *explicar* la diferencia teórica entre ambos conceptos: ninguna de ellas ofrece dificultades probatorias sustancialmente mayores (o menores) a las de las restantes. En segundo término, no es ocioso recordar que los escollos probatorios apuntados no tienen entidad suficiente como para cuestionar la distinción misma entre el dolo eventual y la culpa —y proponer, v. gr., reservar las pe-

(28) En este sentido: MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal*, cit., p. 205.

nas del dolo para sancionar los hechos cometidos con dolo directo y sancionar con las penas de la culpa los hechos cometidos en dolo eventual y por imprudencia. Esto es, la dificultad para determinar en la práctica los supuestos de dolo (eventual) frente a los de culpa no es mayor que la que puede ofrecer cualquier otro problema jurídico de análogas características (v. gr., determinar quién es autor por haber tenido el dominio del hecho y quién participe por no haberlo tenido; afirmar la existencia o inexistencia del error de prohibición y, en el primer caso, si fue vencible o invencible; o determinar, finalmente, ante unas lesiones, si han sido causadas con ánimo de matar o sólo con intención de lesionar). El peligro para la seguridad jurídica que supone en la práctica la tan mencionada diferenciación no define pues —no es característica exclusiva— del problema de la demarcación práctica entre el dolo eventual y la culpa con representación.

Pero también resulta decisivo en este contexto, y en tercer lugar, poner de manifiesto que desde su Sentencia 31/1981, de 28 de julio, el Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que si bien el juzgador dicta Sentencia apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y las manifestaciones del procesado (art. 741 L.E.Crim.), esta apreciación en conciencia ha de hacerse sobre la base de una actividad probatoria que pueda considerarse de cargo, pues sólo la existencia de esa actividad probatoria de cargo puede servir para desvirtuar la presunción de inocencia que beneficia a toda persona según el artículo 24, 2 de la Constitución. No basta, por tanto, con que se haya practicado prueba, e incluso, con que se haya practicado con gran amplitud, ni es suficiente que los órganos judiciales y la policía judicial hayan desplegado el máximo de celo en averiguar el delito e identificar a su autor: el resultado de la prueba ha de ser tal que pueda racionalmente considerarse «de cargo», es decir, que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada, acrediten la culpabilidad del acusado.

Ello no presenta especiales dificultades cuando las pruebas de cargo son directas por recaer inmediatamente —también por confesión del acusado— sobre los hechos relevantes para la condena del mismo, pero sí en los supuestos en los que la prueba es «indiciaria o circunstancial» —orientada a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son constitutivos de delito pero de los que se puede inferir éstos por medio de un razonamiento que vincule los hechos probados con los que se trata de probar (29). Pues bien: entiendo que *un problema absolutamente paralelo* al de la prueba por indicios es el de la prueba de los que, siendo definitivo para la calificación del hecho como doloso o imprudente, es *indiciario de los complejos procesos psíquicos que se dan en la mente del sujeto con relación a los elementos ob-*

(29) Cfr. recientemente: STC, Sala Primera, Recurso de amparo número 558/1983, núm. 174/1985, de 17 de diciembre; Sala Primera, Recurso de amparo núm. 429/1984, núm. 175/1985, de 17 de diciembre («B.O.E.» de 15 de diciembre de 1985).

jetivos de los tipos penales. Por ello, para estos casos debe ser tenida en cuenta —mutatis mutandi— la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre la prueba por indicios. Esta doctrina podría resumirse así:

«Cuando la prueba practicada es la indiciaria puede surgir el problema de si nos encontramos ante una verdadera prueba de este tipo, es decir, ante una actividad que conduce razonablemente a dar por ciertos unos hechos determinados que incriminan al acusado, o si las conclusiones a que se pueda llegar por esa vía no pasan de ser sospechas o datos de los que se desprenden visos o apariencias más o menos acusadoras de que una persona ha podido cometer un delito, pero que no constituyen una base suficientemente firme para que de ellas pueda inferirse razonablemente la culpabilidad del acusado, y no suponen, por tanto, una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia consagrada por la Constitución. El Tribunal Constitucional debe enfrentarse en estos casos con la difícil tarea de verificar si ha existido una verdadera prueba indiciaria o si lo único que se ha producido es una actividad probatoria que, a pesar de su finalidad probatoria, no ha logrado más que arrojar sospechas o sugerir conjeturas sobre la culpabilidad del acusado.

Para trazar la distinción entre uno y otro supuesto, es decir, entre la existencia de una verdadera prueba indiciaria capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, y la presencia de simples sospechas, conviene recordar los criterios usualmente aceptados sobre la cuestión. Una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades. De esos hechos que constituyen los indicios debe llegarse *a través de un proceso mental razonado* y acorde con las reglas del criterio humano a considerar probados los hechos constitutivos de delito. Puede ocurrir que los mismos hechos probados permitan en hipótesis diversas conclusiones o se ofrezcan en el proceso interpretaciones distintas de los mismos. En ese caso el Tribunal debe tener en cuenta todas ellas y *razonar por qué elige* la que estima como conveniente. A la luz de estos mismos criterios hay que examinar la versión que de los hechos ofrezca el inculpado. Ciertamente éste no tiene por qué demostrar su inocencia e incluso el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba no debe servir para considerarlo culpable. Pero su versión constituye un dato que el Juzgador deberá *aceptar o rechazar razonadamente...* En cualquier caso, el razonamiento del órgano judicial —puesto que según el artículo 120, 3 de la Constitución las Sentencias serán siempre motivadas— no puede ser meramente interno, sino que ha de expresarse en la Sentencia» (30).

(30) Cfr. STC. 174 y 175, de 17 de diciembre de 1985, citadas en nota anterior.

Respecto del problema que nos ocupa, todo esto significaría, en particular, lo siguiente: para que no se viole el derecho a la presunción de inocencia (o a la responsabilidad criminal, en caso de duda, por el hecho que merezca la calificación menos grave —en nuestro caso, el delito imprudente de que se trate), el Tribunal debe probar, en primer término, los hechos (indicios) de los que posteriormente va a reducir una responsabilidad criminal a título doloso-eventual y, en segundo lugar, explicitar en la Sentencia el proceso razonado que justifica (con exclusión de la irracionalidad e introducción de factores de control) por qué los indicios (probados), más que arrojar sospechas o permitir conjeturas, constituyen prueba acerca de que el autor actuó con dolo eventual —y no con culpa con representación.

Así las cosas, pasa a un primer plano de interés el estudio de la jurisprudencia reciente donde ha sido tratado de forma directa el problema del dolo eventual, en un intento de explicitar los criterios que se han utilizado en la práctica para operar justificadamente la distinción entre la culpa y el dolo eventual. Del análisis de dicha jurisprudencia se deducen, de todos modos, tres cuestiones que merecen ser tenidas en cuenta a modo de consideraciones previas.

1. El Tribunal Supremo no suele apreciar el dolo eventual en materias socialmente adecuadas y sí, en cambio, el resultado previsible se deriva de una actividad ilícita (31). Esta postura carece totalmente de fundamentación dogmática ya que es falso «que la culpa surja de actos lícitos ejecutados negligentemente, mientras que de los resultados de los actos ilícitos deba responderse a título de dolo» (32). Pese a todo, esta línea jurisprudencial se ha concretado básicamente en dos formas:

A) No apreciando el dolo eventual —aunque se admita en teo-

(31) Como ha puesto de manifiesto CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Criterios jurisprudenciales en torno al delito imprudente*, Memoria para la obtención del grado de Licenciatura, inédita —consultada por gentileza de la autora, Barcelona, 1984. «Sólo en dos casos se plantea este problema en supuestos de imprudencia en la construcción, industria o electricidad (un 12 por 100 del total de supuestos de delitos imprudentes) y en todos se aprecia imprudencia. En supuestos de conducción (un 82 por 100 de los casos) se plantea en ocho ocasiones el problema y en todos se califica como imprudencia, cuando en algunos de ellos, si siguiéramos la teoría de la probabilidad, serían supuestos de dolo, como en la STS de 29 de junio de 1979 (Aranzadi, núm. 2794), en la cual el conducto del vehículo se acerca al arcén para asustar a unos autostopistas —o aquellos otros de conducción con altísimo nivel de alcohol en sangre» (*ob. cit.*, p. 143). «Sólo en un supuesto de circulación se considera el delito doloso, pero en este caso el dolo se aprecia por haber discutido previamente el procesado con la víctima, por lo que como aquél viera a ésta cruzar la calle, lanzó el coche contra ella. No hay, pues, ejercicio de una actividad peligrosa, sino utilización del vehículo para producir un resultado (STS de 16 de noviembre de 1978, Aranzadi, núm. 3671)» (*ob. cit.*, p. 144).

(32) Como con lamentable técnica afirma la STS de 29 de marzo de 1968 —haciéndose eco de una línea jurisprudencial muy arraigada (exigencia del arranque lícito en la imprudencia) y hoy completamente superada—. Cfr. STS de 7 de febrero de 1985, por citar sólo una reciente.

ría la posibilidad de su concurrencia— en delitos relacionados con la circulación.

El procesado accedió con su vehículo a una plaza y procedió a cruzarla sin observar las debidas precauciones y sin preocuparse de comprobar si algún otro vehículo entraba en la plaza por su derecha. Los resultados ocasionados por la colisión fueron imputados por la Audiencia a título de imprudencia temeraria. El T. S. confirmó la Sentencia puntualizando que si el procesado hubiera continuado su maniobra pese a ver venir otros vehículos, «el hecho podría constituir un delito intencional». (STS de 8 de abril de 1984. J.C. núm. 656).

El procesado conducía un camión, y al llegar a un cruce de calles, estando en rojo el semáforo para continuar pero en luz intermitente ámbar la flecha para torcer a la derecha, como quisiera torcer en esa dirección lo hizo sin ceder el paso preferente a un tranvía que circulaba por la arteria principal y *al que había visto aproximarse*. El T. S. considera «incurso la conducta en la imprudencia temeraria, en su límite con el dolo eventual». (STS de 8 de mayo de 1967. J.C. núm. 518).

De noche, el procesado conducía por una carretera ancha, recta y de buena visibilidad a 100 Kms./h. y con luces largas, pero distraído y de tal modo desatento a su cometido que no vio que le precedía correctamente y con luces perfectamente visibles un ciclomotor, al que arrolló causando la muerte de sus dos ocupantes. El T. S. también estima en este caso «imprudencia temeraria rayana con el dolo eventual». (STS de 1 de abril de 1970. J.C. núm. 365).

Posiblemente en todos estos fallos subyace —aunque no se explique— el criterio de que *el riesgo que haya corrido el propio autor* en el momento de realizar la acción puede *en ciertos casos* ser racionalmente indicativo de la culpa frente al dolo. Podría pensarse, en base al mismo, que los causantes de accidentes, en la generalidad de los casos, actúan confiando en que, pese a lo peligroso de su acción, de todas formas, la lesión del bien jurídico ajeno —y propio (!)— no se va a producir.

Quizá por ello ni siquiera se planteó la posibilidad del dolo eventual al calificar la conducta del procesado, que adelantó a un autocar en línea continua, sin prestar atención a la proximidad de una curva y con total dejadez ante los posibles vehículos que circularan en sentido contrario (balance del accidente: dos muertos). STS de 5 de octubre de 1973. J.C. núm. 1102).

Pero en otros casos sumamente discutibles en los que el procesado no llegó a correr ningún riesgo, ni el Tribunal de Instancia ni el Tribunal Supremo han apuntado la posibilidad de que el hecho pueda ser calificado como doloso (eventual).

X conducía un autobús detrás de un ciclomotor sin prestar la debida atención a la circulación, al manejo del mismo y a las distancias reglamentarias que deben guardarse entre los vehículos —y todo ello pese a llevar roto el freno de pie. El autobús llegó a golpear al ciclomotor hasta tres veces, derribándolo en la última y atropellando a su conductor, que resultó muerto. El conductor del autobús en ningún momento utilizó el freno de mano ni cambió a una marcha más corta para frenar el vehículo —pese a que hubiera podido hacerlo al circular a una velocidad moderada. El hecho fue calificado como homicidio por imprudencia temeraria. (STS de 25 de septiembre de 1967. J.C. núm. 936).

B) Justificando el tratamiento del homicidio preterintencional a través de la aplicación del artículo 407 Código penal en relación con la atenuante 4 del artículo 9 en base al razonamiento según el cual el homicidio doloso que sirve de base a la mencionada calificación ha sido causado realmente con dolo eventual.

J. L. se abalanzó por la espalda sobre X, cogiéndole con sus manos del cuello y presionándole tan fuertemente que le obligó a bajar la cabeza hasta la altura de las rodillas. X empezó a sufrir desde entonces dolores de cabeza y desvanecimientos. Nueve días después, T se encontró con X y como se produjera una discusión entre ambos, T propinó a X un violento golpe en la nuca que le hizo caer al suelo, reaccionando más tarde y siguiendo su camino. X falleció unos días después a consecuencia de un derrame cerebral. La Audiencia condenó a J. L. y a T. como autores de un delito de homicidio doloso con la atenuante de preterintencionalidad. El T. S. confirmó la Sentencia «ya que el dolo de propósito (sic.) contra las personas lleva implícito otro dolo eventual para posibles consecuencias más graves...». (STS de 8 de noviembre de 1962. J.C. núm. 1156).

A y B se enzarzaron en una pelea. Como rodaran y cayeran a un solar que estaba a 4 metros de desnivel, A falleció de resultas del golpe recibido en la cabeza. Calificada la conducta de B como constitutiva de un delito de homicidio doloso con la atenuante de preterintencionalidad, el T. S. confirmó la Sentencia pues «en la conducta del procesado hubo dolo imperfecto, pero intencionado» (sic). (STS de 28 de enero de 1970. J.C. núm. 90).

El procesado, tras gastar bromas a la víctima en la taberna, le siguió a la salida y sin ánimo de causarle un quebranto personal grave le arrojó diversas piedras de tamaño inferior a su puño que le alcanzaron en el abdomen. El acentuado hábito asténico del ofendido y la falta total de tejido adiposo en su vientre dio lugar a que tales piedras produjeran dos perforaciones intestinales que determinaron su fallecimiento. Calificada la conducta en base al artículo 407 en relación con el artículo 9, 4 —todos ellos del Código penal— el Tribunal Supremo confirmó la Sentencia «porque quien ejecuta una acción sabiendo que pro-

bablemente producirá un daño corporal con ella y origina un mal de mayor gravedad que el representado y admitido, ha de responder de aquél por dolo: pues el que previó lo acogía su voluntad en cuanto fuera necesario para alcanzar el fin distinto propuesto». (STS de 2 de junio de 1970. J.C. núm. 872).

Este grupo de sentencias es acreedor de crítica en un doble sentido. En primer lugar *porque no puede establecerse una presunción* en el sentido de que la intención de lesionar lleve implícita el dolo eventual respecto del resultado de muerte derivado de la lesión: la muerte puede ser también imprudente o simplemente fortuita por su carácter imprevisible. En otras palabras: el dolo eventual debe probarse y difícilmente podrá haber prueba del mismo si en el relato fáctico —como ocurre en la STS de 24 de junio de 1970— se reconoce (aunque no sin contradicción) que la muerte de la víctima *no fue admitida* por el procesado. En segundo término, porque afirmada la existencia del dolo eventual respecto del resultado previsible, carece de justificación apreciar la circunstancia atenuante de preterintencionalidad —como, por lo demás, ha reconocido el mismo Tribunal Supremo en fallos posteriores.

El procesado, como vio que un grupo de personas pegaban carteles de signo político no compartido por él en la fachada de su casa, les arrojó desde el balcón primero y desde la terraza después varios cubos de agua. Ante la persistencia del grupo en su actividad, tomó un ladrillo de 1.350 gramos y lo arrojó desde su balcón contra el grupo, dándose cuenta de que si alcanzaba a alguien podría ocasionarle la muerte y aceptando y admitiendo dicha posibilidad letal —nunca directamente deseada. Condenado por homicidio doloso sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, el T. S. rechazó en casación la aplicación de la atenuante de preterintencionalidad ya que «afirmado el dolo eventual, la pena ha de ser la del delito doloso puesto que la ley equipara su penalidad pese a la menor perversidad del agente y menor riesgo social que el dolo eventual entraña». No entra en consideración la atenuante de preterintencionalidad —prosigue el T. S.— en cuanto está pensada «para casos de este tipo», ajenos al que es objeto del recurso. E. T. S., de todas formas, hizo uso de la facultad que le confiere, cara al indulto, el artículo 2 Código penal. (STS de 19 de diciembre de 1978. J.C. núm. 1099).

Los procesados (José y Fernando) observaron en la carretera a dos chicas haciendo auto-stop. Se ofrecieron a llevarlas en su coche con la finalidad de cohabitar con ellas utilizando los medios que fueran precisos. Durante el viaje los procesados exteriorizaron sus intenciones, a lo que las chicas se negaron, amenazando con tirarse en marcha del vehículo si no lo detenían. Primero se arrojó una chica, ocasionándose lesiones que determinaron su muerte días después. Entonces Fernando pidió a José

que detuviera el coche, cosa que éste no hizo, por lo que se arrojó la segunda chica, que no sufrió lesiones. José fue condenado por un delito de homicidio doloso-eventual sin concurrencia de circunstancias. El T. S. niega la aplicación de la de preterintencionalidad, «pues la total conducta del agente está transida de dolo» y la atenuante de preterintencionalidad, se afirma, está pensada para atenuar la pena de resultados más graves —culposos o fortuitos (sic.)— no abarcados por el dolo del agente. (STS de 3 de mayo de 1982. J.C. núm. 596).

Una mujer estaba enferma física y psíquicamente, anémica y altamente alcoholizada. Su marido, que no ofrecía a ésta ninguna colaboración, tampoco recabó auxilio médico; antes al contrario, le propinó terribles palizas en cinco fechas perfectamente determinadas. Tras la última, pese a dejarla ensangrentada, sin sentido y caída en el suelo, tampoco avisó a médico alguno —lo que sí hicieron los vecinos—. Pese a todo, la mujer falleció dos días después. Al parricidio doloso-eventual no se le aplica en este caso la atenuante de preterintencionalidad, «ya que en definitiva dicha circunstancia nunca podrá estimarse, pues el resultado estuvo tan cerca de la intención, incluso directa, del agente, que no es posible valorar positivamente la intensidad y eficacia sobre la acción culpable que caracterizan a esta atenuante. (STS de 24 de abril de 1984. Aranzadi, núm. 2372).

2. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha considerado que son revisables en casación:

A) Los juicios de valor a través de los cuales el Tribunal de Instancia deduce que el autor ha actuado con dolo eventual —expresamente admite esta posibilidad la STS de 19 de noviembre de 1978 (J.C. núm. 1099). Especial consideración merece en este sentido la STS de 3 de mayo de 1982 (J.C. núm. 596).

Los procesados montaron a dos chicas en su automóvil. Al proponerles tener relaciones sexuales, éstas amenazaron con tirarse del vehículo en marcha si su conductor no paraba. Como no lo hiciera, se arrojó una chica, que falleció. Posteriormente, pese a la petición del acompañante del conductor para que éste detuviera el vehículo, que fue desatendida, se arrojó la segunda, que no sufrió lesiones.

La Audiencia consideró a ambos procesados autores de un homicidio doloso eventual. El Tribunal Supremo casa la sentencia manteniendo intacto el pronunciamiento respecto del conductor —que pese a todo mantuvo indiferente la marcha—, aunque no así en los que hace a su acompañante, al que condena en base al artículo 407 en relación con el artículo 565, ambos del Código penal. «El juzgador —afirma el T. S.— ha de realizar una fina y exhaustiva investigación para llegar a la convicción de que hubo dolo eventual: y de los hechos probados se deduce que el acompañante del con-

ductor creyó que la amenaza de las mujeres era tan sólo una bravata, y al convencerse de que no era así, pidió a aquél que detuviera el vehículo». Ello supone, se concluye, que en todo momento actuó confiando en la no producción del resultado que efectivamente se produjo.

B) La misma teoría seguida por el Tribunal de Instancia para diferenciar en el caso concreto al dolo eventual de la culpa con representación.

La procesada tenía una hija de quince días. Entre las seis de la mañana y las dos de la tarde le dio cinco biberones de leche en polvo en cantidad no determinada, y a las tres horas —aproximadamente, a las cinco de la tarde— otro biberón de 200 gramos, provocando conscientemente síntomas de asfixia en la niña; siéndole indiferente el posible resultado letal, a las 17,30 horas llamó al médico, quien se personó encontrando a la niña ya cadáver. Tras expulsar gran cantidad de agua por boca y nariz, los médicos que practicaron la autopsia encontraron un estómago dilatado y con agua en cantidad de 80 c.c. La niña falleció por asfixia a consecuencia de penetrar agua en su aparato respiratorio. (STS de 4 de julio de 1980. J.C. núm. 887).

La Audiencia condenó a la procesada como autora de un delito de parricidio doloso eventual —por serle indiferente el posible resultado letal de su hija. El T. S. anuló la Sentencia, pues «del siéndole indiferente el posible resultado letal» —que permitiría afirmar el dolo eventual con arreglo a la teoría del sentimiento— no se deducen los requisitos del dolo eventual. Este exige, según la STS que comentamos, «la aceptación o ratificación del evento representado como seguro (sic.) en la mente del autor» y ello es incompatible con el dato de que la madre llamara al médico al observar que la niña vomitaba agua.

3. En cuanto a los criterios teóricos para distinguir en la práctica los supuestos de dolo eventual y culpa con representación, el Tribunal Supremo ha rechazado las teorías de la probabilidad y del sentimiento para acoger, en términos de proporcionalidad muy próxima, las del asentimiento y la que aquí hemos denominado mixta o ecléctica.

A) Con relación a la teoría de la probabilidad ofrecen dudas las STS de 3 de enero de 1962 (J.C. núm. 6) y 5 de octubre de 1973 (J.C. núm. 1102).

El procesado, guarda jurado, se hallaba vigilando una finca con una carabina de 9 mm. Cuando pasaba por un lugar que ofrecía difícil visión respecto a quien huyendo se inclinase, observó que diversas personas habían entrado en la finca para robar residuos de corcho; éstas, al divisar al guardia, salieron corriendo

por una de las laderas de la cañada. El guarda, sin ánimo de herir ni de matar a nadie, sino con el de asustarles para que se detuvieran, hizo tres disparos, con tan absoluta falta de cuidado que no orientó la puntería de su arma de forma que tuviera absoluta seguridad de no causar mal en las personas, habida cuenta de la existencia de arbustos en la ladera por donde huían las personas antes mencionadas y la posibilidad de que tales arbustos ocultaran alguna otra. Por esta causa, el tercer disparo alcanzó a..., que no fue visto por el procesado. (STS de 3 de enero de 1962).

El procesado adelantó a un autocar pese a existir en la calzada una línea continua, sin prestar atención a la proximidad de una curva y con total dejadez ante los posibles vehículos que circularan en sentido contrario. Se produjo efectivamente una colisión con el balance de dos muertos. (STS de 5 de octubre de 1973).

En ambos fallos se estiman causados los resultados por imprudencia temeraria, pues el hecho «implica máxima temeridad rayana en el dolo eventual por la suma probabilidad del acacimiento lesivo» (STS de 3 de enero de 1962) y «dado el alto grado de probabilidad de que ocurriera lo que efectivamente ocurrió» (STS de 5 de octubre de 1973). No queda claro, pues, si el Tribunal Supremo se inclina por la teoría de la probabilidad —con la que de todos modos sería *incongruente*— o por otra distinta —al estimar que el sumo o alto grado de probabilidad de realización del tipo no permite, sin más, afirmar el dolo eventual.

La teoría de la probabilidad sí parece seguirse con claridad en otras resoluciones de nuestro Tribunal Supremo:

El procesado tuvo relaciones sexuales con una mujer de quince años. Frente al alegato de la defensa en el sentido de que aquél no conocía la edad de la misma, se afirma el estupro doloso, «pues no hubo evidente desproporción entre la realidad cronológica y la apariencia física de la mujer, y el autor no retrocedió ante la posibilidad y la probabilidad de yacer con una menor de dieciséis años». (STS de 29 de marzo de 1965. J.C. núm. 551).

Conduciendo su coche, el procesado notó un fuerte golpe en la parte delantera del mismo que casi le hace perder la dirección. Los acompañantes le rogaron con insistencia que parase, a lo que no accedió, continuando muy nervioso su marcha unos kilómetros. Como posteriormente comprobara que en el guardabarros había abolladuras, pero no manchas de sangre, continuó su viaje. El T. S. consideró doloso el delito de omisión del deber de socorro, pues para ello es suficiente que por la forma, circunstancias y lugar, sea racionalmente presumible que con toda probabilidad se originó el quebranto personal. Y en el caso presente no es que el procesado no se enterara del mismo, sino que más bien se resistió obstinadamente a comprobarlo cuando estaba

en la fundada creencia de haberlo producido. (STS de 2 de diciembre de 1967. J.C. núm. 1430).

En otros casos absolutamente similares, el T. S. afirmó el dolo eventual respecto de delito de omisión del deber de socorro «por ser racionalmente previsible con toda probabilidad que se originó el quebranto personal» (STS de 30 de mayo de 1970. J.C. núm. 729) y «porque el procesado se representó como probable la realización del tipo». (STS de 28 de junio de 1971. J.C. núm. 962).

No obstante, la Jurisprudencia reciente ha adoptado una postura crítica respecto de la teoría de la probabilidad. Así ocurre en la STS de 4 de julio de 1980 (J.C. núm. 887), ya reproducida, y en la STS de 20 de abril de 1977 (J.C. núm. 555):

El procesado, que quería que su antigua novia volviera con él, discutió acaloradamente con la misma, advirtiéndole que de no hacerlo se matarían ambos. La discusión se llevó a cabo en el interior de un automóvil en marcha y adquirió tal acaloramiento que, en una recta, el procesado puso el coche a toda velocidad: como siguiera discutiendo, se desatendió de la conducción, perdiendo el control del vehículo y colisionando con otro que venía en sentido contrario. Falleció el conductor de este último vehículo y sufrieron lesiones graves tanto el procesado como su novia. El T. S. confirmó la Sentencia del Tribunal de Instancia apreciando homicidio y lesiones ocasionadas por imprudencia temeraria.

En ambos fallos el Tribunal Supremo adopta una postura crítica respecto de la teoría de la probabilidad, pues es «un criterio que bien se ve que ensancha los dominios de dicha especie dolosa a costa de su figura vecina, pues si el peligro es antesala obligada de la culpa y aquél no es otra cosa que la posibilidad cognoscitiva de la producción de un acontecimiento dañoso determinado, ya se ve que basta la representación o previsión del resultado, sin indagación alguna sobre la posición de la voluntad del sujeto, para que surja el dolo eventual, siendo así que el dolo, en cualquiera de sus especies, es conciencia y voluntad del hecho punible; es decir, que para salvar el elemento emocional del dolo se supone la volición del resultado asumido por el sujeto ante la objetiva probabilidad de su producción....».

B) La teoría del sentimiento sólo conozco que se haya seguido en una ocasión:

El procesado fabricaba cola con productos volátiles tóxicos. Lo vendió a una empresa que lo utilizó, produciéndose dos muertos y diversos lesionados entre los operarios que respiraron el gas que desprendía el pegamento. Aplicado por la Audiencia el artículo 342 en relación con el 348 —ambos del Código penal— el T. S. anuló la Sentencia por estimar que el artículo 348 es

un claro supuesto de dolo eventual, por lo que si dichos resultados no están abarcados por el mismo, se deberá responder de ellos por imprudencia. Y estima la no concurrencia del dolo eventual en el caso concreto por «no existir en los procesados indiferencia absoluta ante el hecho de que el evento dañoso llegara a producirse». (STS de 17 de noviembre de 1970. J.C. número 1257).

No obstante, fallos posteriores —STS de 20 de abril de 1977, J.C. núm. 555 y STS de 4 de julio de 1980, J.C. núm. 887— la han rechazado, pues si bien «añade algo más al pensamiento de la pura representación, a saber, la pasividad, la indiferencia de los sentimientos del autor frente al resultado pensado por él como posible y aún probable; incluso tales sentimientos pueden ser de esperanza o agrado, pero la voluntad en sí misma permanece inerte, por lo que también en esta posición doctrinal, si bien ya se da entrada a la afectividad, no se compromete la total esfera psíquica del sujeto, no exige tampoco el imprescindible elemento volitivo del dolo».

C) La teoría del asentimiento parece haber sido recogida en la STS de 15 de febrero de 1986 (J.C. núm. 257):

X libró 27 letras de cambio en las que hizo figurar como aceptantes a conocidos suyos y a entidades comerciales de la comarca. Presentadas al banco para su despacho, éste exigió de su hermano, Z, que firmara como avalista: Z firmó pese a constarle lo desproporcionado de los giros. X fue condenado por sendos delitos de falsedad y estafa; Z como autor de un delito de falsedad «por imprudencia temeraria rayana en el dolo eventual»: pues si bien es cierto que Z ignoraba la simulación que de las letras había hecho su hermano, debió pensar que así era por lo desproporcionado de los giros. Pese a todo el hecho no se calificó como doloso «por lo impremeditado que resultó para Z el hecho de estampar las firmas ante la llamada sorpresiva efectuada con tal fin por el Banco».

Con más claridad se sigue esta teoría en los siguientes fallos:

El procesado adelantó de forma imprudente, por lo que no divisó a un peatón que caminaba correctamente por la carretera al que atropelló dándose inmediatamente a la fuga. La Audiencia estimó cometidos los delitos de homicidio imprudente y omisión (dolosa) de socorro. El T. S. confirmó la Sentencia, pues para que haya dolo no es necesario un conocimiento perfecto y directo de lo ocurrido (dolo directo), sino que basta el eventual en el que el autor se representa como probable el hecho y, pese a todo, ratifica su voluntad de no socorrer. (STS de 28 de octubre de 1971. J.C. núm. 1270).

El procesado, que había comprado un coche a plazos, antes de terminar de pagarlo lo abandonó durante bastante tiempo dando lugar a que éste quedara desguazado y casi inservible. El

T. S. admite que hay daños dolosos por omisión. Se afirma el dolo eventual porque el autor se representó las consecuencias de su acción como más que probables y consintió en las mismas. (STS de 20 de abril de 1972. J.C. núm. 612).

El procesado golpeó y abofeteó fuertemente a una chica en la cabeza con los puños cerrados, haciéndola caer varias veces al suelo, donde continuó golpeándola. Posteriormente la introdujo en un coche y siguió golpeándola y zarandeándola fuertemente, arañándole la cara y arrancándole los pelos mientras le decía: «espábilate». Por dos veces paró el coche, bajo a la chica, dándole la primera vez un puñetazo que la dejó sin sentido y la segunda golpes en la cabeza que la hicieron caer al suelo. La chica falleció. Se estima el dolo eventual porque el procesado asintió a la realización de un resultado altamente probable con probada voluntad ratificadora del mismo. (STS de 18 de marzo de 1980. J.C. núm. 310).

La afirmación del dolo eventual por la «aceptación o ratificación del evento» o por el hecho de «consentir, aceptar y hacerse cargo del mismo» se llevó a cabo en las STS —ya citadas— de 4 de julio de 1980 (J.C. núm. 887) y de 3 de mayo de 1982 (J.C. núm. 596). No conozco que la teoría del asentimiento haya merecido ninguna referencia crítica por parte de nuestra Jurisprudencia.

D) Correctamente (combinando la conciencia de la peligrosidad de la acción con un momento estrictamente volitivo) la jurisprudencia se ha decantado en diversas ocasiones por la teoría que aquí hemos denominado mixta o ecléctica.

Con la finalidad de gastar una broma, el procesado acercó a la región anal de la víctima un tubo de aire comprimido, presionando contra la misma por algún tiempo. La víctima falleció. La Audiencia estimó cometido un homicidio doloso con la atenuante de preterintencionalidad. El T. S. anuló la Sentencia estimando que los hechos constitúan un delito de homicidio imprudente —se niega la existencia de dolo eventual pues a la fácil previsión del resultado mortal no se acompañó una aceptación hipotética del resultado de muerte. (STS de 21 de noviembre de 1962. J.C. núm. 1229).

El procesado retiró de la administración de loterías determinados décimos de los que hizo más participaciones de las posibles, que vendió. También vendió los mismos décimos. El número salió premiado en el sorteo. La Audiencia estimó que los hechos constitúan un delito de apropiación indebida por el importe de los décimos, debiendo ser objeto de reparación civil el importe de los premios. El T. S. mantiene, por ser intrascendente respecto de la pena, la calificación de los hechos como constitutivos de una apropiación indebida —cuando en realidad integran una

estafa. Y considera que la apropiación indebida lo es por el importe de los décimos y los premios (ya que lo importante, afirma, es el perjuicio de la víctima, no el enriquecimiento del autor). En cualquier caso, el hecho se entiende cometido a título de dolo eventual ya que el autor se «representó intensamente la posibilidad del resultado y *asumió correr el riesgo* de causar el perjuicio que causó con tal de alcanzar la meta que se proponía». (STS de 28 de junio de 1967. J.C. núm. 837).

Se planea un robo en el que el autor lleva un arma con la idea de utilizarla si encuentra resistencia por parte de la víctima. Como ésta se resistiera, el reo le disparó produciéndole la muerte. Afirmado el robo con homicidio, de forma tangencial el T. S. afirma que el dolo eventual exige prever el resultado como probable «*y aceptar también como probable el desenlace*». (STS de 16 de junio de 1976. Aranzadi, núm. 3085).

El procesado arrojó desde un balcón un ladrillo de 1.350 gramos contra un grupo de personas sin desear de ningún modo directamente la muerte de alguna de ellas. El ladrillo alcanzó a X, que falleció. El T. S. afirma la existencia de un homicidio doloso eventual «pues el autor *aceptó la probabilidad* de producción del mal, *confiando al azar* que éste se produjera o no». (STS de 19 de diciembre de 1978. J.C. núm. 1099).

El procesado, tras revisar un vehículo, salió a probarlo en compañía de un amigo. Eligió un circuito para carreras de carts y lanzó el vehículo a gran velocidad por la estrecha, angosta y sinuosa pista plagada de curvas muy acentuadas (pensada para una clase de vehículos distinta al del utilizado). El coche volcó falleciendo el acompañante. Calificados los hechos por la Audiencia como constitutivos de un delito de homicidio por imprudencia temeraria, el T. S. confirmó la Sentencia por la total irreflexión y olvido de las más elementales normas de cuidado con que actuó el procesado —rozando los límites del dolo eventual, «ya que el reo, más que confiar en su propia destreza para evitar el resultado tan claramente perceptible, había de *encomendarse al puro azar*, mezquina y problemática barrera para evitar el daño que se presentaba como altamente probable». (STS de 20 de diciembre de 1978. J.C. núm. 1102).

Un mayor esfuerzo de congruencia, en mi opinión, dadas las conclusiones del Tribunal Supremo, debió conducir, si ello resultaba procesalmente posible, a estimar el dolo eventual.

E) Finalmente, no faltan fallos que, tras la exposición acrítica de algunas de las teorías que permiten diferenciar al dolo eventual de la culpa con representación, acogen todas ellas para justificar la calificación del hecho como doloso. La STS de 24 de abril de 1984 (Aranzadi, núm. 2372), ya citada, considera:

«... que el acusado... obró con *dolus eventualis*, representándose el eventual resultado como probable, aceptándolo, tolerándolo y admitiéndolo y, finalmente, siéndole indiferente que su mujer falleciera o no a consecuencia de los malos tratos infligidos de forma tan brutal».

— IV —

Aparte todas estas cuestiones, y retomando el hilo de la exposición, debe subrayarse que normalmente (33) la Jurisprudencia ha sido respetuosa con la exigencia de fundamentar la responsabilidad criminal a título doloso-eventual a través de un razonamiento en el que se adopten como puntos de partida unos hechos probados indiciarios de la concurrencia de tal modalidad de dolo.

«... el Tribunal ha de valorar todas las circunstancias concurrentes para poder deducir el dolo eventual de una forma *racional*». (STS de 30 de mayo de 1970. J.C. núm. 729).

«... la *diagnosis ex post* de todos los hechos y de todas las circunstancias concurrentes han de llevar a la conclusión de que el procesado aceptó la producción del resultado» (STS de 20 de abril de 1977. J.C. núm. 555).

«... el juez, en el caso concreto, ha de realizar una *finis y exhaustiva investigación* para llegar a la convicción de que el procesado actuó con dolo eventual». (STS de 3 de mayo de 1982. J.C. número 596).

«... se han de *analizar y valorar* los actos de naturaleza objetiva exteriorizados por el autor, atendiendo no sólo a los *medios* de ejecución, sino también a las *palabras, circunstancias* o hechos, *de toda índole*, que precedieron, acompañaron y subsiguieron a la dinámica comisiva rodeándola y aureándola». (STS de 24 de abril de 1984. Aranzadi, núm. 2372).

En consecuencia, no puede afirmarse el dolo eventual si falta la prueba de sus elementos —STS de 21 de noviembre de 1962, J.C. número 1229; si lo que ha sido objeto de prueba sólo arroja dudas acerca

(33) Se exceptúan aquellos supuestos en los que se «presume» el dolo eventual para poder imputar a título de dolo resultados más graves de los queridos por el autor —si éste, originariamente, tenía una intención «agresiva». Así, en supuestos de homicidio preterintencional (STS de 8 de noviembre de 1962. J.C. núm. 1156; 28 de enero de 1970, J.C. núm. 90, y 24 de junio de 1970, J.C. núm. 872) y de lesiones preterintencionales (STS de 2 de noviembre de 1978, J.C. núm. 875. Se refiere al jugador de fútbol que, como el árbitro concediera un gol dudoso al equipo local, se dirigió a éste y, tras protestar, le empujó sin intención de agredirle. El árbitro cayó de espaldas produciéndose lesiones que tardaron en curar 21 días. La Audiencia calificó los hechos como constitutivos de una falta del art. 586, 3 C. p. El T. S. casó la Sentencia y apreció un delito de lesiones dolosas).

de la intimidad psíquica del acusado (*in dubio pro reo*) —STS de 20 de abril de 1977, J.C. núm. 555, o si el razonamiento utilizado por el Tribunal *a quo* para afirmar la existencia del dolo eventual es incorrecto o defectuoso —STS de 3 de mayo de 1982, J.C. núm. 596.

No obstante, hay supuestos en los que es el mismo razonamiento utilizado por el Tribunal Supremo para afirmar el dolo eventual el merecedor de crítica. Basar la concurrencia del dolo eventual en el dato de «no retroceder» el autor ante la posibilidad y la probabilidad de realizar el tipo penal (el procesado tuvo relaciones sexuales con una mujer de quince años cuya edad desconocía) (34) o afirmar «que si como expresa el conocido refrán castellano: *el movimiento se demuestra andando, el dolo eventual se demuestra actuando*» (muerte de una mujer a consecuencia de las cuatro agresiones de las que fue víctima por la misma persona en un corto espacio de tiempo) (35), supone olvidar que el hecho de que el autor cargue con la incertidumbre de la posible realización del tipo, es *algo que no se puede deducir sin más* de la realización de la acción por parte del mismo. Parafraseando el conocido refrán castellano (?) podría decirse que el actuar puede *mostrar* un dolo eventual, pero no *demonstrarlo*. Justamente en esta línea —y con razón— el propio Tribunal Supremo ha subordinado la existencia del dolo eventual a que el autor no actuara confiando en que, de todos modos, el resultado no se iba a producir. El «confiar en la propia destreza para la evitación del resultado» (36), o el «actuar confiando en que el resultado no se producirá» (37) son, frente al dolo eventual, características esenciales del actuar imprudente (culpa con representación).

De otra parte, el dato de que el autor haya hecho algo —*positivamente*— para evitar la realización del tipo que aparecía ante él como previsible, puede resultar de gran utilidad —sin revestir excesivas dificultades probatorias— para afirmar la culpa con representación frente al dolo eventual: indicativo de que el autor «no estaba a lo que resultase» puede ser, en efecto, que con sus actos intentase, de alguna forma, evitar que la realización del tipo quedase absolutamente al azar (38). Este criterio fue utilizado correctamente por la STS de 4 de julio de 1980 —J.C. núm. 887—. Se enjuiciaba a la madre que produjo la asfixia de su hija de quince días al darle una cantidad excesiva de biberones. La Sentencia de la Audiencia Provincial —que estimó parricidio doloso— fue casada por el Tribunal Supremo en base al dato de que la madre llamó al médico al observar que la niña vomitaba agua —lo que se consideró incompatible con la aceptación del resultado de muerte de la niña.

Pese a todo, el criterio expuesto, simplemente indicativo, no puede ser utilizado «a la inversa» para afirmar el dolo eventual allí donde

(34) STS de 29 de marzo de 1965, J.C. núm. 551.

(35) STS de 18 de marzo de 1980, J.C. núm. 310.

(36) STS de 20 de diciembre de 1978, J.C. núm. 1102.

(37) STS de 3 de mayo de 1982, J.C. núm. 596.

(38) Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, 1974, p. 51.

—ante la posible realización del tipo— el autor «no haga nada por evitarla».

El procesado buscó habitación a otro —que fue condenado por un delito de estupro— para que pasara la noche con una mujer menor de quince años. Condenado aquél por un delito doloso del artículo 452 bis b), núm. 2, recurrió en casación alegando no haber visto a la mujer ni saber la edad que tenía. El T. S. estimó el recurso y llevó la calificación del terreno del dolo directo a la de la imprudencia sin plantearse siquiera el problema del dolo eventual —no fue obstáculo, acertadamente, para esta calificación el dato de que el procesado *no hiciera nada* para indagar acerca de la edad de la mujer. (STS de 28 de marzo de 1968. J.C. núm. 482).

El procesado facilitó habitación y cama a una pareja —la mujer tenía veintitún años— sin exigir documentación alguna acreditativa de edad o estado. La Audiencia consideró que los hechos constituían un delito doloso del artículo 452 bis d) del Código penal. La defensa recurrió en casación alegando desconocimiento de la edad de la mujer. El T. S. confirma en esta ocasión la Sentencia de Instancia «pues obligado es a quien se dedica a hospedajes, asegurarse comprobando la mayor edad de veintitrés años» a que se refiere el precepto. El no hacer nada por evitar su realización se alza aquí como argumento decisivo para afirmar la responsabilidad dolosa. (STS de 22 de mayo de 1970. J.C. número 673).

Esta última forma de proceder no me parece correcta: el criterio anteriormente expuesto, como digo, no puede ser utilizado *por regla general* «a la inversa» ya que puede darse el caso de que el autor no haya hecho absolutamente nada para evitar la realización del tipo y, pese a todo, no se conforme con la misma, *estimando erróneamente innecesaria* la adopción de precauciones específicas.

Con relación a los escasos criterios que ofrece la práctica para operar la distinción a la que tantas veces me he referido, deben hacerse, para terminar, tres consideraciones:

1. El dolo eventual exige, como mínimo, que por la forma y circunstancias del hecho resulte racionalmente previsible —para el autor— la alta probabilidad de la realización del tipo (STS de 2 de diciembre de 1967. J.C. núm. 1430). Quiere ello decir que para afirmar el dolo eventual —de forma paralela a cómo se exige para fundamentar el actuar imprudente y sus diversas escalas de gravedad (39)— el dato de si el autor, en el momento de la acción, ha contado seriamente con la realización del tipo habrá de valorarse teniendo en cuenta sus conocimientos y capacidades.

(39) Cfr. con amplitud: ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *La infracción del deber individual de cuidado en el sistema del delito culposos*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, vol. II, 1984, pp. 321 y ss.

Ante el hecho de producir la madre la muerte de su hija de corta edad por darle una cantidad excesiva de biberones, el T. S. consideró, frente a la opinión de la Audiencia, que se había cometido un parricidio imprudente. El dato decisivo para casar la Sentencia de la Audiencia —que estimó parricidio doloso— fue el de que la madre llamara al médico al notar síntomas de asfixia en su hija. Secundariamente, el T. S. tomó también en consideración el hecho de que la madre sufriera una oligofrenia que la hacía de nueve años de edad mental. (STS de 4 de julio de 1980. J. C. núm. 887).

2. Para actuar con dolo eventual se requiere, además, conformarse con la posible realización del tipo —aprobar o aceptar aprobando la misma (si es que se sigue, como a veces lo ha hecho el Tribunal Supremo, la teoría del consentimiento o asentimiento). En cualquier caso, faltará este requisito del dolo eventual cuando el autor, pese a la previsibilidad de la realización del tipo, no haya tenido ocasión, serenidad o tiempo material de adoptar reflexivamente una postura voluntativa con relación a la misma.

El procesado avaló unas letras de cambio simuladas por su hermano, pese a que debió pensar —dada la desproporcionalidad de los giros en relación al negocio de ambos— en la falsedad de las mismas. El T. S. deduce del hecho (falsedad) una responsabilidad a título imprudente dado que el avalista fue llamado por el Banco para que firmara de forma sorpresiva, lo que ocasionó que estampara su firma de forma impremeditada. De no haber sido así, concluye el Tribunal Supremo, se hubiera derivado una responsabilidad a título doloso-eventual. (STS de 15 de febrero de 1986. J.C. núm. 257).

3. Procede terminar con una consideración crítica en torno a la STS de 28 de octubre de 1983 (J.C. 1424), en la que se concreta un peligro denunciado en diversas ocasiones por la doctrina.

A y B proponen la venta de heroína a X. Este, a su vez, lo comunica a otras tres personas. Realizados los tratos, y como A y B se retiraran a dormir, surge en X y sus amigos la idea de apoderarse ilícitamente de la droga. Con este fin, deciden narcotizarlos con cloroformo. Consta que X tapó fuertemente la boca de B con algodones empapados en cloroformo. Hecho esto, se apoderó de la droga, ató a B de pies y manos a la cama y huyó del lugar. B resultó muerto por asfixia mecánica derivada de la obstrucción de las vías respiratorias.

El T. S. no duda de la existencia de dolo eventual en esa muerte. No tiene en cuenta al efectuar esta consideración el conocimiento que pueden tener los autores sobre la peligrosidad de su conducta, ni siquiera si pudieron prever el desenlace de sus actos. Fundamenta, por

el contrario, la calificación de homicidio doloso en el carácter y condición del autor, traficante de drogas movido por la intención de robar. En base a estos datos presume el dolo en el sentido de aprobar o aceptar el resultado de muerte. Esta forma de proceder, no debe olvidarse, significa un *juicio sobre la personalidad de los autores*, no sobre los hechos por ellos cometidos (40).

(40) Vid. ampliamente CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *En el límite entre dolo e imprudencia: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1983*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, septiembre-diciembre 1985, pp. 961 y ss.

La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes*

Por M.^a LUISA MAQUEDA ABREU

Profesora Titular de Derecho penal en la Universidad de Granada

I. INTRODUCCION

Resulta lamentable la necesidad de enfrentarse en nuestros días con la realidad de una práctica que la filosofía de la razón y del sentimiento, característica del Siglo de las Luces (1), parecía haber desterrado definitivamente del mundo civilizado.

Pero quizá lo ingenuo sea creer que la deslegitimación de una práctica, por lo demás ciertamente útil (2), podía servir para erradicar-

* Quiero agradecer a José Miguel Zugaldía Espinar y Guillermo Portilla Contreras, también profesores de Derecho penal de esta Universidad, la estrecha colaboración que me han prestado en la realización de este trabajo.

(1) Es usual atribuir a este siglo el mérito de haber censurado seriamente la práctica del tormento, estableciendo los fundamentos sobre los que habría de sustentarse su abolición definitiva como institución legal (vid. ampliamente esos fundamentos, así como numerosos datos relativos a su progresiva desaparición de los ordenamientos europeos, en FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, II, 1953, pp. 244 ss. También, LANGBEIN, *Torture and the Law of Proof*, Universidad de Chicago, 1977, pp. 10 ss.). No debe olvidarse, sin embargo, que en épocas anteriores, en especial durante los siglos XVI y XVII, se habían manifestado ya actitudes de oposición a esta «bárbara costumbre» —como la calificaba VERRI— con argumentos que posteriormente serían utilizados en su mayoría por los pensadores ilustrados (cfr. especialmente, VERRI, *Observaciones sobre la tortura*. Trad. y prólogo de Rivacoba y Rivacoba, Buenos Aires, 1977, p. 116; también FIORELLI, *Ob. cit.*, pp. 223 ss.), cuya originalidad radicó en haber orientado sus dotes críticas y reformistas no ya frente a la institución concreta de la tortura, sino más ampliamente sobre todo el sistema penal y procesal que le servía de sustento (En este sentido, Tomás y VALIENTE, *La tortura en España*, Barcelona, 1973, pp. 141 ss.).

(2) Sea como medio de averiguación de «la verdad», sea como instrumento de intimidación (TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, p. 216) o de castigo (FIORELLI, *Ob. cit.*, I, p. 9). Esta afirmación no es incompatible, en todo caso, con aquella otra que relativizando la eficacia de la tortura en su pretendida función de descubrimiento de la verdad, la conceptúa más bien como medio destinado a obtener una confesión que, en la mayoría de los casos, no es sino la que espera oír el torturador. En este sentido se pronuncia SAVATER cuando afirma que «lo más terrible de la tortura, lo que la hace objetivamente inacabable, es que la verdad sea establecida por el verdugo. El inquisidor —señala el autor— es el dueño de la verdad y el amo también del dolor, tiene el poder y la ideología que condiciona la pregunta y

la, y es más realista pensar a cambio, que ese gesto simbólico no hizo sino marcar un hito más en la evolución de la tortura; evolución que, bajo el pretexto de salvaguardar la sensibilidad de los hombres (3) y adecuarse al avance del saber y de la razón, ha ido oscureciendo más y más su uso.

Fueron, en efecto, sensibilidad y razón las que hicieron olvidar los «juicios de Dios» y los sustituyeron, reglamentándolos, por «juicios de los hombres», e idénticos valores convertirían más tarde la prohibición de esos juicios, en sus formas más crueles y arbitrarias, en prescripción de silencio, en secreta tolerancia. Las palabras de Verri son ilustrativas de la superación de aquella primera etapa en el empleo de la tortura: «Disminuida con el tiempo la grosera ignorancia, advirtieron los pueblos lo irracional de tales formas de juzgar, y la del hierro, la del agua hirviente y la del fuego, que herían la atención de la multitud porque se practicaban en público con solemnidad y precedidas de las más augustas ceremonias, debieron ceder y desaparecer a medida que progresó la razón; mientras que practicándose la tortura en lo recóndito de la cárcel sin otros testigos que el juez, los corchetes y el desgraciado que la sufre, no encontró obstáculo para perpetuarse...» (4).

la respuesta ... La víctima debe decir la verdad, pero no su verdad o la verdad ... sino la verdad del inquisidor». «El adversario absoluto», *Teoría y presencia de la tortura en España*, (obra conjunta), Barcelona, 1982, p. 20. En el mismo contexto cabe situar la opinión crítica de BECCARIA cuando afirma: «Las leyes te torturan porque eres reo, porque puedes ser reo, porque quiero que seas reo...», *De los delitos y de las penas*, Cap. XVI, trad. de Jordá Catalá, 1.ª ed., Barcelona, 1983, p. 86.

Pero es que el hecho de que la confesión obtenida sea falsa y pueda sobre ella pronunciarse una condena injusta, no le resta hoy como ayer utilidad a la práctica de la tortura. Antes, porque, como afirma TOMÁS Y VALIENTE, la condena de los reos representaba un mérito en la carrera de los jueces como prueba de su eficacia en la represión del crimen (*Ob. cit.*, p. 116); ahora, por idénticas razones, si bien referidas, por lo general a la policía y a la fase previa de investigación de los delitos. En todo caso, muestra inequívoca de su utilidad es, como se ha indicado, la persistencia en su uso (así RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal. P. E.*, Madrid, 1983, p. 714), y si bien es cierto que no puede dejar de valorarse el rechazo social que su práctica puede suscitar frente al actuar ilegítimo de los poderes públicos (RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho Penal, P. E.*, Madrid, 1985, p. 77), no lo es menos que esa eventual reacción se obvia mediante el habitual silencio que rodea a su ejercicio.

(3) En este «discurso del corazón» al que se refiere FOUCAULT, los reformadores hablan en primera persona: «... el cuerpo, la imaginación, el sufrimiento, el corazón que respetar —como señala aquel autor— no son los del criminal, sino los de los hombres que, habiendo suscrito el pacto, tienen el derecho de ejercer contra él —sea éste ya condenado o todavía torturado— el poder de unirse. Los sufrimientos son los de los jueces o los espectadores...», *Vigilar y castigar*. Trad. de Garzón del Camino, 5.ª ed., Madrid, 1981, pp. 95 y 96.

(4) *Ob. cit.*, p. 108. La desaparición de las ordalías o «juicios de Dios» y el inicio en el empleo de la tortura como medio de prueba del Derecho Común se remonta a la Baja Edad Media, favorecido por el movimiento de intensificación del estudio del Derecho Romano y, bajo su influencia, por la creciente conciencia de la autoridad del Estado. Vid. en este sentido, TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, pp. 213 y 214. Más ampliamente FIORELLI, *Ob. cit.*, pp. 68 ss.

A partir de ese momento, el espectáculo y la luz que habían acompañado a la historia del tormento serían proscritos y su ejecución progresivamente sometida a procedimiento. La tortura, concebida como mecanismo de producción de «la verdad» (5) pasa a ser, como ha señalado Foucault, un ejercicio reglamentado y calculado de sufrimientos (6). Una cualidad que los pensadores del siglo XVIII, en su creciente sensibilización frente a la barbarie, no sabrían valorar suficientemente, limitándose a condenar su empleo y deslegalizar su uso, quizá en la ingenua presunción de que «borrado el tormento de la ley quedaba extinguido de la vida real» (7).

Hoy, en efecto, ha desaparecido lo que de cálculo y transacción (8) había en la tortura, su reglamentación públicamente reconocida y aceptada, muchos de sus métodos demasiado burdos para ser mantenidos, pero no su práctica que, aun a costa de su consciente ocultamiento, de su pretendida ignorancia, permanece entre nosotros. Se ha consumado así una fase en la que lo cuidadosamente oscuro de su ejecución no era suficiente para prolongar su uso y necesitaba para pervivir negar su existencia misma.

Ello explica esa hipocresía que atribuye Fiorelli a la sociedad oficial moderna «que quiere hacer creer a sí misma que ha renunciado para siempre a la tortura» (9) o, en su caso, esa actitud no menos hipócrita de quienes, abrumados por la evidencia, se ven obligados a admitir su presencia si bien como hecho ocasional, obra de unos cuantos individuos aislados, agresivos y sádicos (10); actitud esta última que, a cambio

(5) Así se definía en la Partida 7, Ley I, Tít. XXX, como «manera de prueba, que fallaron los que fueron amadores de la justicia para escodriñar e saber la verdad por él de los malos fechos que se fazen encubiertamente, e non pueden ser sabidos, nin provados por otra manera. E tiene muy gran pro para cumplir la justicia...», *Las Siete Partidas*, Madrid, 1844, p. 516.

Esta eufemística descripción de la tortura debe entenderse relativizada por las consideraciones realizadas *supra* en nota núm. 2.

(6) *Ob. cit.*, p. 42. «El tormento, afirma este autor, no es una manera de arrancar la verdad a toda costa; no es la tortura desencadenada de los interrogatorios modernos; es cruel, ciertamente, pero no salvaje. Es una práctica reglamentada que obedece a un procedimiento bien definido» (p. 46); que, de no observarse, podía atraer responsabilidad criminal para el juez (TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, p. 131).

(7) TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, p. 160.

(8) En este sentido, FOUCAULT, *Ob. cit.*, p. 45.

(9) *Ob. cit.*, I, p. 4.

(10) Esta versión estereotipada de la tortura ha sido especialmente combatida en nuestros días por AMNISTÍA INTERNACIONAL. Con motivo del caso griego, este organismo había puesto de manifiesto, tras el relato de diversas aberraciones sexuales realizadas por los detenidos por parte de los oficiales de ESA, que «tales perversidades individuales no constituyen la causa de ningún sistema de tortura. Más bien, creado este sistema para sostener las necesidades políticas de quienes ocupan el poder, sus agentes ponen de manifiesto unas pautas de conducta que, en otras circunstancias, no tendrían ocasión de exhibir», *La tortura en Grecia, El Primer proceso por torturas en 1975*, 1.ª ed., Barcelona, 1978, p. 40. Parecidas consideraciones se encuentran en su *Informe*, Madrid, 1984, p. 4.

Si se comparan estas consideraciones precedentes no puede aceptarse como justificación la que recoge en nuestro país SERRANO GÓMEZ: «No se

de identificar tortura y psicopatología, obtiene la tranquilizante imagen de este fenómeno «como algo morboso que los ciudadanos normales no cometen (sino), sólo los de mentes perversas o desviadas», lo que permite localizar cómodamente su práctica «en un compartimento estanco que aparece ajeno a la bondad natural del sistema...» (11).

Lejos, pues, de esta mixtificación que, todo lo más, nos conduciría a inútiles divertimentos «criminológicos» carentes de valor teórico y práctico, se impone la tarea de situar el problema de la tortura en el contexto apropiado; y éste, como repetidamente se ha puesto de manifiesto por los estudiosos del tema, no es otro que el de la estrategia política, donde aquélla se configura como instrumento, a veces privilegiado, de salvaguarda de los que se califican como «altos» intereses del Estado (12). La propia historia del desenvolvimiento de esta institución, permite apreciar su desigual empleo en atención a las necesidades de fortalecimiento del poder y primordialmente en función de los delitos capaces de cuestionar los mecanismos y recursos últimos de ese mismo poder (13). De ahí, la eficacia que tradicionalmente han tenido en la justificación, más o menos encubierta, de esta execrable práctica; argumentaciones de corte idealista, tales como el de su pretendida necesidad para la defensa de «valores superiores» (14) que,

puede evitar, señala el autor, que algún interrogador pueda incurrir en alguna incorrección profesional o personal ... Pensar que esto no pueda ocurrir sería elevarlos a una condición de pureza angelical que no es de este mundo» —y que nadie pretenda, cabría añadir—. *Prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Madrid, 1976, pp. 133-134. *Vid.* también una interpretación «psicológica» peculiar del fenómeno de la tortura, poco consistente a mi entender, en RIVACOBA Y RIVACOBA en *Prólogo*, cit. a Consideraciones de Verri, p. XXXIX. Este autor describe muy claramente, sin embargo, el paso de la tortura «legal» a la tortura «encubierta» con consideraciones críticas frente a la falsedad e hipocresía actual que, sorprendentemente, terminan en un juicio positivo d alabanza al «progrso d la concincia moral de la humanidad» (?), p. XL-XLI.

(11) FABREGAS POVEDA, «Institución y tortura encubierta», *Contra la tortura* (obra conjunta), ed. a cargo de Corominas y Farré, Barcelona, 1978, pp. 269 y 270. «El torturador, como afirma este mismo autor, no puede desinsertarse del contexto político, del que no es más que un producto destilado» (p. 271). En parecidos términos se pronuncia COLODRÓN, en *Introducción* a esta obra, p. 15; y RALLO, «Psicología del torturador», en la misma obra, p. 95. *Vid.* también, *La tortura en Euskadi*, Ed. Revolución, Madrid, 1986, pp. 161 ss.

(12) En este sentido, aparte los ya citados en notas precedentes, FIORELLI, *Ob. cit.*, II, p. 225; TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.* pp. 162 y ss.; PERIS, *Juez, Estado y Derechos Humanos*, Valencia, 1976, p. 284.

(13) TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, pp. 216 ss.

(14) Este argumento no tiene, en efecto, nada de nuevo. Ya se refería a él VERRI cuando afirmaba refiriéndose a los jueces, que éstos, en su mayor parte, «se habían habituado gradualmente a la tortura por un principio respetable, esto es, sacrificando el horror de los males de un hombre solo, tenido como delincuente, en vista del bien general de la sociedad entera creyéndola necesaria para la seguridad pública...», *Ob. cit.*, pp. 3 y 4. *Vid.* También FIORELLI, *Ob. cit.*, II, p. 225 y TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, p. 142. No es de extrañar, por tanto, que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECri., en adelante), en su Exposición de Motivos, previniera ya frente a esos funcionarios que actúan «animados por un espíritu receloso

tarde o temprano, han terminado por identificarse falazmente con el bien de la sociedad en su conjunto (15). Y tan contundente y bien tramada se presenta esa argucia que, muy a menudo, hace perder de vista el profundo divorcio que existe, aún en los regímenes democráticos, entre Estado y sociedad, y hasta qué punto las constantes exigencias de reafirmación del primero —como aparato de poder que es, con su inmanente vocación a la dominación y al autoritarismo— entrañan un importante riesgo en las garantías de libertad y seguridad de la segunda. Tiene, pues, razón Tomás y Valiente cuando señala que el problema de la tortura es, en definitiva, «el del límite del poder político» (16).

Modernamente, las condiciones de excepcionalidad que se reclaman como imprescindibles en la lucha contra el terrorismo, han ofrecido un pretexto de extraordinaria utilidad para ir ensanchando, bajo la apariencia de legitimidad que acompaña a toda decisión «democrática», los contornos de aquel límite y resolviendo, sin reservas, el viejo dilema Estado-individuo, en favor del primero. Este y no otro es, en realidad, el motivo velado pero determinante de la «secreta» pervivencia de la tortura en los *viejos Estados de Derecho* de nuestros días (17).

y hostil que se engendra en su mismo patriótico celo por la causa de la sociedad que representan» para que, «en ningún caso sean sacrificados los derechos individuales al interés mal entendido del Estado» (subrayado mío). *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 2.ª ed., preparada por Moreno Catena, Madrid, 1985, pp. 29 y 30. Sobre la validez de esta justificación en la actualidad, vid. AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe* (1984), cit., p. 9.

(15) Como cabe inferir de la nota precedente. Puede aquí trasladarse la crítica que dirige PASUKANIS a aquellas teorías que deducen sus principios de los intereses de la «sociedad en su conjunto» en el sentido de que no son sino «deformaciones conscientes o inconscientes de la realidad». «La sociedad en su conjunto no existe —concluye el autor— sino en la imaginación de los juristas». *Teoría General del Derecho y Marxismo*, trad. de Zapatero, Barcelona, 1976, p. 149.

(16) *Ob. cit.*, p. 244.

(17) No es que se menosprecie como análisis el del fenómeno de la tortura en los regímenes dictatoriales donde aquella práctica se produce y se reproduce sin medida y sin disimulo, pero también sin legitimidad, ni interna ni, sobre todo, externa: sirvan como muestra exigua respecto de las experiencias recientes de Grecia y Argentina, las obras de *La tortura en Grecia*, cit. y *Nunca más*. Informe de la Comisión Nacional sobre la desaparición de personas, donde figuraba como presidente E. Sábato, Barcelona, 1985.

Si se destaca preferentemente en este trabajo la pervivencia de aquel mismo fenómeno de la tortura en los Estados formalmente reconocidos como democráticos es por lo caracterizado y digno de destacar y criticar que es su elaborado recato y la apariencia de legitimidad que logran conferir a todo aquello que realizan, por muy ilegítimo que ello sea.

II. LA TORTURA Y OTROS TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA DE LA COMISION Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (*)

Si, pues, lo que separa decisivamente el pasado y el presente de la práctica de la tortura es el esfuerzo día a día perfeccionado por ocultarla, ello tenía que afectar necesariamente a su concepto y, más propiamente aún, a la misma definición de su existencia.

Cuando las primeras Constituciones liberales hubieron de reflejar, de acuerdo con el estado de racionalidad existente, el rechazo frente a aquella práctica tradicional (18), les bastó declararla prohibida, sin necesidad de pasar a precisar su objeto, características o límites. Se trataba simplemente de transformar en «ilegal» y como tal constitutiva de delito una violencia hasta entonces amparada y regulada por el Derecho (19). El que alguno de aquellos textos fundamentales proscribiera otros usos que parecía desligarse de la noción clásica de tormento (20) —como sucedió en nuestro país con la Constitución de Bayona y la de Cádiz, respecto de los llamados «apremios ilegales»— no podía, en todo caso, llevar a confusión, porque nadie ignoraba que con su mención se aludía a nuevas formas de violencia —indirecta— que, no obstante, tenían cabida en el marco bien definido de la tortura (21). Esta, todavía al tiempo de su abolición, era primordialmente

(*) Merece destacarse que hace sólo unos días la Comisión ha aceptado a trámite una demanda presentada por los presuntos inculcados en el caso Bultó por torturas, dirigida contra el Gobierno español. *Vid.* Diario «El País» del 11 y 12 de octubre de 1985, pp. 24 y 25, respectivamente.

(18) A finales del siglo XVIII, la práctica del tormento había experimentado un notable retroceso: En algunos países había sido ya prohibida por virtud de leyes o decretos (FIORELLI, *Ob. cit.*, II, pp. 259 ss.); en otros, como España, era oficialmente tolerada, pero la resistencia mostrada por los magistrados a presenciar estos hechos había determinado que su empleo fuera cada vez más exiguo. De ello quedó constancia en las sesiones de Cortes donde se debatió el texto del Decreto de abolición del tormento de 1911, al hacerse expresa la petición de un diputado de que se hiciera mención en el texto «en honor de la magistratura española ... que a pesar de la (ley) que regía en contrario, de veinte años a esta parte no se había usado en España la tortura». Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, pp. 153, 155 y 159.

(19) De «violencia legal» era calificada la tortura en la Ordenanza Criminal de Austria y de Bohemia, como refiere en su comentario RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *Prólogo*, cit., p. XXXIX.

(20) Aunque en este trabajo se usan indistintamente las expresiones «tortura» y «tormento», éstas son susceptibles de una distinción terminológica, según la cual, la primera sería sinónimo de «prueba en general» y la segunda designaría más concretamente «el procedimiento aflictivo». Tiene razón, en todo caso, TOMÁS Y VALIENTE cuando señala que ésta u otras distinciones son sutilezas que carecen de sentido y, por tanto, deben ser abandonadas, *Ob. cit.*, p. 113, nota núm. 9.

(21) Los «apremios ilegales» eran, en efecto, un método indirecto de tortura consistente en la colocación a los presos de «esposas», «perrillos» o bien, en su encierro en «calabozos extraordinarios» (en estos términos se refería a ellos el Decreto de abolición del tormento de 1911) o, finalmente, en la aplicación de cualesquiera otros medios de coacción física dirigidos a arrancar

concebida como instrumento judicial de prueba dirigido a obtener mediante el dolor una confesión o testimonio del declarado preso (22).

Ciertamente que este concepto estricto de tortura resultaba incluso ya entonces demasiado estrecho —nadie niega, por ejemplo, que junto a aquella finalidad básica existieran otras como las de castigar (23) o intimidar (24)— y es evidente que el paso del tiempo exigiría de él una ulterior adaptación y desarrollo.

Este esfuerzo ha correspondido en la actualidad a organismos de carácter internacional que han venido marcando, a través de sus declaraciones, las pautas a seguir por las leyes fundamentales de todos los Estados; y puede decirse que, a partir de aquí, el concepto formal de tortura ha ido progresivamente enriqueciéndose al tiempo que perdía precisión en sus contornos. A ello ha contribuido, sin duda, la aparición a nivel normativo de otras nociones, esta vez sí de confusa valoración, que parecen querer usurpar a aquélla, quizá en un afán por desdramatizar su uso, la relevancia histórica que le corresponde. No otro significado ha tenido en la práctica el empleo tan generalizado como mal definido en leyes, convenciones y tratados de la expresión «penas o tratamientos crueles, inhumanos y degradantes», breve y eufemísticamente conocida por «malos tratos». Bajo la apariencia de venir a cubrir el espacio representado por formas menos graves de violencia que la tortura y gracias a la imprecisión de su concepto, basado en un criterio de valoración tan arbitrario como la gravedad, ha terminado por hacer inservible o, en su caso, de validez excepcional, aquella noción básica.

les una confesión o testimonio. Esta denominación sería nuevamente empleada, como se verá, en el Código penal de 1848 (art. 291,1) y subsiste aún en el Código penal argentino (art. 144,2). CREUS en su interpretación de este último precepto, ofrece un concepto similar de aquel término. Apremio es —dice— «un procedimiento coaccionante que ... tiene una finalidad trascendente a él mismo: lograr una determinada conducta en el apremiado (tradicionalmente, una manifestación sobre un hecho ocurrido): Ejemplificadoramente, lo identifica con las amenazas, imprecaciones, órdenes intimidatorias, etc....» (*Derecho Penal, P. E.*, I Buenos Aires, 1938, p. 314). En todo caso, es importante destacar que quienes primeramente introdujeron esta fórmula en un texto legal (en 1911), ya habían hecho constar que se trataba de «un medio más o menos disimulado de tortura» que no merecía, por tanto, ser siquiera citado expresamente. Vid. TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, pp. 158 y 159.

(22) Para una definición más amplia y detallada, TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, p. 113.

(23) En este sentido, se manifiesta FOUCAULT, cuando señala que con la tortura «se ponía en juego legítimamente una práctica que tenía un doble papel: comenzar a castigar en virtud de las indicaciones ya reunidas, y servir de este comienzo de pena para arrancar el resto de verdad que todavía faltaba» «La tortura judicial, en el siglo XVIII, concluye, funciona en medio de una extraña economía en que el ritual que produce la verdad corre parejo con el ritual que impone el castigo», *Ob. cit.*, p. 48. También FIORELLI apunta esa naturaleza híbrida de la tortura como institución procesal y «anticipo de pena», *Ob. cit.*, I, p. 4.

(24) Así, TOMÁS Y VALIENTE, *Ob. cit.*, p. 216. En cuanto a su carácter, más que su finalidad, humillante y degradante, era obvio si se tiene en cuenta que era un procedimiento no utilizado respecto de personas de posición preeminente desde el punto de vista social (nobles, personas «constituidas en dignidad», jueces, etc....). *Ob. cit.*, pp. 121-122.

Ello era previsible desde el momento en que las notas que acertadamente se han descrito hoy como características de la *tortura* —dolor o sufrimiento físico o mental (25) *de carácter grave* (26), infligidos directa o indirectamente por funcionario del Estado (27), en persecución de un propósito concreto, sea de obtener información o confesio-

(25) Esta forma refinada y perfeccionada de tortura cuya invención y puesta en práctica, como señala FIURELLI, se suma a las glorias de nuestro siglo (*Ob. cit.*, p. 279) se encuentra hoy recogida, como no podía ser de otro modo, en cuantas definiciones de tortura se han dado en la actualidad. En concreto, merecen citarse, por su amplio alcance, el artículo 1 de la Declaración de Naciones Unidas de 1975 y del Proyecto de Convención y supresión de la tortura elaborado en Siracusa por la Asociación Internacional de Derecho Penal (1977); el artículo VIII del Proyecto de Código penal Internacional (Vid. BASSIOUNI, *Derecho Penal Internacional. Proyecto de Código Penal Internacional*, Trad. y anexo de De la Cuesta Arzamendi, Madrid, 1984); también, el artículo 5 de la Carta africana de los derechos del hombre y de los pueblos de 1981 y el artículo 7 de la Declaración islámica universal de los derechos del hombre de 1981; estos últimos, cit. por SUDRE, «La notion de «peine et traitements inhumains ou dégradants» dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme», *Revue Générale de Droit International Public*, t. 88, 1984, p. 832, nota núm. 21. Asimismo, se destaca esta exigencia en la definición de tortura que ofrecen la Asamblea Médica Mundial (Tokyo, 1975) y las obras de autores como BERJSTAIN, «Lagunas en la normativa deontológica policial» (Nueva política criminal contra la tortura y el terrorismo, *Revista de Derechos Humanos*, primavera, 1983, p. 13; y DEL TORO, «El nuevo delito de tortura», *La reforma del Derecho Penal* (obra conjunta), Barcelona, 1980, p. 293. Lo que deba entenderse por esta modalidad de tortura lo expresa AMNISTÍA INTERNACIONAL en su *Informe* de 1984, al señalar que se trata de «modernos métodos psicológicos de coacción extrema de los detenidos» (p. 14); lo que incluye —por expresa dicción del artículo 7 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1966—, el ensayo de técnicas de experimentación médica y científica sobre detenidos sin su libre consentimiento (p. 15). Sobre unos y otros métodos y sus efectos, vid. CAPARRÓS, «Efectos de la tortura sobre la personalidad», *Contra la tortura*, cit., pp. 165 ss.

(26) Este criterio de la gravedad, que se presta a las más arbitrarias valoraciones y que ni siquiera sirve adecuadamente, como luego se verá, al fin pretendido (que parece ser el de diferenciar la «tortura» de «otros malos tratos»), aparece asimismo recogido en las diversas definiciones —ya cit.— que se han elaborado en torno a esta institución, aunque no siempre bajo idéntica expresión; a veces se emplea, como índice de gravedad, la práctica «sistemática» de dolores físicos y mentales (Asamblea Médica Mundial); otras veces, con mayor imprecisión si cabe, se exige que el dolor, aparte de «cruel», sea «superior al que por razones personales y sociales puede sufrir normalmente la víctima» (?) (DEL TORO, *Ob. cit.*, p. 293). Finalmente, en contra de esta exigencia, SERRANO GÓMEZ, *Ob. cit.*, pp. 167 y 168.

(27) La exigencia de la intervención de funcionario público en la práctica de la tortura parece decisiva para la configuración de esta conducta a la que, además, aparece vinculada históricamente. Ello no supone, como señala DEL TORO, exteriorizar una posición absolutamente anarquista fundada en «una especial comprensión del poder organizado» (*Ob. cit.*, p. 271); significa más bien la pretensión de dar una valoración separada y distinta a lo que por su especificidad lo merece. La tortura no puede, en efecto, identificarse con cualquier lesión de un particular por cruel y alevosa que ésta sea, porque exige ser valorada en el contexto que le es propio y que no es otro que el de las relaciones de poder —poder «pactado»— que ostenta el Estado respecto de los particulares, y fruto característico de su abuso. Y, como señala SAVATER en una reflexión muy certera, no es lo mismo la conducta individual

nes, de castigar, humillar, desacreditar o intimidar (28)— se declaran abiertamente idóneas para conformar también la esencia de aquellas otras especies menores de tortura y se dejara al intérprete la última

de quien «actúa de manera obcecada y criminal, pero por su cuenta» que la del «inquisidor de comisaría o de cárcel de máxima seguridad» que «es un funcionario público sostenido por nuestras contribuciones al Estado y que abusa del poder que en nuestro nombre se le concede e invoca nuestra seguridad como coartada», *Ob. cit.*, pp. 32 i.f.-33.

Es de destacar, en todo caso, que pese a ser un requisito habitualmente exigido en leyes y declaraciones internacionales relativas a la tortura, existen también textos que reclaman un entendimiento amplio de esta conducta. En este sentido, cabe citar el comentario elaborado por el Comité de Derechos Humanos el 27 de julio de 1982 en torno al artículo 7 del Pacto I. de derechos cívicos y políticos, cuando señala que en el mismo «se protege no sólo a los presos o detenidos, sino también a los alumnos y pacientes de instituciones educacionales o médicas ... aun cuando (los malos tratos) sean infligidos por personas que actúan fuera de la función pública o que no ejercen función pública alguna», cit. por AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe*, cit., Apéndice IV, p. 226. Una muestra de la efectividad práctica de esta recomendación ha sido la admisión por parte de la Comisión de Derechos Humanos del llamado «caso Campbell y Cosans», versante sobre la práctica de castigos corporales de carácter disciplinario en ciertos colegios escoceses. Sobre la resolución de este asunto y de otro similar interpuesto contra Reino Unido (demanda núm. 7907/77), susceptibles ambos de ser calificados como «tratamientos degradantes», Vid. SUDRE, *Ob. cit.*, pp. 854-855 y nota núm. 80. Como oportunamente se ha destacado, esa tendencia cada vez más generalizada de identificar la tortura con todo maltrato físico o psíquico de cualquier persona cumple una función específica no deseable: la de variar este término de significado, «si todo es tortura, nada es tortura», *La tortura en Euskadi*, cit., p. 26.

(28) Es de destacar como rasgo positivo de las modernas definiciones de tortura (en general, de las enumeradas) la aceptación de esta multiplicidad de motivos condicionantes de su práctica. No parece, de otra parte, haber tenido mucho éxito en la práctica de los órganos de la Convención de Derechos Humanos —en contra de lo que opina LIÑÁN NOGUERAS—, el criterio de hacer descansar la distinción entre la «tortura» y los restantes «malos tratos» en el criterio mixto de la finalidad (determinada finalidad) combinado con el de la gravedad de los sufrimientos inferidos. Y ello, pese a que la Comisión —como el propio autor cita— haya definido la tortura como «tratamiento inhumano que tiene por finalidad, por ejemplo, obtener informaciones o confesiones o infligir una pena y es generalmente una forma agravada de tratamiento inhumano»; y también, a pesar de que al calificar de «tortura» los hechos que motivaron la causa de Irlanda del Norte contra el Reino Unido (combinación de cinco métodos de desorientación y privación sensorial de los calificados de «tortura blanca», tales como la colocación de los detenidos de pie contra la pared (el peso del cuerpo descansando sobre los dedos apoyados en el muro), cabeza encapuchada con un saco, sometimiento a ruidos constantes, privación de sueño y privación parcial de alimento) aludiera a su «muy neta similitud con los métodos de tortura sistemática conocidos desde hace siglos» (Cfr. LIÑÁN NOGUERAS, *El detenido en el Convenio europeo de derechos humanos*, Universidad de Granada, 1980, pp. 96 ss.). Una muestra de ello lo ofrece —aparte de otros casos que se citan a lo largo de este capítulo— la solución otorgada por idéntico órgano al asunto *Donnelly*, también contra Reino Unido que, pese a las notables similitudes que presenta con el anterior, fue desestimado como contrario a los tratamientos del artículo 3. Si se acepta la explicación que ofrece SUDRE, cabría pensar que la razón de ser de esta última decisión debe buscarse en la actitud reticente que es lamentablemente característica de la Comisión en el enjuiciamiento de las demandas que se hacen a iniciativa de los particulares, *Ob. cit.*, p. 882. Lo que demuestra, cuando menos, que los criterios seguidos por aquellos órganos de

palabra para valorar en cada caso el grado de intensidad de los sufrimientos producidos y calificar así a su antojo, con ayuda de cualesquiera otros criterios adicionales, la naturaleza de los hechos que se sometieran a su juicio.

Una expresiva muestra de cuanto antecede la ofrece en la actualidad la doctrina y la jurisprudencia establecida por la Comisión y el Tribunal de Derechos Humanos del Consejo de Europa, instituidos por los Estados contratantes del Convenio de 1950 para la protección de aquellos derechos (y de las libertades fundamentales) (29), entre los que figura, en su artículo 3, el de que «*nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*»; una fórmula que, lejos de ser original —como ya se ha adelantado—, aparece recogida en cuantos textos le han precedido y cuantos le siguen en la prohibición de esas prácticas (30) y viene a reproducir, en idénticos términos, la problemática de su interpretación.

1. CRITERIOS DE APRECIACIÓN

La ausencia deliberada o no de directrices válidas por parte de otros organismos que habían tenido la iniciativa en la elaboración de tan desafortunada expresión (31) y la misma inconcreción que le es

carácter internacional son más variados y complejos. El que apunta LIÑÁN NOGUERAS, podría quizá aceptarse como válido para la configuración *prima facie* de los «tratamientos degradantes», como luego se verá.

(29) Este Convenio, firmado en Roma en 1950 ha sido ratificado por España y publicado en el *BOE* de 10-X-1977, lo que implica, de acuerdo con lo establecido por los artículos 1.º, 2.º de la Constitución y 96, 1.º del mismo texto legal de 1978, la vinculación de nuestro país a sus principios. Este, relativo a la prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos y degradantes ha sido, en todo caso, recogido de forma expresa y con idéntica formulación por el artículo 15 de aquel texto fundamental. Un paso adelante en la protección efectiva de los derechos que vulneran estas prácticas supone respecto de este Convenio, el todavía proyecto de Convención europea contra la tortura que viene a suplir una de las principales insuficiencias de aquel otro instrumento legal, a saber, la de posibilitar que la vigilancia y control de aquellos supuestos se realice no ya *a posteriori* —que es cuando permite el vigente Convenio—, sino antes y durante su eventual ejecución. Sobre el alcance y pretensiones de este Proyecto, que aparecen resumidos en sus dieciséis artículos, vid. *Revista de Derechos Humanos*, primavera 1983, cit., pp. 39 y 40.

(30) Vid. la detallada enumeración que ofrece AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe* (1984), cit., pp. 27 a 29 y 222 ss.

(31) Es de observar, en efecto, que pese a la reiterada recomendación de Naciones Unidas de la utilidad de diferenciar la tortura de los otros conceptos vecinos (R. núm. 3.218, de 6-XI-1974, cit. por DEL TORO, *Ob. cit.*, pp. 268-269), todo cuanto esta organización ha aportado en orden al esclarecimiento y distinción de esos términos, aparecidos por primera vez en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 5), ha sido su imprecisa definición de tortura como «forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano y degradante» (art. 1, 2.º de la Declaración de 9-XII-1975) y la apostilla que en 1979 incorporó al Código de conducta de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, donde se limita a sugerir la interpretación de estos últimos conceptos como comprensivos de

característica, hacían temer en un primer momento por la falta de una línea coherente en el enjuiciamiento de los asuntos por parte de aquel Tribunal y aquella Comisión (32); hoy, ese temor se ha mostrado infundado y precisamente por ser «temible» su coherencia.

Siguiendo a Sudre, destacado comentarista de las decisiones de estos órganos (33), podrían resumirse de este modo, las líneas fundamentales de su actuación: El punto de partida viene representado por una diferenciación de conceptos en el seno del artículo 3 y consiguiente jerarquización de acuerdo con el criterio cualitativo de la «intensidad de sufrimientos infligidos», operación esta que va seguida de la fijación de sus correspondientes campos de aplicación con ayuda de lo que el autor califica como «criterios de apreciación relativa», llamados a valorar en el caso concreto las circunstancias internas y externas del asunto que se somete a su enjuiciamiento. La consecuencia final ha sido la de hallar un ámbito propio para cada una de aquellas nociones, lo que pudiera parecer deseable; ahora, la cuestión reside en valorar si los criterios que han servido para aquel fin, y el fin mismo obtenido son aceptables. Podría adelantarse ya que el juicio que merecen es, en todo caso, negativo.

El proceso merece ser, sin embargo, conocido.

Para comenzar, se distingue en relación al precepto en comentario (art. 3), tres niveles diferentes de maltrato que exigen cada uno un grado «determinado» de sufrimiento para ser franqueado y que se ordenan en sentido creciente, siendo la tortura la que ocupa el vértice más alto de esa relación jerárquica. Ello supone ya, respecto de la primera cuestión apuntada —«diferenciación de conceptos»—, dos consecuencias de orden primario: a) la exclusión de ciertas «brutalidades», como las califica Sudre (34), que no alcanzan el mínimo de gravedad requerido —éste viene representado por el «tratamiento degradante»—, pese a ser «moralmente» condenables; b) el que, para alcanzar la calificación de «tortura», los sufrimientos inferidos deben haber superado los niveles antecedentes de «degradantes» e «inhumanos», del mismo modo que este último estadio presupone el precedente. La propia Comisión, con motivo del *asunto griego* (35), había declarado que «toda tortura no puede ser más que un tratamiento

«la protección más amplia posible contra todo abuso, sea físico o mental» (AMNISTÍA I., *Informe*, cit., p. 225).

Tiene, pues, razón SUDRE cuando, a la vista de indicaciones tan exiguas, señala que todo lo que cabe deducir de ellas es que aquellos tratamientos son «menos» que la tortura, sin que ninguna otra precisión venga a esclarecer su específico alcance y contenido. *Ob. cit.*, p. 832.

(32) *Vid.* LIÑÁN NOGUERAS, *Ob. cit.*, p. 94.

(33) *Ob. cit.*, pp. 836 ss.

(34) La Comisión de Derechos Humanos las definía, sin pretensión de exhaustividad, en el sentido de que «podían tomar la forma de bofetadas o golpes dados con la mano sobre la cabeza o la cara», prácticas, añade SUDRE, que son «admitidas o consideradas como «normales» por la mayor parte de los detenidos», *Ob. cit.*, p. 837.

(35) Con motivo de las demandas, esta vez interestatales, presentadas por Dinamarca, Noruega y Suecia contra el régimen de los coroneles en 1970. Más ampliamente, SUDRE, *Ob. cit.*, pp. 827-828.

inhumano y degradante y todo tratamiento inhumano no puede ser más que degradante».

De esta breve exposición resulta que la noción más autónoma de las que se someten a análisis es la de «penas y/o tratamientos degradantes», pues puede concurrir en principio, siempre que se franquee el límite mínimo de intensidad del sufrimiento requerido (?), y éste se halle motivado por una acción que humille o envilezca a una persona ante sus propios ojos o ante los de los demás (36). Los restantes conceptos quedan en una zona oscura e incierta, si se tiene en cuenta que el «tratamiento inhumano» —configurado como forma menos grave que la «tortura» (37)— es definida por la misma Comisión en base al principio de que «provoca *graves* sufrimientos mentales o físicos» (38).

Precisamente para evitar los efectos más indeseables de este criterio aisladamente considerado es por lo que —señala Sudre— los órganos de la Convención no proceden a su apreciación *in abstracto* sino en función del conjunto de circunstancias de las causas (39). La toma en consideración de esas circunstancias es lo que aquel autor califica como «criterio de apreciación relativa del límite de intensidad». Su análisis me parece decisivo.

Este criterio funciona sobre la base de dos parámetros de carácter distinto: uno, de orden interno y variable, que tiene en cuenta los datos que se detallan en cada asunto sometido a su análisis: naturaleza de los malos tratos, duración, efectos físicos y psíquicos sobre la víctima, edad, sexo, estado de salud, etc.; otro, que denomina «sociológico» y que es externo a la causa enjuiciada y de cierta permanencia, llamado a valorar el contexto socio-político en el que se inscribe el asunto considerado.

Lo que deba entenderse aquí por «contexto socio-político» lo describe con todo lujo de detalles el autor francés en una interpretación que parece coincidir con el parecer expresado por la Comisión y el Tribunal de Derechos Humanos, como luego se verá. Para Sudre, ese parámetro sociológico «permite tener en cuenta la evolución de las sociedades democráticas desde 1950..., si (entonces) convenía afirmar los derechos fundamentales contra el Estado, treinta años más tarde,

(36) Por *tratamiento degradante* entiende la Comisión el que «humilla al individuo gravemente ante otros o le impulsa a actuar contra su voluntad o su conciencia». Esta noción fue posteriormente ampliada con motivo del *asunto Patel* y otras veinticuatro demandas presentadas contra el Reino Unido por personas de origen asiático, en el sentido de incorporar como una nota más del concepto y suficiente para constituir esta clase de trato el que la víctima se sienta *humillada, rebajada ante sí misma*, sin necesidad de que trascienda a otros, cfr. SUDRE *Ob. cit.*, pp. 840 y 841 y nota núm. 46.

(37) Cfr. *supra*, la definición de Naciones Unidas (nota núm. 31) e *infra* la de la Comisión de Derechos Humanos (ncta núm. 172).

(38) Según la Comisión, la noción de *tratamiento inhumano* cubre, por lo menos, un tratamiento que provoca voluntariamente graves sufrimientos mentales o físicos y que ... no puede justificarse», cfr. SUDRE, *Ob. cit.*, p. 840.

Es de observar cómo este concepto ha absorbido, al ser sinónima, la expresión de trato cruel que figura en diversas declaraciones de alcance internacional, vid., nuevamente, AMNISTÍA I., *Informe*, cit., pp. 27-29.

(39) *Ob. cit.*, pp. 842-843.

importa sobre todo proteger a las sociedades democráticas europeas o a los derechos que ellas garantizan contra los peligros del terrorismo...». «Se trata —afirma— de conciliar los imperativos de la defensa de la sociedad democrática y los de salvaguarda de los derechos individuales...», «el parámetro sociológico... fija así el límite entre los atentados a los derechos individuales que son necesarios (?) para la protección de la sociedad democrática y los que no lo son. La apreciación del límite de intensidad ... se hará, pues, en función de este parámetro: las consecuencias, como el mismo Sudre reconoce, no son pequeñas» (40) ... «el peso de los intereses contradictorios del Estado y del individuo es confiado a la sola sabiduría de los jueces de Estrasburgo» (41).

Siguiendo con el esquema de explicación teórico que habíamos iniciado es interesante valorar el alcance de los efectos que la aplicación de ese «criterio de apreciación relativa» —tan mediatizado por valoraciones de índole política— produce en su seno: de un lado, como es obvio, permite hacer descender o elevar el límite de franqueamiento del artículo 3 en función de la gravedad, esta vez, de la amenaza que pesa sobre el cuerpo social: cuanto menos perceptible sea esta amenaza, menos elevado será el límite mínimo de sufrimiento requerido y más fácil será la calificación de «tratamiento» del artículo 3; e inversamente, cuanto más gravemente amenazada (por el terrorismo u otros factores de desestabilización) se vea la sociedad democrática en cuestión, más crecerán también los límites de intensidad exigidos por el artículo 3, así como la tolerancia hacia la violación de los derechos humanos implicados (42); de otra parte, y en el terreno concreto de las categorías más graves de maltrato descritas en aquel precepto («tratos inhumanos» y «tortura»), al ir elevándose gracias a las supuestas necesidades de protección de la sociedad los límites requeridos para alcanzar aquellas calificaciones, su ámbito queda notablemente reducido, en especial el de la tortura, que termina por hacerse inoperante para su aplicación a los asuntos, de la gravedad que sean, provenientes de países donde rige una democracia formal. Como señala Sudre, «el campo de aplicación de la tortura... se limita a los casos extremos (régimen dictatorial, guerras civiles o internacionales) y no permanece en la práctica más que el tratamiento inhumano», si bien sólo «aplicable a situaciones asimismo excepcionales» (43).

2. SU APLICACIÓN PRÁCTICA

Lamentablemente, la doctrina y jurisprudencia de los órganos de la Convención han confirmado hasta ahora la validez de esa interpretación teórica. Ello puede apreciarse a partir de un breve recorrido, necesariamente crítico, a través de los diferentes campos de aplicación que aquellos órganos han reservado a los conceptos enumerados en el artículo 3.

(40) *Ob. cit.*, pp. 844-845.

(41) *Ob. cit.*, p. 846.

(42) Cfr. SUDRE, *Ob. cit.*, v. 846.

(43) *Ob. cit.*, pp. 846-847.

En lo que se refiere a la noción de *penas o tratamientos degradantes*, que es la que parece gozar de una mayor protección por su parte, ésta se manifiesta efectiva cuando se trata de conductas aisladas donde no se ventilan conflictos importantes que afecten a la seguridad del Estado (ciertas formas de discriminación racial o de descrédito social o incluso, supuestos de castigos corporales acompañados de humillación pública...) (44) y va debilitándose a medida que están motivadas por supuestas necesidades de represión ... de parte de personal policial o penitenciario que puedan ser justificadas en la defensa de «los intereses de la sociedad». Esta última actitud de consciente indiferencia —que, a veces, se apoya en la ausencia de pruebas relevantes (45); otras, en la falta del grado de severidad requerido (46) (expediente de muy fácil recurso)— se refleja, sobre todo, en relación a los derechos de las personas privadas de libertad (condiciones materiales de detención, medidas vejatorias acompañadas o no de sevicias, insuficiencia o negligencia en los cuidados médicos en prisión...) (47), y tiene

(44) Este se considera, de otra parte, el campo de aplicación «propio» o «natural» de la noción de *pena o tratamiento degradante*. Merecen ser examinadas en este apartado, las decisiones de los órganos de la Convención con motivo del mencionado *supra*, caso *Patel* o el de *Albert y Le Comp. te contra Bélgica* o el de *X*, transexual alemana, contra la República Federal o bien los más conocidos asuntos *Capbell y Cosans* cit. *supra* y el de *Tyrer*, ambos contra el Reino Unido. En este último asunto, que versaba sobre la aplicación de la pena de fustigación en la Isla de Mann, el Tribunal de Derechos Humanos en S. de 25-IV-1978 declaró esta práctica constitutiva de «pena degradante», despreciando el argumento de que la misma hubiera sido aplicada desde hacía largo tiempo y encontrara general aceptación en la opinión pública. Al parecer este supuesto cubría ese *plus*, exigido por estos órganos del Consejo de Europa, en cuanto a la violación de la dignidad humana, sin alcanzar, sin embargo, como se hacía constar en la decisión aludida, el grado de intensidad requerido para constituir tratamiento inhumano o, desde luego, tortura. Cfr. sobre todo ello, ampliamente, SUDRE, *Ob. cit.*, pp. 850-855; también, GARCÍA DE ENTERRÍA y otros en *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, 2.ª ed., Madrid, 1983, pp. 79-80.

(45) Así, en la demanda núm. 4.220/69 de *X* contra Reino Unido —cit. por SUDRE— en que se alegaban las mordeduras de un perro policial, brutalidades, etc..., *Ob. cit.*, p. 864 y nota núm. 112. Es de lamentar, en todo caso, como señala LIÑÁN NOGUERAS, la pasividad que la Comisión adopta ante este difícil problema, *Ob. cit.*, pp. 102-103.

(46) Cfr., por ejemplo, el caso *J. M. Reed* contra Reino Unido, en que el demandado se quejaba de ser continuamente golpeado por sus guardianes, de ser víctima de observaciones sarcásticas, etc. ..., o bien el asunto de similares características de *A. Hilton* contra idéntico país, en que además concurrían motivaciones raciales. En ambos casos, sin embargo, la Comisión desestimó la violación del artículo 3. Vid. SUDRE, *Ob. cit.*, p. 865 y notas números 114 y 115.

(47) Este constituye, podría decirse, un ámbito «indirecto» de protección a cargo de los órganos del Consejo de Europa, en tanto que no se estima que el tratamiento de las personas privadas de libertad esté comprendido propiamente en el campo de defensa de los derechos que ampara la Convención.

Los principios formalmente expuestos por la Comisión en este terreno y, más concretamente, en lo relativo a la ejecución de la pena de prisión, pueden resumirse en la exigencia de un *plus* de humillación o envilecimiento respecto de los que habitualmente conlleva aquella pena y un elemento sub-

su manifestación más precisa en el ámbito de las *penas o tratamientos inhumanos*. Es esta noción, en todo caso, la que ofrece el objeto de análisis más interesante.

En su campo de aplicación *natural* (48), dos supuestos han sido particularmente estudiados y elaborados por las decisiones de la Comisión y el Tribunal del Consejo de Europa. Se trata de las demandas presentadas con motivo de la aplicación de regímenes especiales de aislamiento celular y de malos tratos a detenidos y presos.

En cuanto a lo primero, es sabido que estas condiciones de detención se engloban entre los métodos de desorientación sensorial y psicológica que se califican como «tortura blanca», dirigidos a «quebrantar la personalidad, disminuir la identidad personal y minar el equilibrio físico de cualquiera» (49) y están prohibidas, bajo ciertas condiciones, por el Conjunto de Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (50).

Es de destacar, asimismo, que la propia Comisión de Derechos Humanos ha manifestado, al margen ya de aquellas prescripciones básicas de Naciones Unidas (51), su condena formal hacia estos supuestos de incomunicación celular, cuando van acompañados de un aislamiento

jetivo específico que exprese la voluntad directa de humillar el detenido, requisitos ambos que conocen una cierta flexibilidad cuando se trata de personas sometidas a prisión preventiva (cfr. *caso Simon Herald* contra Austria, relativo a un supuesto de insuficiencia y negligencia en cuidados médicos, en SUDRE, *Ob. cit.*, pp. 859-860, notas núms. 99 y 100). A salvo estos casos, su posición en la práctica puede decirse estrictamente negativa. Así, en los *casos Reed* y *Hilton* contra Reino Unido, ya mencionados, y otros que cita SUDRE, *Ob. cit.*, pp. 861 ss. y LIÑÁN NOGUERAS, como el *asunto Kiss* contra aquel mismo país, *Ob. cit.*, p. 103.

(48) Existe asimismo un ámbito «marginal» para la aplicación del concepto de pena o trato inhumano que se refiere, como en el caso anterior, a derechos no tutelados directamente por la Convención y que abarca cuestiones relativas a la duración de la detención y expulsión o extradición de extranjeros, esta última escasamente atendida por la Comisión por alcanzar a materias de orden público interno y externo. Ampliamente sobre ello, SUDRE, *Ob. cit.*, pp. 866 a 869; y GARCÍA DE ENTERRÍA y otros, *Ob. cit.*, p. 80.

(49) Esta definición contenida en el *informe Dejardin* (Comisión de cuestiones políticas) sobre la protección de personas privadas de libertad contra la tortura y los tratamientos o penas crueles, inhumanos y degradantes (Consejo de Europa, 20-IX-1983) es recogida por SUDRE, *Ob. cit.*, p. 872, nota núm. 133. *Vid.* también ampliamente sobre los efectos de esta clase de tortura, 1975, *Tortura en R.F.T.* Colectivo editoriale 10/16, Milano, 1975, pp. 19 y ss.

(50) Esta resolución, adoptada por el primer Congreso de Naciones Unidas el 30-VIII-1955, contiene, en su artículo 31, una prohibición absoluta de la aplicación como medida disciplinaria del «encierro en celda oscura» y, en cuanto a las penas de aislamiento, prevé la exigencia de un informe médico previo que certifique que el recluso pueda soportarlas (art. 32, 1.º). Cfr. AMNISTÍA I., *Informe*, cit., p. 222.

(51) Este órgano ha declarado expresamente el valor indicativo que para sus decisiones tiene ese conjunto de reglas básicas sobre el tratamiento de los detenidos, con lo que pretende reafirmar su autonomía en la interpretación del artículo 3 del Convenio. *Vid.* SUDRE, *Ob. cit.*, p. 858. Sobre los peligros inherentes a esta actitud de la Comisión, claramente exteriorizada en su decisión de 11-XII-1976 (*asunto Eggs* contra Suiza), *vid.* LIÑÁN NOGUERAS, *Ob. cit.*, p. 873.

social y sensorial *absoluto* (52). Ello no le ha impedido, sin embargo, negar la calificación de *tratamiento inhumano* —y también la de *degradante* (53)— a un caso tan representativo de aquellas características, como el de *Kröcher y Möller contra Suiza*, que merece ser descrito: condiciones durante varios meses de detención separada en celdas no contiguas en un piso de la prisión no habitado por otros detenidos, ventanas de la celda ciegas a fin de impedir toda vista del exterior, iluminación artificial permanente, prohibición de todo contacto entre sí y con otros detenidos y de visitas, prohibición de prensa, radio y ejercicio físico, vigilancia constante por circuito interno de televisión (54).

La Comisión justificaría la ausencia de violación del artículo 3 desde tres ángulos diferentes: en cuanto a las condiciones objetivas de aislamiento, rechaza que pueda ser calificado de «total» y sí, más bien, de «casi-total» (no suficientemente grave, por tanto) al no poder afirmar —dice— si «la prisión, la parte del edificio en el cual han sido detenidos los demandantes y su celda individual han podido llevar a crear un aislamiento sensorial susceptible de constituir una forma de tratamiento que no pudiera justificarse por razones de seguridad» (55). Respecto del fin perseguido, la Comisión reitera ese argumento. Al exigir la «intención deliberada de provocar sufrimientos», ello le permite declarar que, en este caso, aquellos sufrimientos no estaban destinados a «castigarles, destruir su personalidad o quebrantar su resistencia» (56), sino que su objetivo «era exclusivamente el de la seguridad». Finalmente, la Comisión, haciendo uso del parámetro «sociológico» al que hemos hecho referencia, hace recordar «la situación general del terrorismo» en esas fechas (otoño de 1977) (57).

Parecidos criterios han sido aplicados por los órganos de la Convención al segundo de los supuestos enumerados: el de malos tratos infligidos a presos y detenidos por personal penitenciario o miembros de las fuerzas armadas o de la policía. Aquí, es de destacar la interpretación tan peculiar como rebuscada que la Comisión ha dado al requisito de la finalidad. Partiendo de la exigencia de que los sufrimientos sean causados de propósito, buscados deliberadamente, este órgano ha denegado la calificación de *tratamiento inhumano* —y, desde luego, de *tortura*— a las conductas violentas de funcionarios aplicadas sobre detenidos que han mantenido una actitud de provocación o incluso de simple resistencia, aunque no medie entre ambas una relación de proporcionalidad (58). Para apreciar la existencia de aquel requisito, la Comisión parece requerir la constancia de una pasividad de la víctima

(52) Cfr. SUDRE, *Ob. cit.*, p. 873.

(53) Al considerar que los respectivos campos de aplicación de una y otra noción no pueden mezclarse y su valoración debe hacerse separadamente, cfr. SUDRE, *Ob. cit.*, p. 878.

(54) Cfr. SUDRE, *Ob. cit.*, p. 875, nota núm. 145.

(55) Cfr. SUDRE, *Ob. cit.*, p. 876.

(56) *Vid.* también parecida argumentación desde esta perspectiva en el asunto *S. Bonzi contra Suiza*, en SUDRE, *Ob. cit.*, p. 877, nota núm. 153.

(57) Cfr. detalladamente en SUDRE, *Ob. cit.*, p. 876, nota núm. 151.

(58) Cfr. SUDRE, *Ob. cit.*, pp. 879-880.

frente a las brutalidades de que es objeto —una muestra la ofrece el caso *Zeidler-Kornmann contra R. F. A.*— (59), así como un empleo organizado de la violencia que denote un plan preestablecido, planificado y tolerado (60) de represión (lo que califica como «práctica administrativa» de malos tratos). No se conoce hasta el presente, afirma Sudre, ningún asunto en que se haya calificado de *tratamiento inhumano* la realización de violencias aisladas, accidentales (no sistemáticas o generalizadas) (61).

La presencia de aquella «práctica administrativa» se estima ya, de otra parte, un índice de la gravedad del caso que se enjuicia, si bien, como ha habido ocasión de apreciar con motivo del conocido *asunto de Irlanda del Norte contra el Reino Unido* —donde se denunciaba la aplicación combinada de cinco técnicas de desorientación y sufrimiento psicológico y físico por parte de la policía (R.U.C.) a presuntos militantes del I.R.A.— (62), esa gravedad no ha aparecido de suficiente intensidad, esta vez al Tribunal de Derechos Humanos, para declarar la existencia de *torturas*. La razón de esta decisión jurisprudencial debe probablemente buscarse en el consabido criterio sociológico.

A él había recurrido la Comisión precisamente en su informe sobre este mismo asunto en relación con el planteado con motivo de la dictadura de los coroneles en Grecia: «La situación general del caso griego, que se refería a los actos cometidos en nombre de un régimen dictatorial o bajo él, contra sus adversarios políticos, no es de ninguna manera comparable —había manifestado la Comisión— al presente asunto que trata de actos cometidos bajo un gobierno democrático que se esfuerza por restablecer y mantener la paz y el orden en una situación peligrosa» (63).

(59) En este asunto, en que el demandante, detenido en un prisión de Tegel, en Berlín, denuncia haber sido colocado, tras una disputa con un guardián, en régimen de aislamiento, maltratado después y finalmente abandonado desnudo, con una camisa de fuerza, la Comisión desestima la instancia: en primer lugar, por estimar que las brutalidades aplicadas tenían su origen en el comportamiento mismo de la víctima que se había resistido violentamente a ser trasladado a la mencionada celda de aislamiento, y también porque, apoyándose en lo anterior, considera que los actos no se ejecutaron en aplicación de un «plan preconcebido», requisito éste que, como se verá, considera necesario para la clasificación de «trato inhumano», cfr. SUDRE, *Ob. cit.*, pp. 879-880.

(60) Si bien este requisito es interpretado al modo en que acostumbra la Comisión, en sentido muy estricto, no considerando suficiente que esta actitud se encuentre en un nivel intermedio o inferior de la jerarquía de mando (vgr. al nivel de un oficial responsable de una comisaría de policía o de un puesto militar) y exigiendo un grado de tolerancia oficial más amplio y de mayor constancia: «Que las autoridades superiores no hagan nada para hacer cesar estos actos o castigar a sus autores y oponga la inercia a las denuncias». Cfr. SUDRE, *Ob. cit.*, pp. 882 y 883.

(61) *Ob. cit.*, p. 880 i.f.

(62) Cfr. *supra*, nota núm. 28.

(63) La llamada «razón de Estado» de los Estados Democráticos. Cfr. SUDRE, *Ob. cit.*, pp. 883, 884.

3. CONCLUSIÓN

Estas consideraciones finales vienen a corroborar, una vez más, la pretensión antes denunciada de hacer desaparecer la tortura, incluso ya a nivel conceptual, de nuestro entorno socio-político. No basta exigir una práctica más o menos sistemática, más o menos preconcebida o tolerada de sufrimientos, de violencia institucional, se necesita además un contexto preciso que no puede ser nunca el de los Estados democráticos.

Tiene, pues, razón Sudre cuando afirma que «la tortura ha quedado excluida —conceptualmente, se entiende—, salvo paréntesis espacio-temporales, de la Europa Occidental...» (64), pero se equivoca cuando justifica esa exclusión *ex iudice* en la maniquea diferencia de trato que debe merecer «el terrorismo de Estado» de los sistemas dictatoriales y «la lucha de un Estado democrático contra la acción terrorista» (65); y se equivoca, porque el terrorismo de Estado también es posible por legitimado que se presente —la realidad lo enseña— en lo que él califica como regímenes democráticos.

III. TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL Y PENAL DE LA TORTURA Y OTROS TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES

1. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

En nuestro país, la todavía reciente Constitución de 1978 que proclama la existencia de un nuevo Estado democrático y garantizador de derechos y libertades fundamentales, contiene, en su artículo 15, una prohibición expresa de la tortura y otras penas o tratos inhumanos o degradantes (66). Con esta fórmula, que reproduce casi literalmente el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos o, si se quiere, el más próximo artículo 3 del Convenio Europeo arriba enunciado, se viene a romper una larga etapa constitucional de más de un siglo de silencio en torno a la siempre necesaria proscripción de tales prácticas que muy probablemente se entendía ya realizada, siquiera sea por vía indirecta, a través de la protección no olvidada de la dignidad humana, la vida o la integridad personal (67).

(64) *Ob. cit.*, pp. 888 i.f.-889.

(65) *Ob. cit.*, p. 886.

(66) Para un análisis comparado de los diferentes sistemas adoptados para la prohibición de la tortura en las Constituciones actuales de gran número de países, vid. DEL TORO, *Ob. cit.*, pp. 266 ss. Es de observar, que en nuestro país se ha acogido una fórmula que, en sus términos estrictos coincide fundamentalmente con la que figura en los textos fundamentales de diversos Estados africanos (Kuwait, Uganda, Kenya, Rhodesia...), *Ob. cit.*, página 268.

(67) *Vid.* PERIS, *Ob. cit.*, p. 283; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal Español*, P. G. Barcelona, 1984, p. 64. También, RODRÍGUEZ MOURULLO,

Con todo, lo cierto es que a partir de principios del pasado siglo y durante años tampoco las leyes llamadas a materializar la sobreentendida prohibición de torturas y malos tratos han sabido o querido ofrecer el cauce adecuado para su efectiva evitación y condena.

En efecto, con excepción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 que vino a cumplir con particular acierto su misión de ofrecer garantías procesales al detenido frente a cualquier coacción o abuso que pudiera darse en el curso de la investigación policial o judicial (68), la mayor parte de los Códigos penales españoles han ignorado, casi sistemáticamente, la exigencia de tratar bajo una normativa apropiada este fenómeno singular de la tortura, que no pocas veces se ha visto contrariamente favorecido por la promulgación de una profusa legislación excepcional «de orden público» (69) o bien, dentro del ámbito

«Protección constitucional de la vida». *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal. Semana de Derecho Penal en Memoria del Prof., J. Pareda (obra conjunta)*, Universidad de Deusto, 1983, p. 129.

(68) Estas garantías, cuyo respeto se exige expresamente a los jueces en el curso de las investigaciones que realicen —pero que deben estimarse también vinculantes para los miembros de la llamada «policía judicial: artículo 283 LECrim.—(Vid. PERIS, *Ob. cit.*, pp. 288 ss.), están detalladas en los artículos 386 ss. de aquel texto legal y pueden resumirse, las más relevantes, en la prescripción de recibir declaración en el plazo más breve posible (art. 386), sin juramento previo (art. 387), que debe versar sobre el hecho concreto, sin que puedan utilizarse en el interrogatorio modos capciosos o sugestivos ni en caso alguno coacción o amenazas (art. 389) aun cuando el acusado guarde silencio (art. 392), dándole al mismo el tiempo requerido para descansar y recobrar la serenidad si la hubiere perdido (art. 393), pudiendo incurrir, policía y jueces, en responsabilidad disciplinaria y, en su caso, penal si no observan el procedimiento legalmente establecido (arts. 297, 3 y 394). Es de destacar, asimismo, el valor relativo que esta ley otorga a la confesión, en otro tiempo «reina de las pruebas» y hoy carente de eficacia decisiva para inspirar válidamente un juicio de condena, como cabe deducir de los artículos 406 y 820 de LECrim. En este sentido, CHAMORRO, «La tortura. Aspectos legales», en *Contra la tortura*, cit., pp. 234 y 235.

Otra cuestión diferente es la efectividad extralegal que la información obtenida a través de este medio de prueba tenga en la práctica, es decir, el que, como señala PERIS, sean precisamente «las versiones de los hechos que se derivan de los interrogatorios ... las que normalmente sirven de base y fundamento para dictar sentencias en materia criminal, *Ob. cit.*, p. 285. En muchos casos, este ilegal proceder por parte de jueces y tribunales aparece encubierto y legitimado por el entendimiento ilimitado de que es objeto el principio de «íntima convicción del juzgador» que rige en materia de prueba. Sobre ello, vid., MAQUEDA ABREU, «Problemas constitucionales de la prueba», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid* (RFD.ºUCM), núm. 65, primavera de 1982, pp. 213 ss. Esta interesante cuestión es particularmente objeto de tratamiento en STS de 10 de diciembre de 1983. R. 6510 y STC de 16 de diciembre de 1985. «B.O.E.» 15-I-86.

(69) Para una completa relación de leyes y decretos-leyes sobre orden público y terrorismo, que parte de la época de transición a la democracia española, vid. GÓMEZ BENÍTEZ, «Crítica de la política penal en orden público», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 16, Madrid, 1982, pp. 66 ss. A ella cabe añadir la no menos continuista L. O. 8/1984 de 26 de diciembre contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55, 2 de la Constitución («B.O.E.» de 3-I-1985), que será comentada detenidamente en páginas posteriores de este trabajo.

penitenciario, por la aplicación de medidas disciplinarias acogidas por las respectivas leyes y reglamentos (70).

2. LA REGULACIÓN PENAL DE LA TORTURA. PRECEDENTES

En lo que a los Códigos penales se refiere —que va a ser motivo preferente de análisis—, cabe afirmar que, con la salvedad representada por los de 1822, 1844, 1850 y 1928 y ya recientemente por la Ley de reforma de 17 de julio de 1978 que incorporó un artículo inculminador de la tortura al Código actual, los restantes textos penales han omitido en sus disposiciones toda regulación específica particularmente relevante de aquella conducta, a no ser el precepto de alcance muy limitado que proscribía, bajo pena de suspensión, el uso de privaciones indebidas o rigor innecesario hacia presos y sentenciados por parte de los funcionarios de prisiones (71). Esta disposición, que ha

(70) Es de destacar, en este sentido, el artículo 404, 8.º del antiguo Reglamento de Prisiones de 2-II-1956, donde se autorizaba el empleo de «malos tratos de obra» respecto de los reclusos si se juzgaban *necesarios* para someterlos a la obediencia. Esta disposición encontraba su complemento en los artículos 104,2.º y 453, que autorizaba el empleo de pistola automática para casos especiales (Para un análisis optimista de este Reglamento, *vid.* SERRANO GÓMEZ, *Ob. cit.*, pp. 134 ss.). El actual de 8-V-1981, pese a proscribir la tortura, los malos tratos de palabra o de obra y el rigor innecesario para con los internos, permite asimismo, en su artículo 123, el uso de medios coactivos —en su mayoría proscritos por el Conjunto de Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos (art. 33)— tales como el aislamiento provisional, la fuerza física personal, las defensas de goma, los sprays de acción adecuada y las esposas, para impedir actos de evasión y de violencia y *también* de resistencia pasiva a las órdenes del personal penitenciario (*vid.* en relación al art. 45 de L.G.P.). Únicamente aparece prohibido por la Ley, en forma expresa, la utilización de armas de fuego por parte de los funcionarios en el desempeño de sus tareas de vigilancia (art. 45, 4.º), excepción ésta que ha sido recientemente subsanada, en concreto para la cárcel de máxima seguridad de Herrera de la Mancha, por la Orden de la Presidencia de Gobierno de 26-X-1983, que encomienda a los Cuerpos de Seguridad del Estado la inmediata custodia y vigilancia interior de este establecimiento. *Cfr.* GARCÍA VALDÉS, «La legislación antiterrorista: derecho vigente y proyectos continuistas», *R.F.D.ºU.C.M.*, núm. 6 (monográfico), 1985, p. 237. En cuanto a las medidas disciplinarias generales que contempla el moderno Reglamento, pueden decirse acordes, a diferencia de las anteriores, con el artículo 32 de aquellas Reglas Mínimas, donde se autoriza el empleo de sanciones de aislamiento bajo vigilancia médica y en celda no oscura. *Vid.* *Ordenamiento Penitenciario Español*, 2.º ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pp. 75 ss. A estas garantías (art. 112, 1.º y 4.º) se suma en nuestro país en la actualidad la actividad de control del Juez de Vigilancia en los asuntos penitenciarios (art. 76 L.G.P.). No obstante, es de observar que en la práctica, muchas de estas garantías no se muestran todavía efectivas; así consta, por ejemplo, respecto de las medidas de incomunicación en las llamadas «celdas negras» que siguen existiendo y utilizándose en las prisiones españolas. *Vid.* ampliamente, en *Revista de Derechos Humanos*, primavera de 1983, p. 38.

(71) Aparece recogido en la actualidad en el Tít. II, Cap. II, Secc. 2.º, en el artículo 187, 5 del Código penal. El reducido círculo de autores que contempla este tipo penal, así como su carácter localizado, determinan que su campo de aplicación sea muy estrecho y poco relevante a los efectos de una inculminación general de la tortura (o incluso, si se quiere, de los

sobrevivido a las diferentes reformas penales desde 1848 hasta llegar intacta a la actualidad (72), ha conocido, por lo demás, una práctica escasa y poco efectiva, como resultado de la interpretación demasiado amplia e interesada de que han sido objeto términos tan relativos como lo que deba estimarse *debido* o *necesario* en cada circunstancia para mantener el orden, la disciplina o la obediencia en los centros penitenciarios (73).

Junto a ella, aquel texto legal contenía, bajo la amenaza de suspensión y multa, un imperativo genérico dirigido esta vez a todo «empleado público» para que en el desempeño de sus actos de servicio se abstuviere de cometer «cualquiera vejación injusta contra las personas o (de usar) ... de apremios ilegítimos e innecesarios...» (74). Con

tratos inhumanos o degradantes, a cuyo concepto se adecúan más fielmente, de acuerdo con los criterios de gravedad analizados *supra*). A idénticos fines, resultan definitivamente inidóneos los artículos 178 a 181 de este texto legal. En el mismo sentido se manifiesta DEL TORO, *Ob. cit.*, p. 276, y CHAMORRO, *Ob. cit.*, p. 231.

(72) En efecto, a partir del Código penal de 1848 (art. 267, 3.º), los de 1850 (art. 296, 3.º), 1870 (art. 213, 6.º), 1932 (art. 201, 5.º) y 1944 (art. 187, 5) han recogido sin alteraciones sustanciales esta disposición, a veces entre los «abusos contra particulares» de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos (C. p. de 1848 y 1850) y, por lo general, entre los «delitos contra la Constitución» (C.p. de 1870 y 1932), con la excepción del C. p. de 1944, que, como es sabido, substituyó aquellas rúbricas por la de «delitos contra la seguridad interior del Estado», que permanece en vigor hoy día y que será más adelante objeto de comentario.

(73) Es de observar, en este sentido, la interpretación tan estricta que ofrece la STS. de 14-X-1976 del término «rigor innecesario». Según el Tribunal Supremo «es preciso que el recluso hubiese sido objeto por parte del funcionario de trató áspero o severo *sin otra justificación* que su malévola y cruel intención».... A continuación, podría figurar, pues, como eventual «justificación» la de obtener obediencia, mantener el orden o la disciplina, con lo que quedaría vacío de contenido el artículo 187, 5.º del C.p., siendo así que estos intereses, en ningún caso, deben ser estimados más valiosos que, por tanto, prevalecer sobre otros como la vida, la integridad personal o la dignidad de la persona. Cfr. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, III, Barcelona, 1972, pp. 326 y 327. Aparte aquella sentencia, cabe citar dos más antiguas, una estimatoria del mencionado «rigor innecesario» frente al Alcaide de cárcel que colocó a la expectación pública a un preso con grillos en los pies, atados los brazos por detrás y con unas gallinas colgadas de los hombros (S.T.S. 6-VI-1877) y otra, más acorde al proceder de nuestros días, que negó aquella calificación a la conducta de un funcionario que, tras haberle inferido un penado lesión a un vigilante produciendo tumulto en la cárcel, encerró a algunos en el calabozo y después de amarrar a dos con una cadena, los amenazó con un revólver y les pegó con un bastón de hierro. El T. S. en S. de 22-V-1888, estimó rigor *necesario* para imponer el orden Cfr. *Código penal*, Aranzadi, Pamplona, 1983, pp. 419 y 420. Modernamente, este precepto ha sido objeto de una interpretación más elaborada por parte de la STS de 5 julio de 1985 (R. 3960), donde, previa definición de los términos *privaciones indebidas* («despojo, impedimento a utilizar o ejercer los derechos y facultades que los reclusos tienen») y *rigor innecesario* («dureza y severidad desproporcionada con la normativa del régimen penitenciario»), se condena a tres de los doce funcionarios procesados por los sucesos de Herrera de la Mancha (cfr. *infra*, nota núm. 83 del texto).

(74) Tít. VIII, Cap. VIII, art. 291, 1.º del C.p. de 1848 que pasaría a ser el artículo 300 del C.p. de 1850. Más tarde, el C.p. de 1928, Tít. V, Cap. VI,

el tiempo, sin embargo, esta prescripción penal —que muy probablemente tenía su origen en el Código precedente de 1822, en cuyo articulado se prohibía expresamente el uso de cualquier maltrato de obra o de palabra o de otra violencia contra una persona por parte de funcionario público (75)— terminaría por hacerse inaplicable para eventuales actos de tortura o maltrato, al circunscribirse su esfera de aplicación al ámbito más restringido de la intimidad de las personas (76).

Han tenido que pasar, pues, muchos años para ver regulado de nuevo y esta vez con perfiles más precisos —aunque no por ello más correctos— el delito de tortura.

Su tipificación como figura independiente en el Código penal (artículo 204 bis), que recibió en una época todavía de transición política (1978) el desacostumbrado acuerdo de todos los grupos parlamentarios del Congreso (77), daría formalmente por terminada una larga etapa de denuncias sordas (78) y, a su pesar, de concienciación pública de la práctica frecuente de violencias sobre detenidos y presos por parte, sobre todo, de los funcionarios de policía, a veces con el concurso y casi siempre ante la indiferencia de jueces y fiscales.

Esto último les sería repetidamente reconvenido a partir de 1968, por el entonces fiscal del Tribunal Supremo, Herrero Tejedor, que recordaba en sus Memorias la obligación legal que incumbía a estos funcionarios de controlar y limitar, bajo su responsabilidad, la actuación policial (79). De otra parte, las escasas sentencias que datan de esas fechas evidencian claramente una actitud reacia a castigar con la necesaria dureza la realización de esta clase de hechos, lo que unido a la falta de un instrumento penal idóneo daría como resultado la aplicación de penas verdaderamente simbólicas (80).

artículo 450 recogería una disposición similar, donde se incriminaba con penas de inhabilitación especial de dos a seis años y multa, sin perjuicio de las correspondientes a los hechos realizados de ser constitutivos de delito, al «funcionario público que, en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, empleare o haga emplear sin motivo legítimo, violencias innecesarias para la ejecución de los actos propios de su cargo».

(75) *Vid.* Tit. VI, Cap. VII, arts. 497-499.

(76) Así, a partir del C.p. de 1870, cuyo artículo 215, 3.º, refería ya la vejación injusta a la realizada por funcionario público «con ocasión del registro de papeles y efectos de un ciudadano», disposición que pasaría después al artículo 205, 3.º, del C.p. de 1932, para desaparecer posteriormente.

(77) *Cfr. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 94, 21-VI-1978, pp. 3545 a 3549.

(78) Resultan ilustrativas, en este sentido, las sentencias de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo (Contencioso-administrativa) de 15 y 23 de marzo de 1965 dictadas con motivo de un caso de denuncia de tortura realizadas sobre un detenido vasco en comisaría. Para su comentario, *vid. TOMÁS Y VALIENTE, Ob. cit.*, pp. 236 ss.

(79) *Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo* de los años 1968 (pp. 170 ss.), 1969 (pp. 206 ss.) y 1974 (pp. 127-128), *cit. por DEL TORO, Ob. cit.*, p. 273.

(80) Como es sabido, antes de la entrada en vigor del art. 204 bis —y aún hoy cuando se trata de actos que no se hallan inspirados en la motivación demasiado restringida que impone el tipo o no cumplen las exigencias en él descritas— la calificación penal aplicable es la del delito común realizado, con la agravante de «prevalimiento de carácter público» del artícu-

Pero lo cierto es que, en la actualidad, pese a la apariencia de un cambio radical de actitudes ante el fenómeno de la tortura —lo que incluye primeramente la falsa voluntad política de su erradicación— poco o nada ha cambiado sustancialmente (81). El sensible aumento de garantías procesales habidas en los últimos años (ley de asistencia al detenido, *habeas corpus*...), convenientemente recortadas desde el propio Parlamento en circunstancias que se saben de especial riesgo para el detenido, no ha servido, como podía preverse, de protección eficaz frente a la tortura (82) y la tutela penal que era de esperar por parte de jueces y tribunales se ha estimado, con toda evidencia, insu-

lo 10,10.º. Esta solución legal debe estimarse inadecuada para expresar el desvalor característico de los hechos constitutivos de tortura (en otro sentido, DEL TORO, *Ob. cit.*, pp. 277 y 286), entre otras razones, porque el amplio arbitrio que deja el juzgador —hacia abajo, no hacia arriba— permite prescindir, en todo caso en las faltas pero también en los delitos (mediante la compensación con otras circunstancias, v. gr.: art. 61, 3.º), de la nota agravatoria que —se le llame abuso de poder, de cargo o de función...— es inherente a los mismos. Una muestra significativa de los resultados del ejercicio de esa discrecionalidad judicial la ofrece la STS de 4-III-1964 (R. núm. 424 de *Jurisprudencia Criminal*), donde se condena a un inspector de policía a la pena de arresto mayor y multa, conforme al artículo 420, 4.º por las lesiones internas (intensas hemorragias y rotura de la mucosa del recto) que requirieron operación urgente, y externas, causadas a un detenido de resultas de un puntapié (!) («de tal fuerza», se dice) en la región perineal. El Tribunal Supremo aprecia la agravante del artículo 10, 10.º (porque la condición de autoridad del agresor «impidió o al menos dificultó o debilitó la humana reacción de legítima defensa) pero la compensa «racionalmente» con la atenuante preterintencional del artículo 9, 4.º. Cabría, además objetar a esta calificación —supuesta la compatibilidad de aquella agravante del artículo 10, 10.º con la alevosía (cfr. CORDOBA RODA, *Ob. cit.*, I, pp. 676-677)— la no estimación de esta última circunstancia calificadora expresamente prevista en el pfo. último del art. 420 del C. p.

Téngase en cuenta, además, lo dicho *supra* en nota núm. 68 i.f.

(81) Sirva como testimonio de ello el último *informe* de un organismo tan solvente como AMNISTÍA INTERNACIONAL (1984), donde se afirma que «durante el período 1980-1983 ... la tortura y el maltrato de detenidos en España fueron continuos ... El Gobierno no ha realizado una investigación propia, amplia y pública ... Los jueces y los fiscales pueden visitar las comisarías ... pero en la práctica esto ocurre muy pocas veces. Los tribunales no han reaccionado ante querrelas judiciales incluso cuando estaban apoyadas por pruebas médicas...» (pp. 185-187). Tienen, pues, razón los que afirman que «la tortura sigue constituyendo aquí, hoy ... un instrumento de actuación política» ... y que lo único que ha cambiado es que «para utilizar este *instrumento*, el Estado ha tenido que adaptarlo a la nueva situación constitucional haciendo un recorrido de ajustes rápidos, reformando sus leyes y dando nuevos nombres a viejos vicios...». Cfr. MARTÍNEZ FRESNEDA, «La Ordenanza nueva de la tortura», en *Teoría y presencia de la tortura en España*, cit., pp. 44 i.f.-45 (subrayado del original).

(82) Olvidaba, por cierto, la exposición de motivos de la propuesta socialista presentada para la tipificación del delito de tortura referirse a esta vía excepcional de vaciamiento de garantías que tan fructífera se ha mostrado en los últimos años en las democracias occidentales, cuando señalaba en 1977 que «en un Estado de Derecho (no conseguido todavía en esa etapa constituyente) ... no es necesario tipificar el delito de tortura, BOC, núm. 52, 24-I-1978, p. 938.

ficiente (83) sin que, en muchos casos, ello pudiera atribuirse a las numerosas deficiencias que presenta el mencionado artículo 204 bis del Código penal.

3. LA PROPUESTA DE LEY SOCIALISTA DE 20-IX-1977 PARA LA TIPIFICACIÓN DE LA TORTURA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Aquel precepto, incorporado al Código penal antes de la aprobación de la Constitución de 1978, tuvo su origen en una Proposición de Ley socialista de 20 de septiembre de 1977 (84) que, con dudoso criterio y peor técnica legislativa, pretendía la creación de tipos cualificados de lesiones, amenazas y coacciones (en los artículos 422 bis, 495 bis y 496,3, respectivamente), en los que la agravación de las penas se hacía depender en cada caso de que las respectivas acciones delictivas hubieran sido realizadas «en el interrogatorio del perjudicado, en procedimiento judicial o durante la investigación policial o sobre persona privada de libertad por los encargados de su custodia y disciplina» y «con el fin de obtener una confesión» o bien «pruebas contra tercero», previéndose además, para el supuesto de que el responsable fuera

(83) Pueden citarse, por conocidas, la oscura sentencia del caso *Almería*, donde ni siquiera se planteó por el tribunal la posibilidad de que los hechos fueran constitutivos de tortura y se calificaron de homicidio atenuado por la concurrencia de eximentes incompletas de cumplimiento de un deber y obediencia (vid. STS. 16-V-1983, en *Rev. «La Ley»*, núm. 700, 16 de junio de 1983; y el comentario a la misma de ZUGALDIA ESPINAR, «La distinción entre las causas de justificación incompletas y las causas de justificación putativas», en la misma revista, pp. 1 ss.); o la sentencia absolutoria de la secc. 5.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el caso *Arregui* (por estimar el tribunal que «todo lo relativo a los interrogatorios y custodia (quedaba) envuelto en una nebulosa...»), o la de la Audiencia Provincial de Ciudad Real en el caso de los doce funcionarios implicados en los sucesos de *Herrera de la Mancha* donde fueron absueltos del delito de tortura y condenados, sólo nueve de ellos por el de «rigor innecesario» del artículo 187, 5.º del C. p. Para una mejor información sobre estos y otros casos, vid., MARTÍNEZ FRESNEDA, *Ob. cit.*, pp. 39, 46, 47, 48 ss. 62 ss. y 77 ss. También, BERISTAIN, *Ciencia penal y criminología*, Madrid, 1985, pp. 232 y 233. Más datos sobre los supuestos que refiere el autor en *Diario «El País»* de 28-X-1984, p. 23.

En julio de este año, la Sala II del Tribunal Supremo ha resuelto en casación anular las dos últimas sentencias, remitiendo la primera al Tribunal *a quo* para que sea revisada y completada en sus aspectos más sustanciales (Vid. STS. de 5 julio 1985, R. 3985), y modificando la calificación de la segunda a delito de tortura del art. 204 bis del C. p. que imputa a nueve de los doce primeramente procesados. (Vid., ampliamente, STS. de 5 julio 1985, R. 3960). A esta actitud respetable del Tribunal Supremo cabe añadir también la de las Audiencias Provinciales de Bilbao y San Sebastián por las sentencias dictadas el 29 de marzo y el 26 de mayo de 1983, respectivamente en los casos Onaindía y Cazalis. Vid. los datos detallados de esos sumarios en «*Diario 16*» de 28-X-1984, pp. 5 y 6. La primera de estas sentencias fue recurrida y ha sido confirmada en casación por el Tribunal Supremo (vid. «*El País*» de 13-VII-1985). Asimismo merece ser citada la STS de 10 mayo 1985, R. 2462.

(84) Cit. *supra*, en nota núm. 82.

funcionario (?), la pena de inhabilitación absoluta. Junto a ello, se proponía la incorporación al Código penal de dos nuevas faltas pensadas para quienes, estando investidos de la cualidad de funcionarios, infringieran las normas de procedimiento contenidas en los artículos 389,2 y 3 y 393 de la LECrim. relativas al interrogatorio de los procesados (que pasaría a estar recogida en el artículo 583,7) y los que, siendo o no funcionarios, causaren en las circunstancias antes enumeradas lesiones que no impidieren al ofendido realizar su trabajo habitual ni requirieran asistencia facultativa alguna (que vendría a dar un núm. 2 al art. 582, pese a ser una mera reiteración del núm. 1 del art. 583). Esta última disposición iba acompañada por la previsión de la pena de suspensión para el caso de que el sujeto activo fuese funcionario público y precedida de otra en que se autorizaba la conversión a delito de la falta de lesiones leves con la pena de inhabilitación absoluta, para idénticas circunstancias (art. 422 bis, 3 y 4).

Frente a la opinión de Del Toro que califica de «razonable» esta propuesta y cabaz de haber permitido «una verdadera persecución de los verdaderos supuestos de tortura, pese a no constar —dice el autor— que fuera esa su pretensión» (85), cabe señalar, por el contrario, que era ese precisamente el objetivo declarado por la proposición socialista (86), si bien imposible de alcanzar, toda vez que el concepto de tortura de que parte resulta inservible, por anacrónico, para abarcar la realidad actual, tan variada y compleja, de este fenómeno.

En efecto, parece difícil ignorar —y de hecho nadie lo ignora— que la realización de violencias físicas o psíquicas sobre detenidos y presos —situación que parece evocar con carácter exclusivo la propuesta en comentario— puede obedecer a motivaciones distintas de la de obtener una confesión o testimonio, tales como intimidar, castigar, desacreditar o humillar, sin que por ello pierdan su naturaleza de «torturas». No en vano aquellas finalidades aparecen comprendidas en todas las definiciones modernas que se ofrecen de esta particular conducta (87) y no existen razones que avalen su exclusión de una propuesta orientada a su punición si no es un injustificado descuido del legislador o peor aún, la intención deliberada de restringir tanto sus oportunidades de comisión que termine por hacerse excepcionalmente aplicable en la práctica. Esto último es particularmente factible cuando los malos tratos se realizan en medios penitenciarios donde cobran especial sentido aquellas otras motivaciones diferentes de la tradicional confesión.

Asimismo, resulta en exceso limitada por la proposición legal —a veces, como probable consecuencia del criterio final elegido en la creación de los tipos—, la misma selección de conductas que lleva a efecto como susceptibles de agravación, al omitir en la relación ofrecida los casos de muerte preterintencional o no de la víctima, mutilaciones o aborto o bien, atentados a la libertad sexual (violación, abusos deshonestos...) que, como es sabido, tienen en su actual regulación penal una

(85) *Ob. cit.*, p. 279.

(86) *B.O.C.* de 21-1-1978, cit., p. 938.

(87) *Cfr. supra*, nota núm. 28.

consideración separada y más grave que la de un simple atentado a la libertad de voluntad.

E incluso, el criterio situacional elegido para configurar el marco típico de los actos constitutivos de tortura podría someterse a discusión, pues nada se opone en principio a calificar de tal los hechos lesivos de la integridad y la libertad de una persona que no se encuentre en el curso de una investigación «oficial» ni, por tanto, en cualquiera de las situaciones procesales que parece evocar la propuesta de ley. Ello no significa, en todo caso, la pretensión de dar una extensión ilimitada al delito de tortura ni tampoco condicionar su calificación a la especificidad intimidatoria, violenta o, si se quiere, alevosa de sus métodos pero genérica de su uso (88); significa más bien el intento de delimitar esta forma particular de conducta a partir de su inserción en un contexto preciso, por lo demás históricamente reservado a ella, que es el de la relación Estado-individuo, adecuando posteriormente su ámbito a las situaciones en que la dominación característica de aquella relación se hace más absoluta y es más insoportable el estado de indefensión, de inseguridad del particular, lo que no implica *en todo caso* la exigencia adicional de que el mismo se halle en el curso de un proceso legal de investigación policial o judicial o bien de anticipo o ejecución de una pena judicialmente impuesta. Quizá podría emplearse aquí el concepto de «enajenación» para ayudar a esclarecer el grado de dominación requerido en la tortura: es preciso que la víctima se encuentre aislada y sin intermediario posible (89), *en manos del agresor, a su merced*; y éste, por la precisión antedicha, debe ostentar como requisito mínimo e indispensable la condición de funcionario público.

También, pues, desde esta perspectiva debe estimarse criticable la técnica legislativa empleada por la proposición socialista para tipificar la tortura. En efecto, el procedimiento seguido para la agravación de conductas susceptibles de ser calificadas bajo aquel concepto a través de preceptos diseminados por todo el Código penal y sin otro punto de enlace que criterios de orden espacial o circunstancial o, a veces, del fin perseguido (90), termina por hacer perder el necesario sentido unitario que los hechos constitutivos de tortura deben tener y que se logra en mayor medida refiriendo aquella multiplicidad de conductas o/y otras a un tipo penal específico que, bajo un fundamento sólido —que puede ofrecerle la idea de «abuso de poder» por parte de funcionario público—, contemple con mejor criterio aquello que se quiere prohibir.

(88) En este sentido, DEL TORO, *Ob. cit.*, p. 271.

(89) Sobre esta idea, a mi entender correcta, *vid.*, SAVATER, *Ob. cit.*, páginas 24 ss.

(90) Como se desprende de la lectura de esta propuesta de ley, el criterio final de obtener una confesión o pruebas contra tercero», se omite en su art. 4 relativo a las coacciones causadas «en el curso de interrogatorio judicial o durante la investigación policial o sobre la persona privada de libertad por los encargados de su custodia. Cfr. B.O.C., cit., p. 939.

4. EL NUEVO DELITO DE TORTURA

Esto último puede considerarse ciertamente un logro positivo de la moderna regulación del delito de tortura (91), donde éste figura como precepto único —art. 204 bis del Código penal— entre los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes.

Aquí, aquella noción de «abuso de poder», que se invoca también por la doctrina como *ratio iuris* del precepto (92), da la primacía —como señala Rodríguez Devesa— al ataque de las libertades y derechos consagrados por la Constitución... por quienes están llamados más que nadie a defenderla y explica su colocación sistemática entre los delitos contra el orden constitucional, en lugar de configurar, como se hacía en la propuesta originaria, delitos o faltas cualificados de lesiones, amenazas o coacciones» (93).

Es importante, con todo, no perder de vista en el empleo de un criterio tan poco aprehensible como éste del «abuso de poder», que con él no se quiere aludir, en ningún caso, al abuso de funciones conferidas al funcionario *respecto del Estado*. Esta interpretación, que podría encontrar sustento en la rúbrica más general de «delitos contra la seguridad interior del Estado» que preside aún hoy los atentados contra los derechos reconocidos constitucionalmente (94) y que se ha utilizado, en ocasiones, como posible explicación de la benignidad de las penas que es característica de aquellos atentados cuando son cometidos por funcionario público (95) —así también en la tortura—, no

(91) Cuya redacción parte del dictamen de la Comisión de Justicia sobre la proposición de ley socialista, ya mencionada. B.O.C. núm. 109, de 15 de junio de 1978, p. 2360, 2361.

(92) Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, P. E.*, 6.ª ed., Sevilla, 1985, p. 600. También, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Ob. cit.*, p. 130.

(93) *Derecho Penal, P. E.*, 9.ª ed., Madrid, 1983, p. 716.

(94) Esta rúbrica, que es «flagrante expresión del pensamiento autoritario del legislador de 1944» (OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1979, p. 256, nota núm. 954; también, GARCÍA RIVAS, «Título XIX: Delitos contra el sistema constitucional», *Propuesta de Anteproyecto de Código penal* (obra conjunta), *Documentación Jurídica*, Madrid, 1984, p. 1266), supuso una ruptura con la tradición personalista de los Códigos precedentes que contemplaban los delitos que hoy se regulan bajo ella como «delitos contra la Constitución» (Así también, RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades cívicas y Derecho Penal*, Madrid, 1975, p. 347; BUENO ARÚS, «Los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución», *Propuesta ... cit.*, pp. 1311, 1312).

El «planteamiento estatalista» que tal rúbrica comporta es susceptible de ser superado, sin embargo, mediante una interpretación alternativa que entienda la «Seguridad del Estado» como «expectativa en una correcta actuación de los órganos e instituciones del Estado...», como «la seguridad que deben tener los ciudadanos en que el Estado ajuste su actuación a las normas fundamentales o constitucionales aprobadas por ellos democráticamente». Cfr. MUÑOZ CONDE, *Ob. cit.*, p. 530.

(95) Así, MUÑOZ CONDE, *Ob. cit.*, p. 580. También, RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades...*, *cit.*, pp. 351-352.

puede sostenerse más que desde un punto de vista crítico si no se quiere caer en una visión transpersonalista del Estado que encubra su vocación totalitaria y defensiva (96). Así pues, cuando aquí se utiliza la noción de *abuso* por parte de los funcionarios públicos no es respecto del Estado como ente integrador de la función pública, pues no es su prestigio ni la estimación de su imagen lo que importa, sino, *referida a los particulares*, por el ataque cualificado que su actuación ilícita comporta para los derechos más fundamentales de éstos, lo que en definitiva supone también para todo el cuerpo social la frustración de su expectativa de que aquellos que están a su servicio se comporten de acuerdo con la legalidad constitucional vigente (97).

Pero sí, como se ha señalado, la situación sistemática del delito de tortura es hoy más afortunada que antes pese a las contradicciones de que adolece el título en que se inserta, no puede decirse tanto de su regulación material, que ha heredado muchos de los defectos existentes en la propuesta de ley que le precedió; lo que supone afirmar ya de antemano su incapacidad para responder a la necesidad declarada por sus artífices de castigar adecuadamente toda «práctica coercitiva» o de «malos tratos» contra las personas (98). Una nueva proposición de ley, esta vez del Grupo Mixto del Congreso, recientemente aparecida y que será comentada en las páginas que siguen, vendrá a subsanar en alguna medida aquellos defectos (99).

Consta el precepto en estudio —art. 204 bis— de cinco apartados fundamentales donde se contempla, bajo la amenaza de penas a menudo poco elevadas— la conducta de la autoridad o funcionario público que, en el curso de una investigación policial o judicial y con el fin de obtener una confesión o testimonio, cometiere alguno de los *delitos*

(96) *Vid.* en este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO, *Ob. cit.*, pp. 189 ss. y 210 ss.

(97) *Vid.* ampliamente, OCTAVIO DE TOLEDO, *Ob. cit.*, pp. 223 y 243.

(98) Cfr. *Diario de Sesiones* de 21-VI-1978, cit., especialmente, pp. 3546 y 3549. Esta resuelta actitud de todos los Grupos parlamentarios por compartir la «paternidad del precepto, por emplear los términos en que se expresaba el diputado de UCD, Díaz Fuentes (p. 3547), contrasta, sin embargo, con otra propuesta de menor éxito presentada, esta vez, por Coalición Democrática con motivo de la discusión del Proyecto de Ley sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, en la que se pretendía por aquel Grupo la licitud de «las intromisiones o ingerencias por el uso de drogas y otros medios de narcoanálisis para llegar al conocimiento de la verdad en investigaciones policiales o judiciales y no con fines estrictamente terapéuticos». Curiosamente, el empleo de estos métodos de violentación se considera como una de las formas refinadas de tortura mental de nuestros días. *Vid.* ampliamente sobre ellos, FIORELLI. *Ob. cit.*, 2, pp. 277 ss.; RIVACOBAY y RIVACOBAY, *Prólogo*, cit., p. XLII; CAPARRÓS, *Ob. cit.*, p. 163; J. de ESTEBAN/LÓPEZ GUERRA, *Régimen constitucional español*, I, Barcelona, 1980, p. 144.

(99) *Vid.* Sección Legislativa, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (en adelante *ADP y CP*), enero-abril, 1985, pp. 185 ss. Esta proposición fue rechazada por el Congreso en junio de 1985.

(100) La distinción entre ambos conceptos normativos, por lo demás íntimamente relacionados entre sí, viene descrita en el artículo 119 del C. p. Para una amplia definición y delimitación de los mismos, *vid.* CÓRDOBA RODA, *Ob. cit.*, II, pp. 725 ss.

contra la vida, la integridad o la libertad de las personas previstos en los Cap. I y IV del Tít. VIII y Cap. IV del Tít. XII del Código penal o las *faltas* de lesiones o de amenazas o coacciones leves contenidas en los artículos 582, 583,1 y 585, respectivamente, o bien sometiére al interrogado a condiciones o procedimientos que le intimiden o violenten su voluntad; así como la de aquellas autoridades o funcionarios de instituciones penitenciarias que realizaren esos delitos o esas faltas respecto de detenidos o presos. Por último, se recoge con criterio particularmente explícito, cuando es menos necesario, un supuesto de comisión por omisión para los casos en que «*la autoridad o funcionario, faltando a los deberes de su cargo, permitiesen que otras personas ejecuten los hechos previstos en los párrafos precedentes*».

4 a) *Análisis del tipo del artículo 204 bis*

En el examen de la *tipicidad objetiva* de este delito, cabe destacar primeramente su carácter de delito *especial*, dada la condición de autoridad o funcionario público (100) que se exige en su autor. La infracción de un deber legal —extrapenal— inherente a la función, que es característica de estos delitos (de funcionarios) —y que aquí aparece vinculada a la inobservancia de las normas que rigen el proceso de investigación policial (101) o judicial o bien, la custodia y vigilancia penitenciarias (102)— determina una agravación relevante de su injusto y consecuentemente de sus penas en relación a los tipos comunes correspondientes. Precisamente, el que aquella circunstancia no sea fundamentadora de su punibilidad sino sólo agravatoria, determina su naturaleza de *delito especial impropio* (103), cuyas consecuencias en orden a la coautoría y participación de extraños serán descritas más adelante.

Se ha objetado sin razón a este precepto, que en su primer apartado deja sin delimitar suficientemente el círculo de autores cualificados para cometer las acciones descritas en el mismo, al haberse omitido toda precisión que permitiera atribuir aquella cualidad «de manera exclusiva y excluyente» a «las autoridades y funcionarios públicos que por razón de su cargo realizan ... la investigación policial o judicial», a saber, la mal llamada «policía judicial» (104) y los jueces y fisca-

(101) Pese a la ausencia de normativa específica relativa a la «forma» en que debe llevarse a cabo el interrogatorio policial (tanto en la LECrim. como en su propio reglamento orgánico: SERRANO GÓMEZ, *Ob. cit.*, p. 131), debe entenderse que les vinculan las garantías mínimas que aquella ley procesal establece en sus arts. 387 ss. para la investigación judicial (así también, el autor citado, pp. 132-133 y PERIS, *Ob. cit.*, pp. 288 ss.).

(102) A ellas, y a su necesaria sujeción de parte de la actividad penitenciaria se refiere el art. 2 LGP, *Ordenamiento...*, cit., p. 11.

(103) Así, STRATENWERTH, *Derecho Penal, P. G.*, trad. de G. Romero, Madrid, 1982, p. 76. En idéntico sentido, WELZEL, *Derecho Penal Alemán, P. G.*, trad. de Bustos Ramírez y Yáñez Pérez Chile, 1976, p. 94.

(104) Su amplísima definición y ámbito en art. 283 LECrim.

les (105). De esta forma, afirma Del Toro, «si cualquier autoridad o funcionario, por ejemplo un ministro sin cartera o un empleado... de pompas fúnebres logra infiltrarse en el curso de una investigación judicial o policial (será) sancionado por el párrafo primero del artículo 204 bis», del mismo modo, continúa el autor, que «si la autoridad o funcionario... que rige la investigación policial o judicial *permitiese* —según el último párrafo...— *que otras personas ejecutasen los hechos previstos* y entre esas otras personas hubiese, por ejemplo y de un lado, mercenarios quizá expertos en torturas y, de otro el hipotético ministro sin cartera o el señalado funcionario municipal, aquellos mercenarios no estarán incluidos en el tipo del artículo 204 bis, pero sí serán sancionados los dichos empleados públicos, por cuanto el párrafo primero *no limita la condición de empleado a la profesional para realizar legítimamente la investigación judicial o policial*» (106).

En mi opinión, las consecuencias que extrae este autor de la interpretación del precepto —por lo demás, «insatisfactorias» y contrarias a la más «elemental lógica jurídica», como él mismo reconoce (107)—, no parecen obligadas y sí, por el contrario, incorrectas. Es de observar, en efecto, que si lo característico de la estructura de lo injusto de los delitos especiales reside como se ha afirmado en la infracción de un deber que respecto de determinados bienes jurídicos (los que se contemplan en la previsión normativa al efecto) tienen determinados sujetos (por ello sujetos «especiales») parece obvio que la selección de estos últimos por parte del legislador no puede hacerse de forma arbitraria y general sino en razón a las singulares relaciones (de protección o garantía) que les vinculan de forma especial con aquellos bienes jurídicos que se pretenden tutelar (108).

Y, desde esta perspectiva, resulta impropio señalar, en cuanto al precepto en estudio, la existencia de un deber especial por parte de todo funcionario público —sea ministro sin cartera o empleado de pompas fúnebres, por citar los ejemplos del autor— respecto de la seguridad del particular que se halle «en el curso de una investigación policial o judicial»; y más correcto, por el contrario, afirmar que el mencionado deber compete únicamente a aquéllos que, por razón de su función —policial o judicial—, están encargados, por expreso mandato legal, de realizar —o velar porque se realice— correctamente (109) la investigación de los delitos. La singular relación de dependencia que en el curso de ese procedimiento ostentan los derechos del detenido —en definitiva, su seguridad— respecto de la actuación de esos fun-

(105) Así, DEL TORO, *Ob. cit.*, p. 283.

(106) *Ob. cit.* (subrayado del original), pp. 283-284.

(107) *Ob. cit.*, p. 283.

(108) En este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Derecho Penal, P.G.*, I, Madrid, 1985, p. 42.

(109) Cfr. *supra*, notas núm. 68 y 101. Afirmación ésta que, por lo demás, encuentra un apoyo decisivo en el pfo. último del art. 204 bis donde figura como exigencia típica expresa de la autoría en este delito la de que la autoridad o funcionario público infrinja los *deberes de su cargo*...

cionarios en concreto, fundamenta sobradamente ese deber especial de salvaguarda que les compete.

Por ello, también, es común admitir sin reservas la figura de la *comisión por omisión* en relación a este delito. En efecto, se adopte un criterio formal, clásico, para la determinación del deber de garante que tome como fuente la ley (*teoría formal del deber jurídico*) o bien, una perspectiva material, más adecuada, que haga descansar aquel deber en la función de protección que compete a ciertas personas respecto de determinados bienes jurídicos cuya integridad queda bajo su dependencia personal (*teoría de las funciones*) (110), no cabe dudar de la posición de garante que ostenta el funcionario —sea policial, judicial o, en su caso, penitenciario— del artículo 204 bis respecto de los bienes jurídicos que en este precepto se tutelan. Su conducta, pues, de permitir o no evitar que otros lesionen esos bienes jurídicos deberá ser calificada de autoría en comisión por omisión de un delito de tortura (111). Esta previsión aparece recogida, por lo demás, en forma expresa por el apartado último del artículo 204 bis (vid. *supra*) que opta en este caso por una técnica de tipificación de la comisión por omisión poco deseable y deseada por la doctrina española en general, que muestra su preferencia por la creación de una cláusula genérica, al estilo de la que consagra el par. 13 del StGB alemán, en la que, subsanados los defectos más sustanciales que aquélla presenta, se regule adecuadamente esa polémica figura (112).

Pero, volviendo de nuevo a la problemática concreta que suscitaba Del Toro en cuanto al párrafo primero del precepto en estudio, cabe señalar, a la vista de las observaciones precedentes, que sólo podrán ser sujetos activos de los delitos contemplados en el mencionado párrafo los llamados por la ley para asistir, garantizando su correcto desenvolvimiento, al proceso de investigación de los delitos (y faltas, por supuesto) —en definitiva, pues, los funcionarios de policía y judiciales—; y, por tanto, que la pretensión legislativa de limitar el marco de las conductas típicas descritas en el artículo 204 bis, 1.º a las rea-

(110) Cfr. por todos, MIR PUIG, *Derecho Penal*, P. G., Barcelona, 1948, p. 263.

(111) Cfr. *infra* en texto correspondiente a las notas 196 ss. En este sentido, deben reputarse de todo punto innecesarias cuando no infundadas (vid. art. 12)— las precisiones que la reciente propuesta del Grupo Mixto pretende incorporar al nuevo precepto de tortura y que parten de una diversificación exhaustiva de responsabilidades que, en muchos casos están ya previstas en otros lugares del Código (así a través de los arts. 359 y 371) y en otros pueden obtenerse a través de la figura de la comisión por omisión en sus formas dolosa e imprudente. Vid. en particular arts. 8 y 12 de la proposición de ley, *Sección Legislativa*, cit., pp. 187-188. Idéntica crítica merece, por tanto, a mi entender, la regulación que en este sentido incorpora al art. 14.4 del C. p. argentino la Ley 23.097 (BO 29-10-84).

(112) En este sentido, MIR PUIG, *Ob. cit.*, p. 256 y en *Adiciones al Tratado de Derecho penal* de Jescheck, Barcelona, 1981, II, p. 846; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, Madrid, 1984, p. 585; ZUGALDIA ESPINAR, «Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del pfo. 3 del art. 489 bis del Código penal», *Cuadernos de Política Criminal* (en adelante CPCr., número 24, 1984, pp. 572 y 573, entre otros.

lizadas «en el curso de una investigación policial o judicial» tiene asimismo por finalidad la de concretar, recortándolo, el círculo de posibles autores cualificados para su ejecución.

No otra conclusión cabe obtener, además, del análisis de la propuesta de ley que sirvió al legislador de 1978 de modelo —sólo perfeccionado en cuanto a su técnica (113)— para la tipificación del delito de tortura (114), ni tampoco de la que modernamente ha presentado el Grupo Mixto del Congreso para una reforma sustancial del artículo 204 bis donde, pese a mantenerse los términos con que se inicia el artículo (115), se hace constar, en exposición de motivos, que sus beneficiarios principales son «los *funcionarios policiales o judiciales* que quieren cumplir precisamente la misión de ser los auténticos garantes de las libertades y derechos de los que somos titulares todos los ciudadanos» (117).

Ciertamente que las consideraciones precedentes, obtenidas de un examen de la regulación existente (*de lege data*) en torno a este delito, no obstan —como se ha hecho constar en otro lugar de este trabajo— a la conveniencia de revisar, ampliándolo, el marco típico que el mismo presenta en la actualidad. Así, en relación a otras conductas de maltrato —piénsese en el caso *Cazalis* (117)— que no se producen en el curso de una investigación «oficial» sino oficiosamente en lugares aislados o clandestinos donde la víctima queda o pueda quedar —como en la comisaría o la prisión— a disponibilidad del funcionario, a su merced (118). Estos supuestos son los que seguramente pretende abar-

(113) Como se expresa en el trámite de aprobación del texto que pasaría a convertirse en el art. 204 bis del C. p. *Diario de Sesiones de 21-VI-1978*, cit., p. 3545.

(114) Así lo reconoce también, DEL TORO, *Ob. cit.*, p. 284.

(115) Literalmente: «La autoridad o funcionario público que, en el curso de una investigación policial o judicial...», *Sección ... cit.*, p. 186.

(116) *Sección ... cit.*, p. 186.

(117) Según la narración de los hechos relativos a este caso, J. Cazalis, vasco de veintiún años, fue detenido por una patrulla de la Guardia Civil bajo la sospecha de que podía estar implicado en un atentado perpetrado por ETA ese mismo día (13-VI-1980); fue introducido en un Land Rover y conducido al monte Orio donde procedieron a interrogarle y torturarlo. Sólo después fue trasladado a la Comandancia de la Guardia Civil donde volvió a ser interrogado pero sin maltrato. Con todo, sus autores serían condenados por el art. 204 bis por la Audiencia Provincial de San Sebastián. Cfr. *Supra*, nota núm. 83. *Vid.* también un supuesto similar en STS. de 10 mayo 1985, R. 2462, ya cit.

(118) De la misma opinión, DEL TORO, *Ob. cit.*, p. 283. Sin embargo, no deben quedar comprendidas en el concepto de tortura, a mi entender, otras prácticas policiales de violencia donde la víctima tenga posibilidad de defensa por sí misma o con la ayuda de otros (*vid. supra*). La alevosía, pues, debe ser una nota constitutiva de este delito. En consecuencia quedarán fuera de su ámbito, por lo común, las violencias de la policía realizadas con motivo, por ejemplo, de enfrentamientos callejeros, más aún si no están personalizadas. En otro sentido, parecen pronunciarse J. de ESTEBAN/LÓPEZ GUERRA, *Ob. cit.*, p. 144. No es ese el caso, sin embargo, de las situaciones de maltrato que se realizan, previa detención, aprovechando el aislamiento y la indefensión, en general, del sujeto pasivo. Así, en los supuestos denunciados de maltrato por parte de cuerpos especiales de vi-

car la moderna propuesta de ley del Grupo Mixto cuando en su artículo 6 estima «bastante» para considerar tortura, el que «la autoridad o funcionario ... cuenten con *poder de hecho sobre la víctima*» (119).

Asimismo merece ser revisada la selección misma de los sujetos cualificados para ser autores del delito de tortura; y si se aceptan como válidas las innovaciones de esta última proposición legislativa (120) y, en particular, los principios de ética médica adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas de 18-XII-1982 (121), incluir en el elenco existente —policía judicial, jueces y fiscales— a los funcionarios médicos encargados de la atención de personas presas o detenidas; por lo demás, el cuerpo de la policía judicial es tan amplio, según la relación que ofrece la vigente LECrim., que no precisa ser complementado a tales efectos (122).

No me parece, sin embargo, de recibo la propuesta genérica del Grupo Mixto de acoger a los particulares como posibles sujetos activos de esta singular figura delictiva (art. 5) (123). La tortura debe seguir siendo un delito de funcionarios, por las razones tantas veces apuntadas (124). El Código penal contiene, además, instrumentos adecuados para valorar suficientemente cualesquiera conductas de maltrato, provenientes de particulares, donde concurra abuso de superioridad (ar-

gilancia nocturna de la policía municipal (*vid.*, por ejemplo, los recientemente recogidos en el Diario «El País» de 7-IX-1985, p. 17 y 12-X-1985, p. 22). Ciertamente que muchos de estos casos quedarían fuera del marco del art. 204 bis por estar motivados, quizá, por finalidades distintas de las de obtener declaraciones de los detenidos.

(119) «Es indiferente señala el art. 6 de esta propuesta— que la detención tenga fundamentos legales o que el detenido o preso se encuentre jurídicamente a cargo de la autoridad o funcionario, (es) bastante con que éstos cuenten con poder de hecho sobre la víctima». *Sección ... cit.*, p. 187 (subrayado mío en el texto). Así también, expresamente, en el art. 144, 3.º del Código penal argentino recientemente reformado por Ley 23.097 (BO 29-10-1984), en donde parece haberse inspirado aquella propuesta.

(120) *Vid.* art. 9 i.f., donde pese a todo, no se propone, respecto de los funcionarios médicos una imputación de autoría en comisión por omisión, sino una mera tipificación agravada de la omisión de denuncia que se contempla en el art. 338 bis, 2.º y que se hace expresa en relación a los delitos comprendidos en el art. 204 bis. *Sección...*, *cit.*, p. 187.

(121) Se trata de los seis principios relativos al papel del personal de la salud, particularmente médicos, en la protección de presos y detenidos contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradante, recogidos en Apéndice V del *Informe* de AMNISTIA I., de 1984, *cit.*, pp. 227-229.

(122) Téngase en cuenta que acoge no sólo a la policía de seguridad o a la Guardia Civil, sino también a la policía municipal urbana o rural, guardas de montes, funcionarios del Cuerpo Especial de Prisiones, etc..., hasta ocho categorías diferentes (art. 283 LECrim.). Este precepto permanece en vigor tras la reciente publicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, donde se anuncia simplemente la creación de unidades de policía judicial dependientes ya de jueces y fiscales. *Vid.* arts. 443 ss.

(123) *Vid.* art. 5, *Sección...*, *cit.*, p. 187. Asimismo, el art. 144,3 nuevo (1984) del Código penal argentino, *cit.*

(124) *Cfr. supra*, nota núm. 27.

título 10,8), alevosía (art. 10,1) o, en su caso, ensañamiento (art. 10,5), (aparte los arts. 406 y 420 i.f.). Por ello, debe también rechazarse la expresión «robo acompañado de torturas», incorporada al artículo 501,4 por la reciente reforma parcial de este texto legal por Ley de 25 de junio de 1983, que ha venido a sustituir —«con dudoso acierto», afirma Muñoz Conde (125), y yo creo que sin ninguno— a la anterior de «violencia o intimidación manifiestamente innecesarias para la ejecución del hecho» (126). Nada tienen en común, de otra parte, la «violencia innecesaria» con la tortura, aunque a veces (art. 187,5), esta nota de la necesidad haya servido de indicador para establecer el límite entre lo que debe estimarse violencia legal y sus excesos, que constituirían violencia no permitida por el ordenamiento jurídico y eventualmente, maltrato característico de la tortura. Obviamente, estas consideraciones no afectan para nada al artículo 501,4 donde más bien parecía aludirse a la circunstancia de ensañamiento del artículo 10,5 (126 bis).

En cuanto al ámbito concreto de conductas que describe el artículo 204 bis —delitos contra la vida del art. 405 a 409, contra la integridad del art. 418 a 427 y contra la libertad del art. 493 a 496 bis—,

(125) *La reforma penal de 1983* (obra conjunta con QUINTERO OLIVARES); Barcelona, 1983, p. 164. Según el mencionado autor, la expresión utilizada en este precepto debe ser interpretada como «provocación de malos tratos o de dolor para la consecución del delito que no llegan a tener la entidad de las lesiones tipificadas en los números anteriores» (p. 164). Es claro que esta socorrida definición del término «tortura», que puede ser adecuada al contexto en que debe ser entendida, no se ajusta en ningún caso a la esencia de esa práctica singular, tal y como viene descrita en el art. 204 bis del C. p. Así también, RUIZ ANTÓN que, tras destacar el carácter perturbador de este término en el marco del art. 501 —a su juicio, sería bastante el posible recurso a la circunstancia de ensañamiento del art. 10,5 del C. p.—, propone un entendimiento del mismo similar al que sugiere Muñoz Conde, si bien con la previa exigencia de que «los padecimientos psíquicos o los sufrimientos causados ... fuesen de gran intensidad». «Los robos con violencia o intimidación en las personas», *Comentarios a la legislación penal*, cit., II, pp. 1101-1102. Por su parte, el Tribunal Supremo que ha tenido ocasión recientemente de interpretar aquella expresión, lo ha hecho en el sentido de entender por tortura «el infligir al ofendido ... o a personas ajenas al delito; sufrimientos físicos o morales, martirizándoles o atormentándoles» (S. 10 marzo 1984 —R. 1.729— y 29 junio 1984 —R. 3.712—), o también, que «torturar equivale a atormentar, a causar dolor físico o corporal, congoja o aflicción del ánimo», pudiéndose agregar a la vista de la sentencia de este Tribunal de 19 septiembre 1983 (R. 4.553), que aquellos sufrimientos «pueden causarse "con motivo" del robo . . . o "con ocasión", es decir, cuando el dolor de dicha víctima surge episódicamente o como una incidencia de la ejecución revelando la crueldad, inhumanidad y sadismo del agente o los agentes, los cuales, con verdadero "lujo de males", infieren padecimientos, innecesarios o i.o, al sujeto o sujetos pasivos...» (S. 4 mayo 1984 —R. 2.470—). El requisito de su necesidad o no para la ejecución del robo ha sido asimismo tratado sin precisión por la S. de 7 noviembre 1983 —R. 5.465—. Sobre las incidencias que suscitó el empleo de esa expresión en el ámbito del art. 501, 4.º en el curso del debate para su reforma, *vid. RODRÍGUEZ DEVESA, Ob. cit.*, pp. 417-418.

(126) Sobre ello, *vid. RODRÍGUEZ DEVESA, Ob. cit.*, p. 418.

(126 bis) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, *Ob. cit.*, p. 418, nota núm. 22.

debe reputarse ciertamente insatisfactorio, tanto en su estructura como en su contenido. Es de destacar, en efecto, que dada la técnica de remisión adoptada por el legislador penal en relación a este precepto, se contemplan en el mismo un gran número de comportamientos que carecen de significación y aplicación en el marco específico de la tortura: Es el caso de delitos como el parricidio, el homicidio y lesiones en riña tumultuaria, las mutilaciones para eximirse del servicio militar o de servicio público de inexcusable cumplimiento, las lesiones por infracción grave de leyes y reglamentos de seguridad e higiene en el trabajo o también las coacciones para obligar a otros a iniciar a continuar una huelga, paro o cierre empresarial. De dudosa asimilación resultan también el propio homicidio (doloso directo) —no parece lógico «matar a otro» con el fin de obtener del mismo una confesión o testimonio (127)—; el asesinato —por la razón apuntada en todo caso y además, porque parece que circunstancias como la premeditación, la alevosía e incluso aunque más dudosamente el ensañamiento están ya implícitas en el tipo de tortura (128), el auxilio o inducción al suicidio y las amenazas lucrativas (129) o para atemorizar a los habitantes de una población (130). Estas últimas figuras delictivas resultan, en verdad, difícilmente compatibles con la estructura final que presenta el tipo de tortura, al menos en sus dos primeros párrafos, donde se requiere expresamente que los hechos descritos estén dirigidos a obtener una confesión o testimonio de la víctima, por lo que parece que sólo podrían ser calificados de acuerdo con el artículo 204 bis, de producirse en el ámbito penitenciario (131); esto es, en referencia al párrafo 3.º del precepto, si como cabe inferir de la interpretación doctrinal y jurisprudencial de que ha sido objeto (132), no se exige en su caso la presencia de aquel criterio subjetivo.

(127) Si lo que sucede es que se mata a otro para hacer más efectiva la amenaza de muerte dirigida a aquel de quien se pretende obtener la confesión o testimonio, tampoco aquel homicidio o asesinato podrá ser calificado de tortura y deberá valorarse como delito independiente en concurso con las amenazas, éstas sí constitutivas del tipo del art. 204 bis. En otro sentido, difícilmente compartible, DEL TORO, *Ob. cit.*, pp. 288 i.f. 289.

(128) Así lo entiende, por ejemplo, DEL TORO, *Ob. cit.*, p. 286.

(129) También, DEL TORO, *Ob. cit.*, pp. 285-286.

(130) Motivación ésta que no resulta, sin embargo, ajena a la práctica de la tortura como la realidad actual de algunos países latino-americanos ha tenido ocasión de demostrar. Sobre este fenómeno, más ampliamente, TERRÓN, «Una interpretación sociológica de la tortura», *Contra la tortura*, cit., pp. 245 ss. Como hipótesis podría ser válida también en nuestro país acaso circunscrita a las zonas más conflictivas del País Vasco. Vid. sobre ello, «*Area Crítica*», núm. 9, noviembre, 1984, p. 26; *La tortura en Euskadi*, cit., pp. 32 ss.

(131) Piénsese, por ejemplo, en el número creciente de suicidios (conocidos) que se producen en las cárceles españolas en los últimos años (37 suicidios entre 1983 y mediados de 1985, según el Diario «*El País*» de 28-IX-1985) y en la posibilidad de que muchos o algunos de ellos hubieran sido motivados por la práctica de torturas físicas o psíquicas sobre los presos.

(132) Así, RODRÍGUEZ DEVESA, *Ob. cit.*, p. 718; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, cit., p. 603. En otro sentido, DEL TORO, *Ob. cit.*, p. 291 y, al parecer, también RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio...*, cit., p. 76. De la primera opinión

Asimismo presenta una confusa justificación y parecería, en principio ineludible en ese conjunto de tipificaciones mal concebidas, la que —a modo de «tratamiento inhumano» o «degradante», por su inferior gravedad— lleva a cabo el legislador penal en el párrafo 4.º del precepto, relativa a «*la autoridad o funcionario público que ... sometieren al interrogado a condiciones o procedimientos que le intimiden o violenten su voluntad*». Esta disposición, que tiene claramente su origen en el artículo 5 de la propuesta socialista ya mencionada (133), y cuya pretensión, demasiado localista, es hoy como entonces garantizar penalmente la ausencia de toda coacción o amenaza *en el interrogatorio de los detenidos* (conforme a lo establecido en los arts. 389, 2 y 3 y 393 LECrim.), podría quedar subsumida, sin duda, en los primeros párrafos del artículo 204 bis donde se incrimina ya de forma expresa y atendiendo a sus diferencias de grado —sean graves de los artículos 493 a 496 o leves del artículo 585 (éstas últimas también posibles «tratamientos inhumanos», según el criterio diferenciador que adopta el artículo 15 de la Constitución de 1978)— las amenazas o coacciones realizadas «en el curso de una investigación policial o judicial». La regulación, pues, separada de aquel supuesto específico podría parecer una reiteración innecesaria si no fuera porque en su caso el legislador *prescinde* de la exigencia expresa de que la coacción o amenaza inferida al interrogado se dirija a «obtener su confesión o testimonio», requisito que sí aparece recogido en cambio en aquellos otros párrafos. Únicamente esta interpretación del apartado 4.º del precepto en estudio

resulta ser también el Tribunal Supremo como cabe inferir de la sentencia que dictó en julio de este año correspondiente a los sucesos de Herrera de la Mancha, donde aplicaba a nueve de los doce imputados el pto. 3.º del art. 204 bis, pese a que en este caso el maltrato de los presos no estaba motivado por la finalidad de obtener confesión alguna. La motivación que ofrece la STS. de 5 julio 1985 en este sentido es la de que el párrafo 3.º del art. 204 bis del C. p. exige «no el fin de obtener una confesión o testimonio... y sí que la actividad o conducta de la Autoridad o funcionario público de instituciones penitenciarias se realice por la calidad del sujeto pasivo, es decir, en consideración a las personas detenidas o presas, pues si se le diere el mismo ánimo finalístico de obtener una confesión o testimonio, quedarían fuera de la acción punible el dolor o el sufrimiento físico infringido al delincuente, no exigido por el régimen penitenciario y cuyo impulara el agravar su penalidad y posibilidad de revivir y resucitar el tormento...», por lo que concluye afirmando que basta aquí la «tiranía de aumentar y agravar el estado de los reclusos» que es diferente, a su entender, del «deseo del rigor que resulta innecesario para mantener el régimen disciplinario» que suyoce a las intracciones recogidas en el artículo 18,5 del propio Código penal. Cfr. en especial, el octavo considerando de esta sentencia. *Repertorio de Jurisprudencia*, Aranzadi, R. 3.960, cit., p. 3331.

(133) Que proponía la adición de un pfo. 9.º al art. 583 del C. p. en el sentido siguiente: «Quienes, investidos de la cualidad de funcionarios, en el curso de un procedimiento judicial penal o en la investigación del delito, formulen a los presuntos inculcados o testigos, preguntas de un modo capcioso o sugestivo, o prolonguen el interrogatorio cuando la persona interrogada esté en condiciones físicas deficientes o, de cualquier otro modo, infrinjan las disposiciones legales que rigen estas diligencias», *B.O.C.* de 24-I-1978, cit., p. 939.

es capaz de ofrecer una explicación aceptable de su existencia (134). Conforme a ella, deberá entenderse que el empleo de cualquier procedimiento coactivo proscrito por la LECrim. —como, por ejemplo, la formulación de preguntas capciosas o sugestivas o bien la prolongación excesiva del interrogatorio que provoque en el detenido un estado de cansancio o ansiedad—, si tiene por finalidad la de confundirlo y/o debilitar su resistencia para obtener del mismo una confesión o testimonio, deberá valorarse conforme a su entidad por los párrafos 1.º y 2.º del artículo 204 bis; pero si la conducta del funcionario no persigue otro objetivo, por ejemplo, que provocar sufrimientos al interrogado, humillarle o acabar prontamente con los trámites que exige todo interrogatorio oficial sea con confesión o sin ella o bien el maltrato sobreviniera después de producida ésta, entonces estaríamos en presencia del apartado 4.º de aquel precepto. Ciertamente que esta solución no es plenamente satisfactoria, entre otras razones porque el mencionado apartado no permite valorar con precisión la gravedad de los medios utilizados para violentar la voluntad del interrogado —a diferencia de lo que sucede en los primeros párrafos del artículo (135)—, y obliga a imponer, en todo caso, aún a riesgo de resultar desproporcionada (136) o insuficiente, la pena de arresto mayor e inhabilitación especial; sin embargo, ofrece siquiera la posibilidad de incriminar por tortura ciertos hechos que reuniendo objetivamente los requisitos establecidos para constituir ese delito, carecen no obstante del elemento subjetivo tan preciso que el tipo exige de ir dirigidos a la obtención de una confesión o testimonio de la víctima. Si, como es de desear, este elemento finalista desapareciera del ámbito del artículo 204 bis o se compatibilizara con otros de también frecuente persecución, tales como castigar, humillar o simplemente intimidar al detenido, el apartado en comentario perdería todo sentido y resultaría definitivamente superfluo.

En esta selección poco meditada y, en general, impropia de conductas que dan contenido al delito de tortura, podría destacarse además la ausencia de toda referencia a otros comportamientos que, gozando de una significación relevante en relación a aquella figura, no han sido tomados en cuenta sin embargo por el legislador de 1978. Me refiero,

(134) *Vid.* desde otra perspectiva las interpretaciones poco convincentes de DEL TORO, *Ob. cit.*, p. 291, y RODRÍGUEZ DEVESA, *Ob. cit.*, p. 718.

(135) Por pequeña que sea esa diferencia, pues el pfo. 1.º del art. 204 bis prevé las penas de inhabilitación especial y elevación en su grado máximo de las correspondientes a los tipos comunes de coacción (arresto mayor) y amenazas (arresto mayor y prisión menor), mientras que el 2.º pfo., donde se procede a una conversión a delito de infracciones leves (faltas), las penas establecidas son las de arresto mayor y suspensión.

(136) Piénsese, sobre todo, en la diferente duración y efectos de las penas privativas de derechos de inhabilitación y suspensión para cargo público: en el primer caso, el límite máximo de gravedad puede alcanzar a doce años de *privación* del cargo; en el segundo, es sólo de seis años y únicamente priva de su *ejercicio*. Si bien —pese a la opinión de algún autor (CÓRDOBA RODA, *Ob. cit.*, II, pp. 171 y 174)—, una y otra deben estimarse «temporales». Así también, MANZANARES, «Las inhabilitaciones y suspensiones en el Derecho positivo español», *A. D. P. y C. P.*, mayo-agosto 1975, p. 184; OCTAVIO DE TOLEDO, *Ob. cit.*, p. 454.

en concreto —y en tanto que gozan de una consideración separada de los delitos contra la libertad en general (137)— a los atentados contra la libertad sexual, en especial violación y abusos deshonestos; los abortos intencionales y, en particular, los causados violentamente cuando la víctima del maltrato es mujer embarazada, e incluso las injurias, si se tiene en cuenta la relevancia que ciertos hechos humillantes o el uso de determinado lenguaje pueden tener para romper el equilibrio y manipular a placer las reacciones de una persona que se encuentra en una situación de dependencia, aislamiento y debilidad psicológica (138).

Esas lagunas de punibilidad que presenta el artículo 204 bis —y que en algún caso podrían fundarse en el pretexto de la estructura finalista que le caracteriza—; son colmadas parcialmente, aunque con dudoso acierto, por la proposición legislativa del Grupo Mixto, ya mencionada, que, sin llegar a subsanar muchas de las deficiencias apuntadas en relación a aquel precepto (139), contiene sin embargo remisiones específicas a los delitos de aborto violento del artículo 412 y de violación y abusos deshonestos de los artículos 429 y 430, respectivamente (140), para los que prevé la imposición de la *pena superior en grado* a la establecida en los correspondientes tipos comunes, aparte la inhabilitación especial. Este acertado criterio punitivo, que se generaliza también para las demás conductas que aparecen descritas en el articulado de la propuesta y que, en su dureza, se mantiene asimismo para los casos en que la referencia es a una falta (que al pasar a convertirse en delito se conmina con pena de prisión menor e inhabilitación), coincide en gran medida con el sustentado en su día por el texto socialista de 1977 (141) que, sin embargo, fue suavizado sin justificación alguna en la regulación que quedó finalmente incorporada

(137) Sobre ello, *vid.* las consideraciones y propuestas de Díez RIPOLLÉS, «La reforma del Derecho penal sexual y la propuesta de 1983», *Documentación Jurídica*, cit., I, pp. 445 ss y, en particular, p. 452.

(138) Bien entendido que, en la mayoría de los casos, estas conductas podrían ser calificadas de coacciones sin recurrir al tipo de injurias. *Vid.* ampliamente sobre lo expresado en el texto, COROMINAS, «Segundo sistema de señales: estado de terror y dolor moral», *Contra la tortura*, cit., en especial, pp. 75 a 77.

(139) Es de observar, por ejemplo, que pese a hacer una referencia expresa y concreta al «delito de homicidio» remite después a los arts. 405 a 409 del C. p. Idéntico criterio sigue en cuanto a las lesiones, que refiere a los arts. 418 a 427 del mencionado texto legal. Asimismo, mantiene intacta la diferenciación por sujetos (activos) de las torturas causadas «en el curso de investigación policial o judicial» y las cometidas en centros penitenciarios, y no prescinde, como era de esperar, del pfo. 4.º del vigente art. 204 bis. *Cfr. Sección...*, cit., pp. 186-187.

(140) En el pfo. 1.º del art. que propone. *Sección...*, cit., pp. 186-187.

(141) Salvo en lo relativo a las faltas donde, o bien mantiene el criterio punitivo que les corresponde (arresto menor: arts. 2 y 5) o bien se limita a elevar su pena a arresto mayor (art. 1 i.f.), *B.O.C.*, 24-I-1978, cit., p. 939. Es de observar, además, el descuido en que incurre el prelegislador en el art. 2 de esta propuesta, donde procede a crear, como integrante del pfo. 2.º del art. 582 del C. p., una falta que ya aparece descrita en el pfo. 1.º del art. 583.

al Código penal. Las penas en él previstas para los hechos constitutivos de tortura —pena del delito común respectivo en grado máximo o arresto mayor en el caso de remisión a las faltas, aparte las restrictivas de derechos: inhabilitación o suspensión—, no mantienen, en consecuencia, la proporcionalidad exigida para adecuarse a la gravedad de injusto del delito a que van referidas —como con razón se ha señalado por sectores progresistas de la magistratura (142)— y podrían llegar a suponer incluso un infundado privilegio para quienes reuniendo las características típicas deban ser juzgados conforme al artículo 204 bis (143).

La solución de compromiso que ha ofrecido, en este sentido, la reforma parcial de 1983 a través de la incorporación al Código penal del nuevo artículo 204 bis a) —en realidad, una mera especificación del artículo 68 del propio texto legal— que autoriza expresamente a renunciar a las penas previstas en aquel artículo cuando otro precepto señale pena superior para las conductas allí contempladas, representa una vía inconveniente pero utilizable a los efectos de evitar tan injustas consecuencias (143 bis). Piénsese, por ejemplo, en el caso del particular que queda impedido de un miembro principal de resulta de unas lesiones inferidas por funcionario público en el curso de una investigación policial para obtener su confesión. Por virtud del principio de especialidad, el concurso normativo entre el artículo 204 bis y 420,2 se resolvería a favor del primer precepto; si bien, esta solución beneficiaría al funcionario que debería sufrir la pena de *prisión menor* en grado máximo, multa e inhabilitación especial; de no existir aquel precepto o si se sigue el criterio establecido por el artículo 204 bis a), en aplicación del principio de subsidiariedad expresa, la pena podría ser la de *prisión mayor* en grado máximo y multa, al valorarse junto a las lesiones la agravación específica de alevosía (art. 420 i.f.) —que debe estimarse, sin embargo, implícita en el tipo de tortura (144)— y la de prevalimiento de carácter público del artículo 10,10 del Código penal (145). Ciertamente que esta última solución no deja de ser insatisfactoria pues no permite en sede penal, salvo accesoriamente (artículos 45 ss. C. p.), imponer sanciones privativas de derechos —quizá

(142) En este sentido, es de destacar, la necesidad sentida y expresada por los juzgadores del caso *Onaindía* (cit. *supra*, nota núm. 83) de «proceder a una nueva y distinta regulación del delito de tortura, respetando el nuevo orden de valores consagrados por la Constitución española, estableciendo una penalidad proporcionada a la importancia de los derechos fundamentales violados por tal clase de conductas», *vid.* «*Diario 16*» de 28-X-1984, cit., p. 6.

(143) En el mismo sentido, DEL TORO, *Ob. cit.*, p. 286.

(143 bis) *Vid.*, en contra, la opinión de ORTS BERENGUER que comparte, sin embargo, la idea de su inconveniencia, «Alternatividad expresa». *Comentarios a la Legislación Penal*, T. V, vol. II, Madrid, 1985, pp. 691 ss. y en especial p. 693.

(144) Si se comparten las consideraciones expuestas *supra* en el texto correspondiente a nota núm. 89. Estas, a mi entender, se ajustan a los requisitos exigidos por la doctrina y la jurisprudencia para la estimación de la alevosía. Sobre ellos, ampliamente, CÓRDOBA RODA, *Ob. cit.*, I, pp. 544 ss.

(145) Cfr. *supra*, nota núm. 80.

más efectivas que la propia privación de libertad para estos supuestos (146)— y que deberán ser acordadas, en su caso, por vía disciplinaria (147). Más adecuado resultaría, por tanto, elevar la cuantía de las penas previstas para el delito de tortura, como sucesivamente han propuesto sin éxito el texto socialista de 1977 y el presentado por el Grupo Mixto en diciembre de 1984.

Una problemática interesante —ya esbozada en páginas anteriores— suscita el análisis de la *tipicidad subjetiva* del artículo 204 bis. Aparece éste configurado en su estructura típica como delito de resultado cortado, siquiera sea en sus dos primeros párrafos donde es expresa la exigencia de que el autor —aquí, funcionario público— oriente su acción a la obtención de un resultado externo, trascendente —en este caso, la confesión o testimonio del sujeto pasivo— que está más allá del tipo objetivo —de la acción o del resultado típicos— y cuya efectiva producción no se exige para ver consumado el delito (148).

La cuestión más fundamental que plantea la existencia de este elemento subjetivo del injusto —caracterizado como de «tendencia interna trascendente»— en el tipo de tortura es la de determinar si su presencia posibilita la comisión doloso eventual o culposa de los delitos a que remite o bien exige el dolo directo. Ello es particularmente importante de dilucidar en relación a conductas que se hallan ya recogidas en su ámbito —v. gr., lesiones u homicidio— o que pudieran ser incorporadas al mismo —como el aborto violento del artículo 412 del Código penal—. Piénsese, por ejemplo, en los casos, lamentablemente no infrecuentes, en que el funcionario, excediéndose en sus métodos violentos de presión sobre el detenido para obtener del mismo una confesión o testimonio, le ocasiona la muerte o lesiones más graves de las queridas. Estos resultados más graves, en muchos casos podrán imputársele a título doloso eventual —por ser altamente probable su producción y haberse el autor, pese a todo, conformado con ellos—, pero en otros, deberán estimarse imprudentes, cuando aún siendo previsible falte su representación o bien, el autor menosprecie el grado de peligro de su conducta precedente o sobrevalore su habilidad confiando en que dichos resultados no sobrevendrán (149). En el primer

(146) Siquiera sea desde un punto de vista preventivo especial, como medida aseguradora. *Vid.*, sobre ello, las consideraciones de OCTAVIO DE TOLEDO, *Ob. cit.*, p. 466, así como la bibliografía que cita a pie de página, nota núm. 1638. También, BACIGALUPO, «El sistema de reacciones penales en las recientes reformas y proyectos latino-americanos», *C.P.Cr.*, núm. 2, 1977, p. 14.

(147) *Vid.* arts. 87 ss. de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado (T. A. aprobado por Decreto 315/1964 de 7 de febrero), no modificada en cuanto a sanciones por la reforma legal de 2-VIII-1984.

(148) Cfr. por todos, JESCHECK, *Tratado...*, cit., I, p. 437. En cuanto a las formas imperfectas de ejecución relativas a los delitos que en el seno del art. 204 bis se contemplan, se seguirán las reglas generales.

(149) Estos son, en general, los criterios que la doctrina toma en consideración para la distinción entre el dolo eventual y la culpa consciente. Para una exposición más completa de las distintas posiciones de los autores en torno a esa distinción, *vid.* GIMBERNAT ORDEIG, «Acerca del dolo eventual», *Estudios de Derecho Penal*, 2.^a ed., Madrid, 1980, pp. 175 ss.

caso, la conducta del funcionario habrá de calificarse de homicidio o lesiones —de la gravedad que resulte— dolosas (con dolo eventual); en el segundo, concurrirán sendos supuestos de preterintencionalidad —heterogénea u homogénea— a resolver por las reglas del concurso de delitos del artículo 71 del Código penal (150).

El problema surge, pues, a la hora de determinar si aquel homicidio o aquellas lesiones doloso-eventuales deben entenderse comprendidas en el tipo de tortura y, por tanto, agravadas conforme a las reglas que el artículo 204 bis establece o bien contentarse con aplicarles la agravante genérica del artículo 10,10; y si en los casos de preterintencionalidad, los resultados más graves causados imprudentemente deben valorarse al margen de aquel precepto aplicándole la agravación correspondiente únicamente a las lesiones dolosas iniciales.

Parecería lógico, en principio, no sustraer ninguno de esos comportamientos del marco de la tortura pues lo cierto es que tanto el homicidio como las lesiones más graves —previstos ambos en la enumeración de delitos que contiene el artículo 204 bis— se han causado en el curso de un proceso final dirigido a la obtención de una confesión o testimonio de la víctima o, lo que es lo mismo, su producción ha estado motivada por la persecución de esa finalidad en concreto, por lo que mal puede decirse que al faltar el dolo (directo) en su comisión, al no estar aquella muerte o aquellas lesiones resultantes directamente preordenadas al fin, falta ese fin (151). Contrariamente, podría argumentarse que la intención de obtener una confesión subsiste en el funcionario cuando se excede en el maltrato de la víctima o cuando la misma naturaleza del maltrato permite prever como posible o como probable la producción de un resultado más grave no buscado directamente por el agente pero que acepta (dolo eventual) o bien espera o confía en que no sobrevenga (culpa consciente) o ni siquiera se representa (culpa inconsciente); por lo que, siguiendo la redacción del artículo 204 bis, podría afirmarse que el autor —funcionario público— en el curso de una investigación ... y con el fin de obtener una confesión ... ha cometido un delito doloso eventual o imprudente bien de homicidio, bien de lesiones graves ... constitutivo de «tortura».

De seguirse esta vía, habría de imponerse, en el caso de homicidio o lesiones doloso eventuales, la pena señalada en el tipo común correspondiente en su grado máximo; y, si aquellos delitos se hubiesen cometido imprudentemente, habría que determinar, conforme al artículo 71 Código penal, la infracción más grave —entre las lesiones dolosas iniciales y el homicidio o las lesiones culposas resultantes— y elevar su pena al grado máximo superior, según la escala prevista en el ar-

(150) Estas reglas permiten valorar más precisamente que a través de la aplicación de la atenuante 9, 4 los supuestos de preterintencionalidad homogénea. En el mismo sentido, modernamente, HUERTA TOCILDO, «Adiós al homicidio preterintencional», *Revista «La Ley»*, núm. 1.041, de 8-X-1984, p. 5; BUSTOS RAMÍREZ, «El principio de Culpabilidad en el Anteproyecto de Código penal», *R. F. D.º U. C. M.* núm. 6, 1985, p. 168.

(151) En otro sentido, la opinión de MIR PUIG referida al infanticidio, cuya estructura se asemeja bastante a la del delito de tortura, *Adiciones...* cit., p. 423; y *Derecho Penal*, cit., p. 219.

título 78 Código penal y dentro de los límites marcados por el propio artículo 71. Si con esta solución no se alcanzan resultados punitivos satisfactorios o más satisfactorios que con la solución contraria que, como ahora se verá, es la que patrocina la doctrina dominante, no es sino porque el mismo legislador no los permite al imponer en el marco del artículo 204 bis un criterio demasiado tímido de agravación, al que por lo demás nos tiene acostumbrados cuando se trata de delitos de funcionarios. Con todo, esta vía permite justificar la presencia en el primer párrafo del precepto de delitos como el homicidio que, en otro caso, carecería de sentido —como decíamos: «nadie mata a otro para obtener su confesión»—; o, de aborto violento, en el supuesto de que entrara a formar parte, como se ha propuesto del artículo 204 bis. En la actualidad, este delito deberá valorarse al margen del mencionado artículo de forma que, de producirse el aborto a consecuencia de las violencias realizadas sobre mujer embarazada para obtener su confesión, se calificarán como tortura, según su entidad y, por tanto, según el párrafo 1.º o 2.º del artículo 204 bis, aquellas violencias, que se pondrán en concurso (ideal) —ya agravadas— con el delito de aborto del artículo 412 y la pena resultante será la del delito que aparezca más grave en su grado máximo, como prescribe el artículo 71 Código penal. Si el delito más grave es el provocado por las violencias (normalmente lesiones) y concurre ya en su grado máximo, el único recurso será el de imponer la pena más alta que autorice ese grado máximo, sin pasar a otra superior en la escala.

En definitiva, ésta sería la solución que habrían de alcanzar quienes, por razón de la presencia de un elemento subjetivo de las características señaladas en el tipo de tortura, negaran la posibilidad de su comisión a través de conductas preterintencionales (152) —tales como las ejemplificadas del homicidio o las lesiones— pues éstas deberán entonces ser valoradas al margen del artículo 204 bis que, en su caso, sólo alcanzaría a las lesiones dolosas iniciales, si es que podían ser determinadas (153).

Lo que, en último término, queda por explicar a los que así piensan es la razón por la cual debe rechazarse la posibilidad de realizar hechos imprudentes motivados por la persecución de un fin que resulta ser jurídico-penalmente relevante (154). Podrá afirmarse, en efec-

(152) Expresamente referida a este delito, únicamente cabe citar la opinión de RODRÍGUEZ DEVESA, *Ob. cit.*, p. 719. En general, sustentan este criterio, POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, Sevilla, 1972, pp. 321 ss. Asimismo, pese a las excepciones que formulan a la regla genérica, MIR PUIG, *Derecho penal*, cit., pp. 218-219; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría...*, cit., p. 238; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, P. G., Valencia, 1982, p. 409; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Ob. cit.*, p. 106.

(153) En cuanto a los criterios que deben tenerse en cuenta para apreciar consumación o simplemente tentativa en relación a esas lesiones iniciales, pueden seguirse las indicaciones de MIR PUIG, «Preterintencionalidad y límites al art. 50 del Código penal», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1979, pp. 97 y 98.

(154) En el mismo sentido, BACIGALUPO, «El delito fiscal en España», *R.F.D.º U.C.M.*, núm. 56, 1979, p. 92. También es de esta opinión GÓMEZ BENÍTEZ, pese a las consecuencias negativas que posteriormente extrae en re-

to, que el autor, en la persecución de determinado fin (aquí obtener una confesión); no quiere determinado resultado (v. gr., muerte) —y, por ello; precisamente, su conducta no será dolosa— pero, difícilmente podrá decirse si ese resultado previsible llega a alcanzarse por descuido del autor, que el mismo nada tiene que ver con el fin trascendente que servía de motor a su conducta —que le ha motivado a actuar, siquiera sea imprudentemente— y, por tanto, que al desaparecer la intención —la malicia del artículo 565 Código penal— desaparece *necesariamente* con ella todo fin relevante que se hubiere propuesto el autor en su actuar. Y si lo que sucede es que en estos casos de delitos de tendencia interna trascendente se requiere que la conducta o el resultado típicos sean *queridos* como medio para obtener el fin de que se trate (dolo directo), entonces, dudosamente podrá admitirse, como en general hace la doctrina mayoritaria (155), que sea posible su comisión doloso-eventual, pues en esta forma de dolo, el elemento volitivo que se exige —cuando se exige (156)— en ningún caso puede identificarse con aquel *querer* —que sugiere preordenación hacia determinada meta—, sino que aparece descrito por una vaga noción de aceptación, asentimiento o conformidad (157).

Aquí, pues, la doctrina al negar la oportunidad de comisión imprudente de determinados delitos portadores de elementos subjetivos del injusto, se anticipa sin suficiente fundamento —el art. 565 C. c. no ofrece, en mi opinión, el sustento deseado (158)— a la decisión del legislador que debe ser, en definitiva, la que determine con ayuda de criterios político criminales y, por tanto, a través de un sistema más racional de punición de la culpa, los casos en que ésta puede ser apreciada por el intérprete. Ciertamente que esa trascendental reforma, que cuenta hoy con el apoyo unánime de los autores y que muy probablemente pasará a ser realidad con el nuevo Código penal (159), no pon-

lación a estos delitos en base a la estructura de la cláusula abierta de incriminación de la imprudencia del art. 565 (*Teoría...*, cit., p. 238). Tales consecuencias, expuestas ya por MIR, no pueden sin embargo aceptarse con carácter genérico como se ha hecho constar *supra* en texto correspondiente a la nota núm. 150 y en las consideraciones que siguen.

(155) A excepción de QUINTANO RIPOLLEÉS en relación, por ejemplo, al delito de infanticidio, de estructura similar a la del tipo del art. 204 bis, *Vid. Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, I, Madrid 1962, pp. 461-462. También en este sentido, como corresponde a su concepción del dolo eventual que asimila sustancialmente a la culpa BUSTOS RAMÍREZ, *Manual*, cit., p. 215; «El principio de culpabilidad», cit., p. 172.

(156) Vid. entre los partidarios de la teoría de la probabilidad, las opiniones de GIMBERNAT ORDEIG, *Ob. cit.*, pp. 187 ss. y OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Ob. cit.*, pp. 100-102.

(157) Se trata, pues de un «querer» —entrecorrellado—. *Vid. COBO VEL ROSAL/VIVES ANTÓN*, *Ob. cit.*, III, p. 171. También MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., pp. 205-207; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, P. G., I, Madrid, 1981, p. 41.

(158) Del mismo parecer, BACIGALUPO, «El delito fiscal», cit., p. 92.

(159) En efecto, tanto el Proyecto de Código penal de 1980 como el más firme candidato a convertirse en nuevo Código, es decir, la Propuesta de Anteproyecto de 1983, adoptan ya un sistema de incriminación cerrada de la imprudencia o, como se dice en la introducción a este último texto, sus-

drá fin a los problemas que plantea el actual artículo 204 bis (160), cuya deficiente estructura merece ser, en todo caso, revisada.

No hay razón, en efecto, para que la tipicidad de este delito deba determinarse por remisión a otros tipos comunes (de delito o falta) (161), y su única *ratio* sea la de agravar la penalidad de aquéllos. El delito de tortura merece tener un concepto y una autonomía propios. En este sentido, cabe plantearse la necesidad de una fórmula que, en referencia a conductas y no a resultados, sea capaz de describir el injusto típico de esta particular figura delictiva. Si la tortura es siempre, por definición, violencia —sea física o psíquica— ésta debe pasar a ser entonces el núcleo (concepto base) del tipo objetivo; otros datos esenciales como la condición de funcionario público en el sujeto de la acción y esa singular posición de superioridad (poder-disponibilidad) que éste debe ostentar frente al particular (detenido o preso) —y que permite esos excesos característicos de estas situaciones— le conferirán a este delito la naturaleza especial que le es propia, así como su gravedad específica, sin que otras referencias expresas de orden local, temporal o circunstancial vengán a introducir confusión en el tipo, recortando inconvenientemente las oportunidades de su aplicación. La posibilidad de inculpar, además, otros hechos más graves que puedan seguirse o acompañar a aquellas violencias (lesiones, muerte...) debe estar asimismo contemplada en el precepto —como lo estuvo en su día en los que le precedieron (162)— bien a través de la técnica poco deseable de los delitos complejos (163), bien a través de una remisión concreta a las reglas del concurso de delitos con una cláusula, eso sí agravatoria, para impedir que en su aplicación se pierda el desvalor propio y más grave que deben expresar y exteriorizar en pena los hechos constitutivos de tortura.

También en su vertiente subjetiva son precisas importantes modificaciones tendentes a ampliar los límites que el artículo 204 bis impone a la punibilidad de este delito. Este objetivo no puede alcanzarse,

tituyen «la imprudencia como tipo autónomo por las figuras individualizadas de "crimina culposa"»...», *Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal* (en adelante, PANCP), 2.ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, p. 12.

(160) Es de destacar que los citados textos de reforma mantienen sustancialmente la estructura que presenta en la actualidad este precepto (vid. art. 628 del Proyecto y art. 562 de la Propuesta), si bien introducen algunas modificaciones importantes como la desaparición del perturbador elemento subjetivo de «obtener una confesión o testimonio» y una cierta elevación de las penas señaladas en el tipo para las conductas en él previstas.

(161) En este sentido tiene razón DEL TORO cuando se decanta a favor de la estructura que presenta el pfo. 4.º del precepto, de más «correcta elaboración» que los restantes. *Ob. cit.*, p. 291. Sobre otros problemas de orden conceptual que suscita el art. 204 bis, tal como aparece configurado en la actualidad, *vid. pp.* 289-291.

(162) Así, por ejemplo, en el art. 499 del C. p. de 1822 o art. 450 del C. p. de 1928.

(163) En contra de esta técnica se pronuncia, con razón, un sector mayoritario de la doctrina. Cfr. por todos, MUÑOZ CONDE, *Ob. cit.*, p. 218 (y la bibliografía que cita en apoyo de esta tesis).

como es obvio, a través de la permisión de formas imprudentes en relación a la conducta base de violencias sino, en todo caso, a través de la conveniente inclusión en el precepto de otras finalidades distintas a la de «obtener una confesión o testimonio» que, como es sabido, es la única que figura en su redacción actual (163 bis). Motivaciones tales como el simple intimidar o atemorizar, infligir un castigo, desacreditar o humillar a la víctima, deben pues pasar a formar parte del tipo de torturas que se propone, siempre que el medio empleado en su relación sean aquellas violencias físicas o psíquicas y su ejecutor ostente la cualidad de funcionario público.

4 b) *Propuesta de lege ferenda de un precepto incriminador de la tortura (y otros tratos inhumanos y degradantes)*

La incorporación de las notas señaladas a un nuevo precepto, podrían dar como resultado el que sigue:

«El funcionario público que ejerciere violencias físicas o psíquicas sobre una persona detenida o presa, con el fin de obtener de la misma una confesión o testimonio, intimidarla, castigarla o humillarla, será castigado como reo de tortura con las penas de prisión mayor si las violencias tuvieran la consideración de graves y de prisión menor si hubieren sido menos graves o leves, pudiendo en este último caso imponer la pena en grado mínimo. En todo caso se acordará la pena de inhabilitación especial para cargo público.

Estas responsabilidades deberán exigirse sin perjuicio de cualesquiera otras en que hubiere incurrido el culpable. En caso de concurso, se autorizará al juez para que si la pena resultante en su grado máximo no fuera adecuada a la gravedad del hecho cometido, pueda imponer la superior en grado».

En mi opinión, el precepto que se propone permitiría obviar muchos de los problemas que el artículo 204 bis, con su deficiente técnica legislativa, plantea en nuestros días y facilitaría, es de esperar, una represión más efectiva y racional de la práctica de la tortura.

Entre sus ventajas, podrían destacarse, a mi juicio, las siguientes:

a) En primer lugar, se prescinde de la innecesaria mención que el vigente artículo 204 bis hace al concepto de «autoridad» junto al de «funcionario público», siendo así que esta condición es presupuesto mínimo de aquella y, por tanto, que toda autoridad es también funcionario público, a efectos penales (164). Es bastante, entonces, una referencia expresa a esta última cualidad respecto del sujeto activo de este delito.

b) No se especifica el momento ni el lugar de realización del hecho, evitando de esta forma distinciones superfluas como las que con-

(163 bis) Con las limitaciones señaladas *supra* en texto correspondiente a notas núm. 132 y ss.

(164) *Vid.* DEL TORO, en CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, II, p. 730. También, QUERALT, «El concepto penal de funcionario público», *C. P. Cr.*, 1985, núm. 27, pp. 491 ss.

tiene el actual precepto («en el curso de un procedimiento judicial penal o en la investigación del delito», «en el curso de una investigación policial o judicial», «... en instituciones penitenciarias»...), que van en detrimento de una necesaria economía legislativa en la descripción típica.

c) No se precisa tampoco, en forma expresa, la naturaleza de la función a que los sujetos activos de este delito deben hallarse adscritos, si bien aquélla deberá entenderse limitada a los casos en que sea *policial* (de «policía judicial», según los términos del art. 283 LECrim. que, en su amplitud, incluye asimismo a los *funcionarios de prisiones* encargados bien de la vigilancia y seguridad de los centros, bien de la observación y tratamiento de los internos (165), *fiscal, judicial* o en su caso, *médica*, tanto en el ámbito civil como en el militar (166). En mi opinión, esa restricción implícita en el tipo viene sugerida por la condición de preso o detenido —«retenido»— (167) o, si se quiere, privado de libertad por cualquier razón (sea en el curso de un proceso legal de investigación o no) que se exige en el sujeto pasivo de este delito y que aparece fundada en el deber especial que a aquellos funcionarios en particular incumbe de velar por la seguridad de quienes se hallan en esas específicas situaciones (art. 17 C. E.) (168); deber éste que se muestra capaz de generar una posición de garantía en los mismos respecto de los bienes jurídicos que se tutelan en este precepto.

Esa limitación expresa referida a los sujetos pasivos de este delito (169) obedece a la necesidad de evitar que cualquier funcionario

(165) Vid. art. 283, 7 de la LECrim. en relación con los arts. 276 ss. del Reglamento Penitenciario de 8-V-1981, *Ordenamiento penitenciario*, cit., pp. 136 ss. Aquella disposición parece que sigue en vigor tras la publicación reciente de la L.O.P.J., cfr. *supra* nota núm. 122.

(166) Con las restricciones que en razón de la materia y de los sujetos establece el nuevo Código penal militar de 9 diciembre 1985 (art. 1 ss.), en cuyo articulado es de destacar la tipificación expresa del «maltrato de obra» y de la aplicación de «trato inhumano o degradante» por parte de un superior a un inferior (arts. 104 y 106, respectivamente) que se conminan con pena de 3 meses y un día a 5 años de prisión. Antes de la reforma resulta de interés consultar el Auto de 24 marzo 1983, R. 2180.

(167) Este término, que parece querer expresar la «brevedad» de la detención, no es sino un instrumento que encubre, bajo un concepto jurídico inexistente, la existencia de una verdadera detención, que así aparece desprovista de las garantías jurídicas que normalmente la acompañan. En el mismo sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, «La inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias», *R. F. D.º. U. C. M.*, núm. 64, 1982, p. 41.

(168) Vid. el comentario a este precepto de J. DE ESTEBAN/LÓPEZ GUERRA, *Ob. cit.*, pp. 152 ss. Es de observar también en cuanto a los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, lo establecido en la Orden del Ministerio del Interior de 30-IX-1981, cuyo principio núm. 9 establece a su cargo «el deber de velar por la vida y la integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encontraren bajo su custodia, dejando siempre a salvo el honor y la dignidad de las mismas», *BOE* de 2-X-1981, núm. 236.

(169) Se adecúa, por lo demás, a lo establecido en el art. 2 del Proyecto de Convención Europea contra la Tortura, donde se señala que ésta «se aplicará en todas las circunstancias y en todos los lugares, a todas las

—dados los términos tan amplios con que el artículo 119 del Código penal describe esa cualidad— pudiera estimarse incluido en el tipo de torturas, sobre todo para el caso de «violencias psíquicas» (piénsese que es raro el funcionario que no puede ejercer desde la esfera de poder que normalmente ostenta (170) presiones capaces de producir sufrimientos psicológicos o profundos sentimientos de angustia en un particular).

d) Se introduce en el ámbito de conductas típicas el concepto de «violencias psíquicas» que se conminan con una pena autónoma, ofreciéndose de esta manera un cauce apropiado para su punición que el Código penal vigente no posibilita en la misma medida a través de otros preceptos (171). Los únicos instrumentos con que cuenta para reprimir esa clase de violencias —coacciones, amenazas, lesiones de los artículos 421 en relación al 420, 1.º y 4.º, 422, 582, 583, 1.º ó 585, 1.º (faltas)— se muestran las más de las veces inadecuados o, en su caso, incapaces de expresar la gravedad característica de estos hechos que se conceptúan como de «tortura no corporal». Por tales, podría entenderse, según la definición que ofrece la Comisión de Derechos Humanos, el empleo de «medios de presión distintos de las sevicias corporales capaces de causar un sufrimiento psicológico, ocasionando a la víctima un sentimiento de angustia» (172).

e) La alevosía debe ser una nota constitutiva del tipo de tortura pese a no constar en la redacción propuesta esa exigencia expresa, tantas veces repetida a lo largo de este trabajo, de que el particular se halle «a merced» del funcionario que realiza las conductas violentas. Esa circunstancia junto a la de «abuso de poder» que representan tales conductas, constituyen el fundamento de la gravedad específica de las penas previstas en el precepto. La presencia conjunta de ambas circunstancias en el ámbito del «nuevo» artículo 204 bis permitiría, de otra parte, distinguir el desvalor característico de este delito del que implica la concurrencia de la agravante 10, 10 del Código penal, que quedará reservada así para los supuestos en que o bien el sujeto pasivo no sea detenido ni preso, o bien, siéndolo, la actividad violenta del funcionario no sea alevosa (173).

personas privadas de libertad por cualquier motivo que esto sea, incluidas las personas retenidas a las fines de las investigaciones por parte de las autoridades civiles o militares encargadas del mantenimiento del orden, las personas en situación de detención preventiva, administrativa o reeducativa, las personas perseguidas o penadas por cualquier delito...». *Revista de Derechos Humanos*, primavera de 1983, cit., p. 39. Este es también el criterio seguido por la Ley argentina núm. 23.097 (B.O. 29-10-1984) que da contenido al nuevo art. 144,3 del Código penal.

(170) En este sentido, DEL TORO, en CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, II, p. 730.

(171) En el mismo sentido, la definición que ofrece BERISTAIN, *Ob. cit.*, p. 13. También resalta este aspecto DEL TORO, *Ob. cit.*, p. 292.

(172) Cfr. SUDRE, *Ob. cit.*, p. 840.

(172 bis) Así parece entenderlo también respecto del actual art. 204 bis el Tribunal Supremo. *Vid.* Considerando núm. 11 de la STS. de 5 julio de 1985. *Repertorio...*, cit., p. 3333.

(173) *Vid.* CÓRDOBA RODA, *Ob. cit.*, I, pp. 671 ss. y, en especial, p. 677.

f) Se incluyen, de acuerdo con las definiciones más modernas de tortura (174), otras finalidades diferentes de las de obtener confesión o testimonio de la víctima, tales como la de infligirle un castigo, intimidarla o humillarla. De esta forma, se evitan limitaciones injustificadas a la punibilidad de los hechos que se contemplan en el precepto.

g) Se posibilita, pese a ser partidaria de obviarla, la distinción entre tortura y tratamientos inhumanos y degradantes si es que se quiere adecuar la descripción típica del artículo 204 bis a los términos de la prohibición constitucional contenida en el artículo 15 del texto de 1978. De acuerdo con ello, serían propiamente *tortura* las violencias más graves inferidas con cualquiera de los fines previstos en el precepto penal y, *tratamientos inhumanos o degradantes* —o bien «malos tratos» si se quiere utilizar (175) esa eufemística expresión de tan difundido uso—, los demás casos. La distinción entre lo inhumano y lo degradante deberá realizarse entonces en atención al fin perseguido por el actor: si es el de obtener una confesión o testimonio, castigar o intimidar a la víctima será lo primero; si humillarla, lo segundo (176).

h) Podrá exigirse, ahora sin dificultad, respecto de la conducta típica básica (las violencias físicas o psíquicas) el dolo, como, de otra parte, requieren la mayor parte de las definiciones internacionales que se ocupan de la tortura (177), pero se posibilitarán las formas imprudentes respecto de los resultados más graves que pudieran concurrir.

i) Se especifica, en cuanto a la pena de inhabilitación especial que se prevé en el precepto, su referencia exclusiva a cargo público, en los términos descritos por el artículo 36 del Código penal, lo que significa que la privación de cargo o empleo que esta pena implica sólo afectará a aquel que le hubiere permitido realizar las violencias típicas, aprovechando la situación de preso o detenido del sujeto pasivo (178). Su duración *temporal* deberá ser determinada por el juez, a su arbitrio, dentro de los límites legales (art. 30 C. p.).

j) Se sacrifica la técnica del delito complejo, poco conveniente, por la del concurso de delitos, si bien acompañada de una cláusula agravatoria para evitar que se pueda perder el desvalor característico de los hechos constitutivos de tortura.

(174) Cfr. *supra*, nota núm. 28.

(175) Como hace el PANCP. en su art. 562, 1.º.

(176) No convence, pues, el criterio jerárquico que emplean los órganos de la Convención de Derechos Humanos, basado no sólo en el fin sino también en la gravedad de la lesión causada. Sobre ello, *vid.* ampliamente *supra*, nota núm. 36 y texto correspondiente a la misma.

(177) Así, las indicadas en nota núm. 25, *supra*.

(178) De esta forma, se resuelve en los términos que me parecen más convenientes, la polémica surgida con motivo de la naturaleza, unitaria o múltiple, de esta pena de inhabilitación especial. Sobre ello, *vid.* ampliamente, OCTAVIO DE TOLEDO, *Ob. cit.*, pp. 425 ss., a cuyas conclusiones me adhiero (pp. 441 ss.). Es de observar el carácter perpetuo que asigna a esta pena la moderna Ley argentina de 1984 en referencia al delito de tortura (art. 144, 3.º C. p.).

4 c) Otros problemas dogmáticos de interés

Pero otras cuestiones restan todavía por tratar antes de dar por finalizado el análisis dogmático del delito de tortura.

La primera se refiere a la admisibilidad de posibles *causas de justificación* en relación a este ilícito penal. En general, la opinión de autores y organismos de carácter internacional resuelve restrictivamente esta cuestión. El propio Proyecto de Convención para la supresión de la tortura, elaborado por la Asociación Internacional de Derecho Penal en Siracusa, en diciembre de 1977, rechaza expresamente, en sus artículos 5 y 6, la posibilidad de apreciar las eximentes de obediencia debida y estado de necesidad en relación a la tortura (179) y, en nuestro país, Del Toro interpreta la expresión *en ningún caso* contenida en el artículo 15 de nuestra Constitución como indicativa de la voluntad legislativa de excluir la apreciación de cualquier «excusa jurídica» en relación a aquella conducta (180).

Ciertamente que el empleo de aquella expresión en el aludido texto constitucional es susceptible de un entendimiento alternativo más estricto —tal como el de que la tortura queda prohibida también para el caso de situaciones excepcionales «de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación» (181)— pero nada impide, en mi opinión, aceptar la versión de aquel autor dentro de una interpretación amplia de aquellos términos constitucionales, según la cual, el recurso a la tortura (y otros tratos inhumanos o degradantes) por parte de funcionario público no podrá considerarse idóneo ni en circuns-

(179) Cfr. DEL TORO, *Ob. cit.*, p. 271.

(180) *Ob. cit.*, p. 281.

(181) Como cabe desprender de lo establecido expresamente en el artículo 15.2 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, firmado en Roma en nov. de 1950 (*Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Ob. cit.*, p. 77) o también del art. 3 de la Declaración contra la tortura, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9-X-1975, donde se declara que «Ningún Estado permitirá o tolerará la tortura ... No podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura... (AMNISTÍA, I, *Informe, cit.*, p. 223). Asimismo es de observar que, según la legislación española referente a los estados de alarma, excepción y sitio (L. O. 4/1981 de 1 de junio), aquéllos no pueden motivar una suspensión de los derechos contenidos en el art. 15 de la Constitución (derecho a la vida e integridad física y moral y a no ser sometido a tortura ni pena o tratos inhumanos o degradantes). Con todo, es de observar que, a diferencia de lo que sucede en los casos en que se declara el *estado de excepción* donde no se autoriza una limitación relativa a lo establecido en el art. 17.3 (donde se enumeran garantías frente a la tortura tales como el derecho a la asistencia de abogado o a no ser obligado a declarar) (art. 16 de la L. O. citada), en los supuestos de *estado de sitio* se permite expresamente la suspensión temporal de los derechos consagrados en aquel precepto constitucional (art. 32, 3.º de la misma ley). Debe entenderse, pese a ello, que en materia de tortura y otros tratos inhumanos y degradantes, prevalece la prohibición genérica de su uso, *en todo caso*.

tancias políticas de normalidad ni de excepcionalidad como medio de solución de conflictos por muy trascendentales que sean los intereses privados o estatales en juego.

Esta conclusión encuentra, por lo demás, apoyo en el marco mismo de la justificación donde rigen como límite a la defensa de aquellos intereses los principios de *necesidad* y *menor lesividad posible*, cuyo exigible cumplimiento resulta incompatible con el ejercicio de la violencia característica de la tortura. Esta, pues, no podrá invocarse como medio de defensa para repeler la agresión personal de un preso, en el caso —por ejemplo— de revuelta en el interior de un establecimiento penitenciario, porque la tortura presupone el aprovechamiento de un estado de indefensión, esto es, que la víctima se halle bajo el control del actor y si, en estas condiciones; aquélla es maltratada se estará ante un supuesto de *exceso extensivo* en la defensa —con la consiguiente ausencia del elemento subjetivo de justificación— que no está amparado por el ordenamiento jurídico (182). Tampoco parece plausible, por tanto, alegar el ejercicio legítimo de un cargo para justificar la violencia empleada sobre una persona imposibilitada de defensa —v. gr., después de haber vencido o no una resistencia inicial— pues, en tal caso, aquélla no es racionalmente necesaria ni en abstracto ni en concreto para el ejercicio de la función pública, por lo que, como en el anterior supuesto, debe negarse también aquí la exención tanto completa como incompleta de responsabilidad criminal. Y si nos atenemos a la finalidad exigida en los primeros párrafos del actual artículo 204 bis, cabría destacar asimismo que el obtener una confesión o testimonio de los detenidos no figura entre los deberes asignados a los funcionarios encargados de la investigación de los delitos, por lo que difícilmente podrá invocarse como necesario el empleo de cualquier clase de violencia al servicio de ese objetivo.

Más compleja resulta, sin embargo, la solución de eventuales supuestos donde el logro coactivo o violento de aquella confesión o testimonio pudiera estimarse eficaz para la evitación de males iguales o incluso muy superiores. Piénsese, por ejemplo, en los casos en que la declaración de un detenido, obtenida por medios violentos, pudiera evitar una larga condena de un inocente o bien salvar la vida de numerosas personas en peligro (rehenes, v. gr.) o altos intereses del Estado (en caso de espionaje, por ejemplo). En tales supuestos, se cumplirá, por lo general, al menos de forma aparente, la exigencia expresa en el tipo legal permisivo del estado de necesidad de que el mal evitado sea superior al producido. ¿Es posible, por tanto, dar por justificada la conducta del funcionario que tortura a otro impulsado por el interés de servir a estos fines valiosos? Ciertamente que no. En primer lugar, porque en virtud del principio de menor lesividad que in-

(182) En este sentido, *vid.* MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., pp. 372-373; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría...*, cit., p. 351; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Ob. cit.*, p. 200.

(182 bis) *Vid.* en parecidos términos el Considerando décimo de la STS. de 5 julio 1985, *Repertorio...*, cit., p. 3332.

fórmula esta causa de justificación (183) deberá recurrirse a otros medios que resulten menos perjudiciales y sean capaces de conjurar el peligro en que se hallan los bienes en conflicto: exigencia ésta que nuestra jurisprudencia entiende de modo *absoluto* (184) y que en los supuestos mencionados podría ser generalmente observada (así, mediante el recurso a una investigación más profunda del caso que prescindiera de la prueba poco fidedigna, por lo demás, de la confesión, a través del cumplimiento de las condiciones que exigen los secuestradores para salvar la vida de los rehenes...). De otra parte, no puede perderse de vista que, a través del uso de la tortura se ponen asimismo en peligro bienes personalísimos de la víctima —por lo demás, presuntamente inocente— que eventualmente deberán ser sacrificados, tales como —aparte obviamente su dignidad, libertad y seguridad— la integridad física o mental o incluso la vida; bienes, en definitiva, *no susceptibles de ponderación* (185), aún menos cuando entran en colisión con intereses impersonales (intereses del Estado, orden público, servicio a la administración de justicia...) (186) o bien cuando, siendo también personales, el poder de decisión recae sobre un tercero ajeno al conflicto (187) (no es lo mismo poner en peligro la vida de otros para salvar la propia que crear un riesgo para la vida de quien la tiene a salvo para evitar que se realice el peligro que amenaza a la de otros). A todo lo cual cabe añadir, la inidoneidad (188) de un instrumento como la tortura para alcanzar resultados ciertos, lo que da idea de su escasa fiabilidad y, por tanto, del riesgo de hacer descansar en su uso la garantía de evitación de eventuales males. Por todo ello y también por el temor fundado de otorgar al Estado una patente de corso para disponer a su antojo y con apariencia jurídica de los bienes individuales más trascendentales en favor de cualesquiera intereses «superiores» siempre a su alcance (no otro pretexto se esgrime en el ejercicio de la violencia institucional que la salvación de bienes tan «altos» como la paz social, la seguridad, la democracia...), debe negarse en estos casos toda clase de justificación.

Otra cuestión distinta es la de si estas eximentes podrían concurrir en forma putativa. Así, en el supuesto de que el funcionario alegara como alternativa exculpatoria (189) su creencia de que las circunstan-

(183) Así también, MIR PUIG, *Derecho...*, cit., p. 357.

(184) Vid. ampliamente, CÓRDOBA RODA, *Ob. cit.*, I, pp. 277 ss. También, las acertadas matizaciones de COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Ob. cit.*, III, p. 77.

(185) En este sentido, JESCHECK, *Ob. cit.*, I, p. 494; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Ob. cit.*, III, p. 81; BUSTOS RAMÍREZ, *Ob. cit.*, p. 249.

(186) Vid. CÓRDOBA RODA, *Ob. cit.*, I, p. 291.

(187) Así parece entenderlo también, BAJO FERNÁNDEZ, «La intervención médica contra la voluntad del paciente», *A. D.º P. y C. P.*, 1979, p. 498; Vid. sobre ello, asimismo, MIR PUIG, *Adiciones...*, cit., p. 506; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Ob. cit.*, p. 208.

(188) Sobre la trascendencia de este criterio, vid. JESCHECK, *Ob. cit.*, I, p. 494. También, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Ob. cit.*, III, p. 82.

(189) Además de posibles causas de inimputabilidad concurrentes —pretexto éste que ha servido en muchos casos para la exculpación, siquiera sea simbólica, de estos hechos (para un estudio de las psicopatologías del

cias del hecho le autorizaban a actuar en la forma en que lo hizo. En tales situaciones, la *credibilidad* del error (de prohibición) —examinada anticipadamente al enjuiciamiento de su vencibilidad— es harto difícil tanto si la iniciativa en el ejercicio de la violencia partió del mismo (por interpretar erróneamente «su necesidad», v. gr.) o de una orden de su superior jerárquico (que, pese a serlo, no estimó manifiestamente ilegal) (190), siendo así que, como se ha señalado, hechos como este de la tortura no constituyen «únicamente una infracción del Derecho, sino al mismo tiempo una *vulneración absolutamente insoportable del orden ético-social* de un Estado Democrático de Derecho», a más de que «el efectivo conocimiento de la prohibición es tanto más probable cuando se dé en el ámbito profesional del autor» (191). Con todo, habría que estar al análisis del caso concreto, sin dejar de aplicar —*a sensu contrario*, el Tribunal Supremo (192)— esos valiosos criterios.

Finalmente, quedan por perfilar los aspectos relativos a la *autoría* y *participación* en el delito de tortura. Tratándose éste de un delito especial impropio debe exigirse para ser autor del mismo, ostentar el efectivo dominio del hecho así como la cualificación u otras características (ánimo especial, v. gr.) requeridos por el tipo. Conforme a estos principios, pues, sólo la autoridad o funcionario público encargados de la investigación de los delitos —párrafos 1.º, 2.º y 4.º— o de la custodia o atención de detenidos y presos —párrafo 3.º— podrán ser autores del tipo del artículo 204 bis del Código penal, siempre que, además, actúen con la finalidad exigida de «obtener una confesión o testimonio» de la víctima (sólo en el primer caso) y, dada la importancia de su aportación objetiva, dominen o contribuyan a dominar finalmente el curso del hecho (193). Esto último sucede, tanto si realizan por propia mano (194) los actos constitutivos de tortura (autoría *inmediata* o *directa*) como si para su realización se sirven de otro como instrumento (autoría *mediata*) o ejecutan una parte esencial del plan global (dominio «funcional» del hecho) a partir de una común resolución delictiva (*co-autoría*), ya mediante actos estrictamente típicos

torturador, *vid. Contra la tortura*, cit., pp. 83 ss.)—, podría invocarse en algún caso, la eximente de miedo insuperable del art. 8, 10 del C. p. (piénsese, por ejemplo, en el funcionario que cumple una orden de tortura, pese a conocer su manifiesta ilicitud, por temor a un mal mayor con el que se le ha amenazado).

(190) *Vid.* expresamente sobre ello, MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., pp. 432-433. Es de observar, de otra parte, que el propio Código de conducta de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (adoptado por N. U. el 17-XII-1979), cit., establece en su art. 5, que ninguno de estos funcionarios «podrá ... invocar la orden de un superior ... como justificación de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes». Cfr. AMNISTÍA I., *Informe*, cit., p. 225.

(191) Cfr. ZUGALDIA ESPINAR, «La distinción...», cit., p. 5.

(192) Como cabe deducir de los términos en que resuelve la sentencia de caso Almería de 16-V-1983, que comenta el autor citado en nota precedente, cfr. «*La Ley*», núm. 700, cit., pp. 1 ss.

(193) Conforme a la definición de JESCHECK, *Ob. cit.*, II, p. 898.

(194) Entendiendo por tal, como señala MIR PUIG, «la realización de la base ejecutiva...», *Derecho Penal*, cit., p. 314.

(v. gr., ejerciendo propiamente las violencias sobre la víctima) o de cooperación necesaria durante la fase ejecutiva (v. gr., sujetándola u ofreciendo medios o instrumentos imprescindibles para la tortura) (195).

Asimismo, puede apreciarse autoría, esta vez en comisión por omisión, cuando el funcionario, teniendo la posibilidad de intervenir en el hecho (dominio «potencial» del mismo) para evitarlo, no lo hace, en contra de lo que prescribe su deber de actuar (196). En el ámbito de los delitos de omisión no resulta, pues aplicable el criterio del dominio del hecho para distinguir al autor del partícipe ni, por tanto, es relevante para determinar el grado de responsabilidad por el hecho la mayor o menor importancia de su aportación al mismo (197). En estos delitos es ya autor el que infringiendo su deber de garante (198) no interviene para impedir el hecho de otro o la decisión de otro de cometer el hecho (en este caso, de violencias constitutivas de tortura), interceptando u obstaculizando su realización (199). Desde este punto de vista, sólo es imaginable la participación cuando el supuesto típico requiere para la autoría *exigencias adicionales*, tal como, v. gr., elementos subjetivos especiales que no se cumplen en el omitente (tal vez, el caso del funcionario médico que siendo garante de la salud de los detenidos de cuya atención está encargado —y sin ánimo específico— no interviene para evitar su lesión). En tales casos, el que omita actuar será sólo cómplice (200).

(195) Estos últimos contemplados en el núms. 1 y 3, respectivamente, del art. 14 del C. p. Los primeros —autores directos— se hallan previstos en los diferentes tipos de la Parte Especial, y los segundos —autores mediatos—, salvo los que actúan forzando al «hombre de delante» (art. 14, 2.º), también. El Proyecto de 1980 y el PANCP. de 1983 los contemplan ya de forma expresa a estos últimos en sus arts. 32 y 27. *Vid.* sobre ello, MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., pp. 319 y 332, donde, sin embargo, discrepa en parte de la construcción expuesta al estimar preferible reservar el art. 14,3 para supuestos de participación («complicidad»). En este extremo, mi opinión se adecúa a la expresada por GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría...*, cit., pp. 128 y 134.

(196) Así, STRATENWERTH, *Ob. cit.*, p. 315.

(197) En otro sentido, JESCHECK que califica al omitente garante (que no interviene en el hecho doloso comisivo de otro) de «cómplice». *Ob. cit.*, II, p. 967. *Vid.* la crítica de esta posición en STRATENWERTH, *Ob. cit.*, pp. 316-318.

(198) Que «faltando a los deberes de su cargo ... permitieren...», dice el pfo. último del art. 204 bis. Entre esos deberes del cargo está el de velar por la seguridad de los que se hallan bajo su custodia (*vid. supra* nota número 168), lo que origina un deber de garante respecto de los bienes jurídicos más personales de los mismos. *Vid.* también una estructura similar a la de este precepto en el par. 340 del StGB alemán relativo a las lesiones realizadas por funcionario público.

(199) En este sentido, cfr., por todos, STRATENWERTH, *Ob. cit.*, pp. 316 a 319. En nuestro país, GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría...*, cit., p. 608. Para una visión general de esta cuestión, *vid.* BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal español. II: El hecho punible*, Madrid, 1985, pp. 194-195. Resulta admisible asimismo la co-autoría, si bien se trata de un recurso innecesario, *vid.* STRATENWERTH, *Ob. cit.*, p. 316.

(200) Así, STRATENWERTH, *Ob. cit.*, p. 318. Si, además, no es garante, su omisión deberá inculparse por los arts. 371 o 338 bis en su caso.

· Merece, por último, prestar atención a los supuestos de intervención de *extranei* («no cualificados») en el delito de tortura. El caso más frecuente parecería ser el del mercenario, experto en torturas, que es convencido por un funcionario para ejercerlas sobre determinado detenido con el fin de obtener del mismo cierta confesión. Tres posibilidades se ofrecen para resolver este supuesto: la de calificar la conducta del *intraneus* (funcionario) como inducción a un delito de tortura y la del *extraneus* (no funcionario) como autoría del delito común correspondiente (sea de coacciones, lesiones...), lo que presupone romper el título de imputación (201); la de mantener la unidad de éste, calificando la aportación del *intraneus* de inducción al delito común que realiza el que ostenta el dominio del hecho (*extraneus*); o bien, finalmente, la de entender que se trata de un supuesto especial de autoría mediata con instrumento doloso no cualificado, lo que implica introducir una nota subjetiva de *pertenencia* en la definición de dominio que es característica de la autoría en los delitos de comisión dolosos (202). En los delitos especiales (propios e) impropios aquella pertenencia del hecho no podría corresponder al *extraneus* porque carece de las condiciones típicas necesarias, lo que permite que «pase —se señala— en forma de autoría mediata al hombre de atrás que determina (mediante inducción o cooperación) la causación del tipo...»; aquí, pues, «la pertenencia sólo puede corresponderle al hombre de atrás, porque el intermediario no puede arrebatarla» (203). Conforme a esta última construcción, habrá de entenderse que el *intraneus* en el caso expuesto es autor del delito de tortura pese a no ser «señor» del hecho (204) y que el *extraneus* responderá también como autor por el delito común que hubiere realizado. En el caso contrario de que fuere este último el que indujera a un funcionario (*intraneus*) a torturar a un detenido, éste respondería por autoría del tipo del artículo 204 bis, aquél como inductor a este delito (aquí prevalece como puede observarse la segunda de las soluciones apuntadas).

Esta original vía permitiría, de acuerdo con la opinión más extendida (205), calificar de «tortura» los hechos constitutivos de tal que

· (201) En contra, un amplio sector de la doctrina española, *vid.* MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., p. 341 y la bibliografía por él citada. También, BUSTOS RAMÍREZ, *Ob. cit.*, pp. 335-336 y OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Derecho penal*, cit., II, p. 255. Ampliamente; QUINTERO OLIVARES, *Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho penal español*, Barcelona, 1974, pp. 55 ss.

· (202) Así, MIR PUIG, *Derecho Penal* cit., pp. 314-315.

(203) Esta construcción, que es habitual respecto de los delitos especiales propios (cfr. por todos, STRATENWERTH, *Ob. cit.*, pp. 243-244), la aplica en nuestro país a los especiales impropios MIR PUIG *Adiciones...* cit., II, pp. 934-935. En contra de esta solución, expresamente, GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría...*, cit., p. 159; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA, *Ob. cit.*, II, pp. 253 ss.

(204) En la terminología de WELZEL, *Ob. cit.*, p. 145.

(205) Así, BERISTAIN, «Lagunas...», cit., p. 13. La segunda hipótesis analizada, al querer mantener la unidad del título de imputación, obligaría a calificar al *intraneus* que induce al *extraneus* a un delito de tortura, de inducción al delito común realizado por el autor (coacciones, lesiones, homicidio...), nunca al del art. 204 bis. Es de hacer notar, sin embargo, que

fueran realizados por funcionario público, bien directamente bien a través de otros que actúen a instigación suya. Si bien, este resultado se puede obtener asimismo mediante la opción señalada en primer lugar que, en mi opinión, es preferible y conforme a la cual sólo el funcionario respondería por este delito especial —sea como autor, sea como partícipe— porque, en definitiva, únicamente él puede infringir los deberes específicos que el tipo del artículo 204 bis presupone para su comisión (206).

IV. MEDIDAS PREVENTIVAS FRENTE A LA TORTURA. ANÁLISIS DE LA LEGALIDAD PROCESAL VIGENTE

Pero ni la existencia de una normativa penal adecuada a los fines de reprimir convenientemente los hechos constitutivos de tortura ni todo el edificio dogmático a su servicio, son suficientes para erradicar la práctica de este singular delito: primeramente, porque su ámbito de decisión es limitado, al tratarse de instancias que intervienen *a posteriori*, cuando aquellos hechos han sido ya realizados (207); y también porque su efectividad depende, en último término, de la voluntad de quienes están llamadas a aplicarlas. Es por ello que se señala la necesidad de proceder contra la tortura a través de *tácticas preventivas* que van desde el reforzamiento de garantías procesales y la evitación de leyes —generalmente «de excepción»— que las ignoran favoreciendo aquellas práctica hasta la exigencia de dotar de una adecuada formación e instrucción —que comprenda, en todo caso, el rechazo a la tortura— a los que, por razón de su función, participan en el proceso de detención, interrogatorio, custodia o administración de justicia, pues es en el curso de estos procesos donde los derechos del particular se ven más amenazados y corren un mayor peligro de ser vulnerados. En definitiva, unas y otras, medidas indicativas de la voluntad del Estado de prescindir de la práctica de tan cruel procedimiento y que lamentablemente no pueden decirse cumplidas en nuestro país. De su análisis me voy a ocupar someramente en este apartado (208).

la mayoría de las definiciones que se ofrecen de tortura suelen considerar al *extraneus* del supuesto aquí expresado como autor también de este delito. Es común, pues, encontrar la expresión: «el funcionario público u otra persona a instigación suya...». *Vid.* en este sentido, el art. 1 de la Declaración de N. U. de 3-XII-1975; art. VIII del Proyecto de Código Penal Internacional y el Proyecto de Convención y supresión de la tortura de 1977, ya citados. Esta última posición no me parece, en todo caso, compartible.

(206) A idénticos resultados llega la doctrina alemana por aplicación del par. 28, II del StGB —precepto equivalente al art. 60,1 del Código penal español, que sería también aquí aplicable—. Cfr. JESCHECK, *Ob. cit.*, II, pp. 903 y 904 i.f.

(207) Ello no le resta, con todo, importancia. Es precisa una política represiva adecuada de la tortura como lo es también la configuración de medidas reparadoras, aún cuando éstas sólo puedan exigirse *a posteriori*. Así, también, AMNISTÍA I, *Informe*, cit., pp. 74 y 79 ss.

(208) Se seguirá en este análisis, en gran medida, las indicaciones sugeridas por AMNISTÍA I. para la prevención de la tortura, *Informe*, cit., pp. 76 ss.

Podría pensarse a la vista de los derechos que la Constitución de 1978 reconoce al detenido —en sus arts. 17 y 24, sobre todo—, que su seguridad y defensa están básicamente garantizadas y, con ellas, la desaparición de la tortura. Si bien, ésta no deja de ser una impresión pasajera que va olvidándose a medida que se analizan en profundidad los textos legales que desarrollan esta normativa y, en especial, los que, por vía excepcional (209), regulan la suspensión de aquellos derechos en aplicación de lo establecido en el artículo 55,2 de aquel texto fundamental.

Así pues, si genéricamente parecen asistir al detenido garantías tan relevantes como el de su presunción de inocencia, derecho a guardar silencio y no declarar contra sí mismo, defensa letrada desde el momento de la detención e imprescindible duración de ésta, tutela efectiva de jueces y tribunales, derecho al juez natural, *habeas corpus*, derecho a ser informado inmediatamente a la detención de las razones de la misma y de estos y otros derechos que constitucionalmente se le reconocen... (210); en la práctica legal, esas garantías se desvanecen muchas veces bajo la presión de intereses varios que con el pretexto de ser representativos del «interés general», de la lucha por «la defensa del orden democrático» (211) no sirven en realidad a otro objetivo que al reforzamiento de la represión y del autoritarismo que es característico de los Estados de Derecho de nuestros días (212), gracias al protagonismo creciente que el poder ejecutivo ostenta en ellos al margen de toda real fiscalización (213).

1. NORMAS PROCESALES QUE RESTRINGEN LAS GARANTÍAS DE DEFENSA DEL DETENIDO O PRESO

Sólo en esta forma son explicables, por ejemplo, las restricciones que la LECrim., recientemente reformada (214), o la Ley General Penitenciaria imponen al derecho de defensa de detenidos y presos para

(209) Como afirma GÓMEZ BENÍTEZ, «el binomio "excepcionalidad-normalidad" no contiene realmente ninguna contradicción esencial para el Estado de Derecho...» (vid. también, ANDRÉS IBÁÑEZ, *Introducción a Democracia autoritaria y capitalismo maduro* de Ferrajoli/Zolo, Barcelona, 1980, pp. 10-11)... «Ese proceso de excepcionalidad no constituye más que ... la culminación de su transformación». Quizá lo alarmante, como señala el autor, sea la cimentación de ese «autoritarismo excepcional en un consenso activo de mayorías» lo que «genera un claro proceso de fascistización social», «Crítica...», cit., pp. 49 a 51.

(210) En general, garantías apuntadas por AMNISTÍA I. para la protección del detenido frente a la tortura, *Informe*, cit., pp. 76 ss.

(211) Vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Introducción*, cit., pp. 9 y 10. También, ampliamente, GÓMEZ BENÍTEZ, «Crítica...», cit., pp. 80 ss.

(212) Lo que les ha valido la calificación de «Estado autoritario o absoluto de Derecho». Vid., respectivamente, GÓMEZ BENÍTEZ, «Crítica...», cit., p. 49; STAME, «Teoria dello Stato e controllo sociale», *Questione Criminale*, gennaio-aprile, núm. 1, 1979, pp. 212-213 y, en general, pp. 193 ss.

(213) Así, ANDRÉS IBÁÑEZ, *Introducción*, cit., p. 12.

(214) En cuanto a sus arts. 520 y 527, por Ley O. 14/1983 de 12 de diciembre (BOE del día 28).

situaciones de *normalidad*; restricciones que se multiplican y extienden desmesuradamente hasta constituir, como se ha apuntado, una auténtica «red jurídica de efectos "aislantes" del detenido o preso» (215) para los supuestos de *excepcionalidad*, normalmente identificados con estrategias de represión del terrorismo.

Es de observar, en efecto, en cuanto al primero de los aspectos señalados, cómo la LECrim. en su artículo 520, 4.º prescinde del requisito de la «inmediatez» en cuanto a la asistencia letrada al detenido. Pese a que en párrafos precedentes (pfo. 2.º c) reconozca el «derecho a designar abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto», en el que ahora se critica (pfo. 4.º), el legislador se limita a exigir que «la autoridad judicial o los funcionarios bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso... comunicarán ... al Colegio de Abogados el nombre del Abogado elegido por aquél para su asistencia o ... el Colegio de Abogados procederá al nombramiento de un abogado de oficio. El abogado designado acudirá al centro de detención a la mayor brevedad posible y, en todo caso, en el plazo máximo de ocho horas contadas desde el momento de la comunicación... Si transcurrido el plazo ... no compareciere ... podrá procederse a la práctica de la declaración o del reconocimiento de aquél, si lo consintiere...».

Un análisis somero de este precepto permite observar, de una parte, el amplio espacio de tiempo en que el detenido puede hallarse desasistido de letrado, siendo así que la Ley no exige la comunicación *inmediata* de la detención al Colegio de Abogados, lo que puede ocasionar que la policía, por ejemplo, agote el plazo legal de setenta y dos horas antes de ponerse en contacto con el mencionado colectivo o deje pasar la mayor parte del mismo sin dicho aviso, quedando así vacío de contenido el «derecho a la irrenunciabilidad de la defensa» que se reconoce también legalmente (pfo. 2.º c) i.f.) (216). Este, de otra parte, se infringe claramente, *en todo caso*, cuando se condiciona al consentimiento del detenido o preso el comienzo de las diligencias de prevención para el caso de que el abogado designado no compareciese injustificadamente al lugar donde aquéllos se encuentren (217).

(215) Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, «Crítica...», cit., p. 60.

(216) En este sentido, PORTILLA CONTRERAS, «Comentarios al Proyecto de Ley Orgánica por la que se desarrolla el art. 17,3 de la Constitución en materia de asistencia letrada al detenido y al preso y modificación a los arts. 520 y 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 1, 1983, pp. 164-165.

(217) Así también, LACASTA ZABALZA, «En torno a los derechos del detenido (obstáculos y limitaciones de una praxis constitucional)», en GARCÍA DE ENTERRÍA/SÁNCHEZ AGESTA/ y Otros», *El desarrollo de la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1982, p. 220. *Vid.* en el mismo sentido del texto la Exposición de Motivos del Grupo Comunista a las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley O. contra las actuaciones de las bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del art. 55,2 de la Constitución» (actual «Ley antiterrorista»). *Boletín*, Comisión de Justicia y Libertades Públicas, año I, núm. 1, pp. 8 y 9.

Asimismo, en el ámbito penitenciario, la Ley de 1979 posibilita en su artículo 51, 5.º la suspensión de comunicación de los internos con su abogado defensor mediante decisión «motivada» del Director del establecimiento y sin control judicial previo (218); y, en su artículo 36, 3.º se condiciona la obtención de servicios médicos de profesionales ajenos a las instituciones penitenciarias a que «eventuales razones de seguridad lo permitan».

Esta garantía de asistencia médica «independiente» (219) aparece también limitada en la regulación que ofrece la LECrim. (220), donde, además, no se exige su práctica preceptiva al comienzo de la detención. Esta, ciertamente, puede ser solicitada por el abogado defensor del detenido (art. 520, 6.º a), pero, como antes se ha señalado, la propia presencia de aquél durante las primeras fases del interrogatorio puede ser obviada gracias a las lagunas que consiente o inconscientemente contiene aquella Ley, y, además, puede suceder que el mismo, de estar presente, no la solicite, en cuyo caso, al no ser obligatoria no llegaría a realizarse.

De otra parte, la forma misma de concebir el legislador la asistencia letrada, para los casos en que se obtenga, resta garantías de defensa al detenido. Se trata, en efecto, según se desprende del artículo 520, 6.º de la LECrim., de una asistencia puramente *pasiva* en que el abogado —«convidado de piedra» del acto (221)—, se limita a dar con su presencia física una «apariencia de legalidad» a cuantas diligencias se realizan sin su intervención. Sólo, *a posteriori*, cuando éstas hubieren finalizado podrá «entrevistarse reservadamente con el detenido» (pfo. 6.º c). De esta manera, como se ha afirmado, se vulnera lo establecido en el artículo 17, 3.º de la Constitución, donde lo que se garantiza es «la asistencia del abogado al *detenido*» y no «a su *interrogatorio*» (222).

Finalmente, carece de justificación el amplio margen de detención preventiva que la legalidad vigente autoriza —esta vez con respaldo constitucional (art. 17, 2.º)— para el ejercicio de las diligencias policiales de prevención. Si éstas, como la LECrim. establece, se limitan a invitar al detenido a firmar el atestado y, caso de no hacerlo, a expresar las razones de su negativa (art. 293, 2.º), no se explica la dilatación del plazo de entrega del detenido a disposición del juez hasta las setenta y dos horas siguientes a su detención. El plazo, pues,

(218) Así lo interpreta también GÓMEZ BENÍTEZ, «Crítica...», cit., p. 59.

(219) Cfr. AMNISTÍA I., *Informe*, cit., pp. 76-77.

(220) Donde las facultades de elección de personal médico parecen corresponder a la autoridad bajo cuya tutela se encuentra el detenido. Sería de desear, en todo caso, como garantía de responsabilidad máxima de los funcionarios que prestaran servicios médicos a detenidos y presos, la suscripción por nuestro país de los (seis) Principios de Ética Médica, adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18-XII-1982, cit.

(221) Así, LACASTA ZABALA, *Ob. cit.*, p. 221.

(222) Así J. DE ESTEBAN/LÓPEZ GUERRA, *Ob. cit.*, p. 154. Sobre la necesidad de una intervención activa del abogado en cuantos extremos requieran su presencia, *vid.* PORTILLA CONTRERAS, *Ob. cit.*, pp. 165-166; AMNISTÍA I., *Informe*, cit., p. 74.

de veinticuatro horas que tradicionalmente ha sido el acogido por nuestra legislación histórica y que subsiste aún en el artículo 496 de la LECrim. debe estimarse suficiente, como límite máximo autorizado —la exigencia legal debería ser de *immediatez*—, para, tras la realización de las diligencias referidas, efectuar el traslado del detenido ante la autoridad judicial (223). La práctica de cualesquiera otras de las diligencias que autoriza el artículo 282 de la LECrim. deberían hacerse al servicio directo de juzgados, tribunales o del Ministerio Fiscal, una vez que el detenido se hallare a disposición de éstos, lo que implica la efectiva creación de un cuerpo de policía judicial, independiente de la gubernativa y auxiliar de aquellos órganos (224): una vieja aspiración, expresada por amplios sectores de opinión de nuestro país, que sólo parcialmente es satisfecha por la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial (225).

2. LA LEGISLACIÓN PROCESAL EXCEPCIONAL COMO FACTOR CONDICIONANTE DE LA TORTURA

Esta situación de inseguridad que las leyes en vigor —en concreto la de «ejercicio del derecho de defensa y de asistencia de abogado y del tratamiento de detenidos y presos (226) y la Ley General Penitenciaria de 1979— *garantizan* al detenido o preso «común», se hace aún mucho más insoportable en el marco de la legislación «excepcional» aplicable a elementos terroristas, donde la ausencia generalizada de control judicial sobre las iniciativas del poder gubernativo se hace todavía más patente, otorgándose a la policía amplias esferas de poder autónomo, difícilmente justificables (227).

Así sucede, sin duda, en el ámbito de la moderna Ley antiterrorista de desarrollo del artículo 55, 2.º de la Constitución —de 26 de diciembre de 1984—, cuyos aspectos más sobresalientes en cuanto al debilitamiento cuando no supresión de garantías procesales, pueden resumirse como sigue:

(223) Sobre esta cuestión del plazo, *vid.* GIMENO SENDRA, *La detención* (obra conjunta con VIVES ANTÓN), Barcelona, 1977, pp. 100 ss.; y la visión actualizada y completa de PORTILLA CONTRERAS, *Ob. cit.*, pp. 158 ss.

(224) Así también, PORTILLA CONTRERAS, *Ob. cit.*, p. 163.

(225) *Vid.* los arts. 443 ss. de esta Ley O. 6/1985 de 1 de julio, y el comentario de la misma, cuando aún se hallaba en proyecto, por PECES MORATE, «Justicia y policía», en *Revista de Derechos Humanos*, núm. 9, febrero-marzo, 1985, pp. 15 ss.

(226) Recogida en el Cap. IV del T. VI del L. II de la LECrim., art. 520 ss.

(227) Este es, de otra parte, un signo distintivo de toda legislación «de orden público», como destaca CASELLI, «Criminalità politica organizzata e problemi della riposta dello Stato», *La violenza interpretata*, a cura de Renzo Villa, Bologna, 1979, p. 250. Sobre la situación paralela sufrida en otros países, en especial Italia y Alemania, *vid.* FERRAJOLI, «Ordine pubblico e legislazione eccezionale», *Questione Criminale*, 1977, pp. 361 ss.; BARATTA/SILBERNAGL, «La legislazione dell'emergenza e la cultura giuridica garantista nel processo penale», *Dei delitti e delle pene*, núm. 3, 1983, pp. 543 ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, «Crítica...», *cit.*, pp. 68 ss.

a) Se deja a la iniciativa de la autoridad policial «sin necesidad de previa autorización o mandato judicial» la detención de los presuntos responsables de acciones terroristas (art. 16) y la aplicación de la normativa antiterrorista (228), así como la imposición del régimen de incomunicación por el tiempo que se estime necesario (art. 15), con los efectos previstos en el artículo 527 de la LECrim., según los cuales quedarán suspendidos, aparte otros derechos (visitas, correspondencia...), los de libre designación de abogado —que deberá hacerse de oficio (229)—, la posibilidad siquiera sea *a posteriori* de entrevistarse con él y la de poner en conocimiento de familiares y allegados el hecho de la detención y el lugar de custodia donde en cada momento se halle el detenido. Es de hacer notar, además, que la aplicación del régimen de incomunicación, cuando afecta a detenidos o presos en instituciones penitenciarias, aislará a éstos de todo contacto con su abogado defensor o procurador que lo represente, sin que la ley especifique si, en tales casos, es preceptiva una orden judicial (art. 51, 2.º L.G.P.) (230).

b) Se autoriza la prolongación de la detención preventiva durante siete días más de los que genéricamente establece el ordenamiento constitucional, lo que da como resultado un plazo total de *diez días* de eventual incomunicación. Esta medida, que se justifica en la Ley en su «necesidad ... para los fines investigadores» (?) no tiene otra finalidad, si se recuerdan las facultades que a la policía competen en esta fase (art. 293, 2.º LECrim., cit.), que la de garantizar un espacio incontrolado para el ejercicio policial de la tortura y otras prácticas ilegales (231). Ilustrativa resulta, en este sentido, la argumentación que ofrecía en 1978 Peces Barba —actual Presidente del Congreso—, frente a la dilatación del plazo de detención ¡hasta las 72 horas! que autoriza el artículo 17 de la Constitución: «Pero ¿para qué se necesi-

(228) De esta forma se accede, como señala GÓMEZ BENÍTEZ a «la afirmación de la sospecha como categoría jurídica fundamental del nuevo derecho de policía», sobre todo y precisamente en estos casos en que la intervención policial se realiza al margen de los órganos judiciales, «Crítica...», cit., p. 53. Es de observar que según los resultados que nos proporciona la Memoria del Grupo de Investigación y Seguridad de la Audiencia Nacional, aproximadamente sólo uno de cada tres de los detenidos a que se aplica la Ley antiterrorista ingresa posteriormente en prisión, *vid.* «Uno de cada tres», *Terrorismo y Contraterrorismo, Revista de Derechos Humanos*, febrero-marzo, 1985, núm. 9, p. 12.

(229) Como señala PORTILLA CONTRERAS, esta medida supone «poner en tela de juicio la profesionalidad de un colectivo al que se convierte en presuntos cómplices de presuntos inocentes...». Sobre la disminución de garantías de defensa que estos efectos —éste y el que le sigue— comportan para el detenido, *vid.* este autor, *Ob. cit.*, pp. 165-166. Una postura más moderada es mantenida por GIMENO SENDRA, «Nuevas perspectivas de la legislación procesal penal antiterrorista», *Documentación Jurídica*, cit., II, páginas 1260-1262. En contra también, con argumentos plenamente convincentes, AMNISTÍA I., *Informe*, cit., pp. 74 ss.

(230) En este sentido, también, GÓMEZ BENÍTEZ, «Crítica...», cit, p. 59.

(231) En los mismos términos se pronuncia RODRÍGUEZ GUERRERO, «La Ley Antiterrorista rompe el sistema constitucional», *Terrorismo y Contraterrorismo*, cit., p. 10. También, GÓMEZ BENÍTEZ, «Crítica...», cit., p. 63, y AMNISTÍA I. en su Informe de 1985 cuyos puntos más fundamentales se resumen en la relación de el *Diario «El País»*, de 9-X-1985, p. 17.

ta ... que un detenido esté más de veinticuatro o más de cuarenta y ocho horas en poder de la autoridad policial? Si es verdad que la autoridad policial no puede ni siquiera obligar a declarar, ¿por qué tiene que estar el detenido en las dependencias policiales? ¿Qué se pretende hacer con él? ¿Es que vamos a volver a las prácticas del franquismo, en las cuales los detenidos subían seis o siete veces a recibirles declaración sin que constase en ningún acta y luego de esas siete declaraciones o las que fuera se producía una única declaración por escrito? ¿Es que se olvida el valor de la confesión en el proceso penal ... que no tiene ningún valor ... como lo justifica la no obligación de juramento, como lo justifica la presunción de inocencia?...» (232). Ciertamente, esa es la cuestión.

La «necesaria intervención judicial» que el artículo 55, 2.º de la Constitución prescribe para la adopción de esta clase de medidas excepcionales, queda en la Ley reducida a términos puramente ficticios al estimar «bastante» que la propuesta de dilatación del plazo de detención preventiva «se ponga en conocimiento del juez antes de que transcurran las setenta y dos horas de la detención» (art. 13) y, aún cuando se autorice a éste a «requerir información o conocer, personalmente o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste...» (art. 14).

Es de hacer notar, en efecto, que la intervención del juez —figura aquí meramente «contemplativa»— no es inmediata pues la policía tiene facultades para mantener la detención y la incomunicación durante tres días por lo menos (233); y, tratándose de un juez «especial», ubicado en Madrid, sus facultades de control —aun cuando se posibilite la mediación del Juez de Instrucción del Partido— son mínimas (234). Es de tener en cuenta, además, que —salvo petición expresa del órgano judicial— la autoridad policial bajo cuya custodia se halla el detenido, no tendrá obligación de informarle de cuantas actividades desarrolle en el curso de esos días —hasta diez— de detención preventiva, lo que «propicia —como se ha apuntado— un trasvase de facultades jurisdiccionales a órganos policiales» (235).

(232) *La Constitución Española de 1978. Un estudio de Derecho y Política*, Valencia, 1981, p. 308. *Vid.*, también, las consideraciones críticas que sobre este extremo formula MARTÍNEZ FRESNEDA, *Ob. cit.*, pp. 55 y 56.

(233) *Vid. Informe* sobre la legislación antiterrorista de 1982 de la Asociación pro Derechos Humanos, elaborado técnicamente por Martín Pallín y Gimbernat Ordeig, p. 9. Como razonablemente señala J. M. Bandrés, esta ley es de mayor dureza, rigidez y más atentatoria a los derechos humanos que la propia ley de excepción (de 1-VI-1981), donde se exige la comunicación al juez a las veinticuatro horas de la detención (art. 16,2). *Vid. Diario «El País»* de 22-IV-1985, p. 16.

(234) Así también, en el *Informe* de la Asociación pro Derechos Humanos, cit., p. 9; M. GARCÍA, «Argumentos para la inconstitucionalidad de una Ley», *Terrorismo y Contraterrorismo*, cit., p. 6. Explícitamente lo expresa asimismo el Grupo Comunista en exposición de motivos y enmienda núm. 23 al Proyecto cit., *Boletín*, cit., pp. 9 y 19.

(235) *Informe de la Asociación pro Derechos Humanos*, cit., p. 10.

c). Finalmente, como ya se ha adelantado, la Ley encomienda el conocimiento de las causas por terrorismo a «la jurisdicción ordinaria» (?) representada por «los Juzgados Centrales de Instrucción y la Audiencia Nacional» (art. 11), sitos en Madrid, lo que impide definitivamente el exigible control jurisdiccional de la aplicación de la Ley Antiterrorista por parte de los Cuerpos de Seguridad del Estado (236).

De otra parte, y como se ha afirmado con razón, esta ruptura del principio de inmediación implica asimismo una frustración del derecho constitucional de «habeas corpus» (art. 17, 4.º C. E.), «al obligar a precipitados e injustificados traslados de los ejercientes de aquel derecho (art. 3 de la L. O. 6/1984, de 24 de mayo) y de la persona del detenido de la periferia al centro» (237), pues sólo en el centro, es decir, en Madrid, se encuentra el juez competente —Juez Central de Instrucción, según el artículo 2, 2.º de aquella Ley— para conocer de la solicitud de «habeas corpus» en relación a supuestos de terrorismo. Todo lo cual, termina por ocasionar «la inhibición de la Magistratura» en la lucha contra aquella forma de delincuencia, «con la particularidad —se señala—, de que, si bien bajo la égida del Tribunal de Orden Público (antecedente inmediato y homólogo de la Audiencia Nacional, pese a los intentos legitimadores de que esta última ha sido objeto) esta descongestión de "enojosos asuntos" de tales tribunales ordinarios se traducía en una mayor independencia de los tribunales, con la Audiencia Nacional puede mantenerse todo lo contrario, puesto que la única "inmediación" que se obtiene con el mantenimiento de este órgano jurisdiccional es la de la Audiencia Nacional con el Ministerio del Interior» (238).

3. CONCLUSIÓN

Si, pues, a estas criminógenas medidas de excepción —más que favorecedoras, *provocadoras* de la tortura por la situación de aislamiento que procuran al detenido— se suman otras circunstancias como: la ausencia de un registro detallado de los lugares de custodia donde consten para su control los aspectos relativos a la fecha de la detención, identidad del cuerpo y personas que la llevaron a cabo, fecha y duración de cada sesión de interrogatorio, funcionarios que lo realizaron y personas asistentes al mismo, momento del reconocimiento médico y asistencia letrada, etc...; la imprevisión de una separación de funciones entre custodia e interrogatorio, correspondiente a distintos cuerpos de seguridad; la falta, asimismo, de un reglamento interno a aplicar por el Cuerpo de seguridad que lleva a cabo los interrogatorios (239) o también de un código de conducta sobre trato a los detenidos, que

(236) Así, GIMENO SENDRA, «Nuevas perspectivas...», cit., p. 1250. Esta circunstancia motivó en su día la presentación de una enmienda (núm. 20) por parte del Grupo Comunista para la supresión del contenido de aquel precepto, *Boletín*, cit., p. 18.

(237) GIMENO SENDRA, «Nuevas...», cit., p. 1250.

(238) GIMENO SENDRA, «Nuevas...», cit., p. 1250.

(239) A ello me he referido ya *supra* en nota núm. 101.

prohibiera taxativamente la tortura y el maltrato y el obtener declaraciones mediante el ejercicio de la violencia o con amenazas de utilizarla (240), siquiera fuera a través del convencimiento, o mejor de la *certeza*, de la nula eficacia probatoria de los resultados que obtuvieran con esas conductas ... (241) ..., resulta, cuando menos «fundada» la subsistencia de aquella práctica en nuestro país.

Ello, sólo en parte puede atribuirse a la «falta de sensibilidad y formación» de los llamados a aplicar las leyes (242), y sí, sobre todo, a la voluntad implícita de quienes, desde las altas jerarquías del poder, las propician y las crean. Por ello, hay que asentir ante la afirmación de Amnistía Internacional de que «es posible acabar con la tortura... Lo que falta es la voluntad política de los gobiernos para dejar de torturar: así de sencillo y de difícil» (243).

Granada, marzo de 1986

(240) La normativa existente en nuestro país sobre «la actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado», recogida en una reciente O. M. de 30-IX-81 cit., tan sólo contiene un principio (núm. 11) donde conmina a estos funcionarios a observar siempre «un trato correcto y esmerado en sus relaciones con todas las personas». Sobre esta significativa ausencia, BERISTAIN, «Lagunas...», cit., p. 2.

(241) *Vid.* todas estas medidas desarrolladas en AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe* (1984), cit., pp. 75 a 79.

(242) Como señala MUÑOZ CONDE, *Ob. cit.*, p. 601.

(243) *Informe* (1984), cit., p. 4.

La protección del menor en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código penal

Por JOSEP M.^a TAMARIT SUMALLA

Profesor de Derecho Penal del Estudi General de Lleida
(Universitat de Barcelona)

Entre las múltiples innovaciones que introduce la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal (en adelante PANCP) merecen una indiscutible atención las reformas relativas al tratamiento de la minoría de edad como situación jurídica especialmente tutelada, a la luz de los principios constitucionales de protección al menor. Bajo esta óptica, conviene advertir la visión globalizadora de las instituciones de parte general y de parte especial que pretende este estudio, en la búsqueda de un planteamiento global de la infancia, la adolescencia y la juventud en todo el sistema penal, superando los graves escollos de la legislación vigente.

I) LAS BASES PARA UNA PROTECCIÓN PENAL DEL MENOR

La Constitución española de 1978, dando respuesta a una creciente sensibilización de la sociedad española en las directrices establecidas en las Declaraciones internacionales de Derechos (1), se deshace de una concepción de la minoría de edad como «status» jurídico especial vinculado a la idea de limitación de derechos, con claros tintes autoritarios, y consagra el principio fundamental de protección a la infancia y a la juventud como criterio rector de la actuación estatal. El menor no puede concebirse pues de manera principal como un incapaz, de un modo marginalizante, sino esencialmente como sujeto de derechos específicamente tutelados, y la minoría de edad como situación jurídicamente protegida (2). El tratamiento constitucional de la

(1) Especialmente, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre de 1959. Con posterioridad a la elaboración de la Constitución, el Parlament de Catalunya aprobó el 10 de diciembre de 1981 la Resolución 37/1 sobre «Els drets de la infància».

(2) Así lo han entendido numerosos civilistas. Vid. ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil-I*, volumen 1.º, Barcelona, 1980, pp. 239 a 242.

protección del menor gravita, partiendo de los principios indicados, en torno a dos ejes fundamentales:

a) En el marco del Estado Social, se establece como principio rector de la política social la protección de los niños, según previenen los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (arts. 39-4 y 10-2 C.E.), y conforme a la Declaración de derechos y libertades de la propia Carta constitucional.

b) La protección del menor como objetivo final de la protección a la familia, según se desprende del artículo 39, lo cual supone: el deber prioritario de los padres de asistir a sus hijos (cobrando la intervención de los poderes públicos un carácter subsidiario), el carácter tuitivo y funcional de las instituciones de Derecho de familia (según la idea del «beneficio del hijo») (3), la concepción de la familia nuclear (4), la neutralidad valorativa de ésta, y el principio de personalidad (derivado del art. 10-1 C.E.), contrario a una concepción corporativista del grupo familiar.

La alusión que hace la Constitución al niño ha de entenderse, en sentido amplio, referida a la persona menor de edad; de acuerdo con el artículo 12, hasta que no se cumplan los dieciocho años (5).

Dentro de este marco jurídico-político, el recurso por parte del Estado al Derecho penal como instrumento de protección del menor sólo estará justificado cuando los otros ámbitos del Derecho (fundamentalmente, el Derecho de familia) y de la política del Estado, hayan resultado ineficaces, según los principios de necesidad de la pena y de mínima intervención.

Dos son las posiciones que puede ocupar el menor ante el delito: como sujeto activo o como sujeto pasivo. En relación a la primera, la doctrina viene entendiendo que la exención de responsabilidad criminal tiene por fundamento la inimputabilidad del menor de edad, lo cual, lejos de aclarar los motivos de la decisión de no castigar al menor delincuente, nos lleva al centro del debate doctrinal acerca de la culpabilidad, hoy basado sobre todo en la búsqueda de un fundamento superador tanto del liberearbitrismo clásico como del determinismo positivista (6).

Pero si el interés por el menor delincuente está lejos de toda duda, no debe quedar en un segundo término el estudio del menor víctima, pues para establecer las bases de una protección penal total del menor hay que atender a ambos polos de la relación dialéctica del niño o el joven con el ordenamiento penal.

(3) De este modo debe entenderse el derecho, o, mejor, *deber-función*, de la patria potestad y tutela. Vid. DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid, 1982, pp. 355 a 359.

(4) Vid. DÍEZ PICAZO, ob. cit., pp. 37 y 45.

(5) Vid. GÁLVEZ MONTES, en GARRIDO FALLA, Fernando, y otros, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid 1980, p. 482.

(6) Como estudio relevante sobre el tema, vid. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, en «Estudios de Derecho Penal», Ed. Civitas, Madrid, 1976 (pp. 61 a 65, principalmente). Vid. también QUINTERO OLVARES, Gonzalo, *Introducción al Derecho Penal*, Parte general, Ed. Barcanova, Barcelona, 1981, pp. 160 y 161.

Desde esta segunda perspectiva, el Código penal contiene en la denominada parte especial, diversas disposiciones —la mayoría incluidas entre los delitos contra la libertad sexual o relativos a las relaciones familiares, pero también entre las faltas u otros ámbitos como el tráfico de drogas, los delitos contra el estado civil o contra la intimidad— que toman la edad del sujeto pasivo como dato relevante para la configuración de los tipos o para la determinación de la penalidad —generalmente en sentido agravatorio—. Debe entenderse que ello obedece a una concepción del niño y del adolescente como intereses específicos jurídicamente protegidos, según la idea de protección al menor antes explicada. No cabe, en consecuencia, basar dicho tratamiento jurídico-penal de la minoría de edad en la concepción de ésta como un bien jurídico. Afirmar lo contrario supondría, de entrada, adoptar un concepto excesivamente etéreo y espiritualizado de bien jurídico; pero además no resultaría fiel a la condición del menor como sujeto de derechos. Del mismo modo que en relación al menor delincuente debe reclamarse el respeto a sus derechos como ciudadano —especialmente cuando reivindicamos la necesaria seguridad jurídica en la justicia tutelar (7)—, también hay que afirmar la capacidad del menor para ser titular de bienes jurídicos, en la medida en que participa de relaciones sociales en el seno de una sociedad democrática, en la cual cada bien jurídico se configura en torno del menor como persona humana y ente social (8).

Desde esta óptica, el menor puede ser sujeto pasivo de prácticamente todos los delitos del Código penal. Por otro lado, sin embargo, existen unos bienes jurídicos específicos, derivados directamente de la repetida condición del menor como interés jurídicamente protegido, y que se establecen como sigue:

De un lado, la *situación de heteronomía del niño*, o la imprescindible atención de los mayores para su subsistencia (física, moral o afectiva).

Por otra parte, el *proceso madurativo* y de desarrollo de la personalidad del niño y del adolescente, con lo que se trata de prevenir frente a experiencias traumatizantes y la nocividad del entorno más inmediato que vive el menor, y todo cuanto pueda segar las bases

(7) Numerosos autores han criticado la falta de garantías de la legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores. Cabe citar, sin la pretensión de ser exhaustivo, a GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, Esther, *Las medidas aplicables al menor en el Derecho Penal Español*, Tesis Doctoral inédita, Barcelona, 1977-1978. También, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *La Justicia de menores: presente y futuro*, en el libro «Jornades de treball. La delinqüència juvenil: perspectives d'actuació a les comarques gironines», Barcelona, 1984. Finalmente, GONZÁLEZ ZORRILLA, Carlos, en *Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad*, en p. 169, en el libro publicado sobre la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal por el Ministerio de Justicia, «Documentación Jurídica», Madrid, 1985, 2 volúmenes.

(8) Es en el desarrollo de esas relaciones sociales que pueden producirse procesos que comprometan o lesionen bienes jurídicos. En este mismo sentido, Vid. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal español* (Parte General), Ed. Ariel, Barcelona, 1984, pp. 62 a 64.

de su personalidad, que le permitan ejercer, en su momento, su *derecho a la libertad personal*.

Aparte de las figuras delictivas que encuentran su *ratio legis* en la condición del niño o el adolescente como interés jurídicamente protegido (así, en el delito de estupro, el abandono de niños, la sustracción de menores, o parte de los delitos relativos al estado civil), la opción del ordenamiento penal por dicha especial protección se traduce, en los otros tipos, en una agravación de la penalidad cuando la víctima es menor de una edad determinada; lo cual se obtiene, en el Código vigente, no sólo con las cláusulas específicas de diferentes tipos (9), sino también con el juego de las circunstancias agravantes de alevosía, abuso de superioridad y desprecio de edad (10).

Cabe preguntarse, entonces, donde se encuentra el fundamento de ese plus de penalidad; concretamente, conviene saber si radica en la antijuricidad o en la culpabilidad. Tal como viene planteado en nuestro Código, puede decirse que la condición de menor del sujeto pasivo aumenta el desvalor de resultado, por lo que la indicada fórmula legal fundamentada en la necesidad de protección al menor *afecta al injusto*. Formulada en sentido negativo, ello quiere decir que no sufre alteración alguna el juicio de reproche dirigido al autor del delito por el hecho objetivo de que la víctima reúna una determinada condición biológica (11). Optar por esta estructura típica establecida en el vigente Código, de carácter marcadamente causal, supone sin duda sacrificar las garantías derivadas del principio de culpabilidad en favor de una solución que asegure la protección del menor en todos los supuestos que puedan comprometer el desarrollo de su personalidad. Evidentemente, el mejor sistema sería aquél que conjugara a la perfección ambas exigencias de un Derecho penal progresista, pero no creemos que ello fuera posible partiendo de una configuración finalista de las indicadas cláusulas agravatorias (12), pues con ello se contraría la función garantizadora de la antijuricidad y se desdibujaría la posición del menor como víctima en el desvalor de relación social (13); a lo cual podría añadirse todavía la problemática de la crisis del concepto de culpabilidad (14). La mejor solución posible será, en-

(9) Vid., por ejemplo, los arts. 344-2 y 431-2 del Código penal.

(10) Vid. MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.^a Isabel, *La minoría de edad penal*, en «Cuadernos de Política Criminal», núm. 2, 1983; para dicha autora, la apreciación en estos casos de una de las agravantes excluye la de las otras dos, por estar relacionadas entre ellas a modo de círculos concéntricos (así, la alevosía excluye a las otras dos, y el abuso de superioridad a la de desprecio de edad), p. 399.

(11) En este sentido, sucede lo mismo con los párrafos 2.^o del art. 344 y 2.^o del 431, que con la determinación de la penalidad por el resultado en el delito de lesiones del art. 420.

(12) DEL TORO considera, sin embargo, preferible la configuración del tipo según una estructura final, tal como estaba antes de la Reforma del delito de tráfico de drogas. Vid. DEL TORO MARZAL, Alejandro, *Tráfico de drogas*, en «Revista Jurídica de Catalunya», núm. extra *El Proyecto de Código Penal*, 1980.

(13) Vid. BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., p. 181.

(14) Se vuelve con ello a la problemática a que hacíamos referencia en

tonces, aquella que, partiendo de la formulación actual, introduzca mecanismos legislativos, junto a criterios interpretativos, que atemperen el rigor causalista para ponderar la responsabilidad del autor por el hecho cometido.

II) DEFICIENCIAS DEL ACTUAL CODIGO PENAL

El Código penal vigente en el Estado español, resultado de una herencia histórica de origen decimonónico y de un aluvión de nuevos preceptos que a lo largo de muchos años se le han ido incorporando en sucesivas reformas, forzando un tanto su caduca estructura, carece de un planteamiento global de la infancia, la adolescencia y la juventud. Ello se traduce, por un lado, en la inexistencia de un concepto penalmente relevante de la minoría de edad, y, en segundo lugar, en las disfunciones existentes en muchos tipos penales que contradicen los mandatos constitucionales de protección al menor y respeto a sus derechos.

II.1. *Inexistencia de un concepto penalmente relevante de menor de edad*

En relación al primer problema apuntado, debe advertirse que no hay un concepto de menor unitario, válido pues para el menor delincente y para el menor víctima, ni tampoco existe dicha congruencia con respecto a otras ramas del ordenamiento jurídico.

El tratamiento, obsoleto y formulario, de la minoría de edad en la parte general del Código, se reduce a la declaración de inimputabilidad del menor de dieciséis años (art. 8,2) y la consiguiente remisión a los Tribunales Tutelares de Menores como jurisdicción especial, y, en relación a la «edad juvenil» de dieciséis y diecisiete años, una mera atenuación de penalidad (arts. 9-3 y 65) unida a la posibilidad de sustitución de pena por medida indeterminada prevista en el desafortunado artículo 65 (15). La exención de responsabilidad del menor de dieciséis años no se corresponde con el límite que la Constitución establece para la mayoría de edad política (art. 12 C.E.), ni tampoco con la mayoría civil, ambas fijadas en los dieciocho años.

Algunos autores no ven inconveniente en el hecho de que el límite de la mayoría de edad penal no coincida con el señalado en los

la nota núm. 6, y que tratan, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG y QUINTERO OLIVARES, en respectivas obs. cit.

(15) Puede decirse sin reparos que la sustitución prevista en el art. 65 de la pena por medida indeterminada agrava en definitiva el tratamiento del menor de dieciocho años, llevando hasta consecuencias inverosímiles un preventivismo especial exacerbado. Aunque quizá lo mejor que pudiera decirse es que dicha sustitución no se ha aplicado en la práctica. En sentido crítico, Vid. COBO DEL ROSAL, Manuel, *Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el artículo 65 del Código Penal español*, en el libro «Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del Derecho», en homenaje a Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970.

ámbitos civil y político. La indicada observación resultaría plausible en relación al Derecho civil, en la medida en que la minoría de edad tan sólo supone en el Derecho privado una causa de restricción de la personalidad jurídica en supuestos determinados, como excepción a la regla general que es la capacidad de obrar (16). Sin embargo, aún en este caso hay que explicar el porqué de algunas restricciones de dicha capacidad y por qué el límite de los dieciocho años y no otro anterior.

En la esfera estrictamente penal, dejando aparte los intentos de adelantamiento de la mayoría de edad propugnados desde posiciones conservadoras y defensas (17), se ha planteado la necesidad de dicho adelantamiento —desde otra perspectiva— como medida que, conjugada con el establecimiento de un Derecho penal juvenil respetuoso de las garantías penales y procesales ligadas a los principios de legalidad y de seguridad jurídica, permitiera enfrentar a los jóvenes a su propia responsabilidad y singularizar la reacción penal imponiendo un tratamiento adecuado a la edad del delincuente. En tal sentido se pronuncia González Zorrilla, quien defiende la diferenciación del menor de los adultos, «no en base al indemostrable criterio de la irresponsabilidad, sino en base a la distinta entidad y naturaleza de la reacción penal, dotando a ésta del contenido educativo necesario para estimular el proceso de socialización del adolescente» (18). Sin dejar de reconocer las buenas intenciones de la propuesta, continúa sin explicarse el motivo con base en el cual se hace penalmente responsable a quien civil y políticamente no lo es en su plenitud. Más lógico parece resolver la duda en que nos deja el indemostrable concepto de culpabilidad en favor de la mínima intervención penal (*in dubio pro libertate*), sobre todo partiendo de la evidencia de que un Derecho penal juvenil con las debidas garantías puede existir igualmente con o sin declaración de inimputabilidad.

Por otro lado, atendiendo a las distintas figuras delictivas que toman la edad del sujeto pasivo como dato relevante, podemos confirmar la falta de coherencia que denunciamos en lo referente al concepto de menor penalmente relevante, en función de los límites de edad establecidos en los diferentes delitos. La irracionalidad de la fijación

(16) El art. 32-2 del Código civil señala que la menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez y la prodigalidad no son más que restricciones de la personalidad jurídica». La emancipación constituye, además, en el Derecho civil español, un supuesto de adelantamiento de la llegada a la mayoría de edad (arts. 314 y ss. C. c.). Por otra parte, el menor de dieciocho años puede contraer matrimonio (arts. 46 y 48 C. c.), o puede adquirir la posesión de las cosas por sí solo (art. 443 C. c.).

(17) El Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal de 1972 señalaba el límite de la minoría de edad penal en los quince años, y el mismo criterio acogió el Proyecto de Código Penal de 1980. Favorables a este adelantamiento se muestran, sin más matizaciones, SERRANO GÓMEZ, en *La delincuencia juvenil en España*, estudio criminológico, Madrid, 1970, pp. 33 y 34, 179, 182 y 326; y también CEREZO MIR, José, *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, 1982, pp. 137 y ss.

(18) GONZÁLEZ ZORRILLA, en ob. cit., Cfr. p. 179. Dicho autor propone el adelantamiento hasta los doce, trece o catorce años.

de dichos límites a lo largo del Código era ya manifiesta en el Código de 1870, pero con las sucesivas reformas habidas (mayoría de edad, estupro, tráfico de drogas, escándalo público...) se ha descubierto en toda su radicalidad. El rosario de límites de edad comprende los siguientes escalones: siete años (art. 484 y 488), doce (art. 429-3 y 440-2), dieciséis (art. 266, 446 in fine, 435, y 8-2), dieciocho (486, 344, 434, 544 y 9-3), veintiuno (431-2) y veintitrés (art. 452 bis). En un Código en el que la tónica dominante es, en materia de edad, un auténtico desorden sistemático, no puede encontrarse una concepción unitaria del menor como sujeto protegido.

También viene a ser una muestra de esa falta de congruencia en la delimitación del menor de edad, la imprecisión y vaguedad de las referencias al menor en los diversos preceptos que consideran el tema. Así, se habla de «menor de edad» en los artículos 443 y 486, y de «niño» en los artículos 468 y 488, señalando éste que debe ser niño de edad inferior a siete años, mientras el artículo 484 —que toma también como límite máximo los siete años— utiliza la palabra «menor» o «niño», lo que produce una cierta confusión que no facilita un criterio interpretativo a los efectos del artículo 468-1 que se refiere simplemente a «niño» sin señalar edad alguna. El párrafo segundo de este último artículo habla de ocultar o exponer a un «hijo», sin indicar tampoco edad, lo que plantea problemas concursales e interpretativos relacionados todos ellos con el artículo 488. Debe también criticarse la vaguedad que envuelve a la palabra «menor» cuando no va acompañada de ningún indicador de edad ni otras circunstancias —una especial incerteza rodea las referencias de los artículos 443 y 446—, y, sobre todo, la expresión «juventud» del artículo 446.

II.2. *Configuración disfuncional de los tipos y cláusulas protectoras*

Entre los inconvenientes de la actual legislación penal relativa a menores, tiene que hacerse una observación sobre los problemas sistemáticos. Los tipos que describen ataques específicos a niños o adolescentes se hallan dispersados a lo largo de diversos títulos del Código. Ello, que, por una parte, se justifica por el hecho de que los ataques al menor no siempre lesionan, como se ha dicho, todos un mismo bien jurídico sino los genéricos de todos los individuos (libertad, salud, seguridad...), no puede aprobarse como criterio indiscutible para todos los casos, máxime cuando, como sucede a menudo, las rúbricas de los capítulos no precisan o no se corresponden con los intereses tutelados en los tipos que acogen. No puede entenderse desde una orientación protectora del menor que, por ejemplo, el delito de abandono de niños tenga mayor relación con el de detenciones ilegales que con el de sustitución de un niño por otro, la ocultación o exposición de niño, o incluso con el de corrupción de menores o infanticidio. La actual sistemática, que no ha variado en nada de la establecida en los Códigos de 1848 y 1870, descubre que en la elaboración del Código no se ha tomado en consideración la preocupación por el menor en la línea antes apuntada.

Por otra parte, debemos añadir a las críticas efectuadas hasta ahora, la observación de una serie de anomalías, que se desprenden del estudio comparado de diversos preceptos del Código, que revelan no sólo incomprensibles errores legislativos, sino el escaso interés del legislador por una adecuada protección de los menores. Nos referimos a casos en que, contraviniendo el que debiera parecer criterio general del Código —quizá es ya más justo afirmar que no existe dicho criterio general— los ataques a bienes jurídicos pertenecientes a menores resultan privilegiados frente a los mismos ataques cuando los sujetos pasivos son mayores de edad, lo cual se produce en dos ocasiones sobre todo:

a) En determinadas conductas constitutivas de delitos relativos a la prostitución o corrupción de menores, según se desprende de los artículos 452 bis-a) y 452 bis-b), castigándose la corrupción de menores con prisión menor en sus grados medios y máximo, mientras que algunas conductas efectuadas contra mayores de veintitrés años reciben la misma pena en su grado máximo (19).

b) El delito de sustracción de menores de siete años (art. 484), castigado con la pena de presidio mayor, la misma prevista para las detenciones ilegales (art. 480), resulta privilegiado en relación a este último delito cuando concurren las circunstancias del artículo 481. También resulta desproporcionada dicha penalidad del artículo 484 en relación a la prevista para el delito de raptó —incluso el de menores de doce años—, pues en ambos casos se impone la de prisión mayor, sin atender al plus de desvalor que hay en el raptó, manifestado en el elemento subjetivo de la finalidad de atentar contra la libertad sexual (20).

II.3. Aspectos penales de las relaciones paterno-filiales

El Código civil, a través de la Ley de Reforma de 13 de mayo de 1981, se ha adaptado a los criterios constitucionales, configurando la idea del beneficio del hijo y del mejor desarrollo de su personalidad como la médula de toda la regulación civil de las relaciones paterno-filiales, que funcionaliza el derecho (o deber) de la patria potestad, despojándolo de sus contornos romanistas y patriarcales (21).

Por el contrario, el Código penal sigue albergando un concepto desfasado de familia en sentido corporativo, «otorgando al colectivo familiar el carácter de ente que está por encima de sus miembros, a modo de peldaño intermedio entre el Estado y el individuo» (22).

(19) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal, Parte Especial*, Madrid, 1976, pp. 180 y ss.

(20) La referida desproporción pone de relieve la falta de sentido del delito de raptó. La mejor solución sería reconducir los supuestos hoy comprendidos en esa figura a las detenciones ilegales o sustracciones de menores, en concurso, caso de consumarse los atentados a la libertad sexual, con violación, abusos deshonestos o estupro.

(21) Vid. DÍEZ PICAZO, ob. cit., pp. 355 a 358.

(22) Cfr. DÍEZ PICAZO, ob. cit., p. 123.

Con esa concepción del «orden familiar» como bien jurídico no se sitúa la protección del menor en el lugar que se merece, subordinándola a una determinada manera de entender la institución familiar. Ejemplo de ello lo constituye el delito de abandono de familia (art. 487).

Una de las manifestaciones de la indicada ideología corporativista se evidencia en la configuración de las relaciones paterno-filiales al modo patriarcal, con la figura del padre como jefe doméstico que goza de ciertos derechos sobre los hijos, que exceden de la idea funcional del beneficio de éstos y de los principios formativos, de educación y soporte al desarrollo de su personalidad.

En principio, cabe suponer que la especial relación paterno-filial se toma en consideración por el Código, conforme a la indicada idea protectora del menor, como circunstancia agravadora de la responsabilidad cuando el padre o la madre es sujeto activo del delito, y así sucede en los artículos 488-2, 434-2, 452-bis-g) y 445. Sin embargo, conforme a la repetida ideología corporativista encontramos otro grupo de delitos de los que se desprende un cierto *poder* de disposición del padre como jefe sobre sus hijos lo cual se hace patente en diversas ocasiones a lo largo del Código penal:

a) La configuración de un derecho de corrección exorbitante, de modo que, basándose en la facultad que el artículo 154 del Código civil concede a los padres para «corregir razonada y moderadamente a sus hijos» sujetos a patria potestad, la doctrina ha pretendido fundamentar en el ejercicio de un derecho (art. 8-11 C. p.) una causa de justificación de comportamientos despóticos y agresivos de los padres (23). Dicha interpretación debe restringirse al máximo, de lo contrario se aceptaría la existencia de un derecho sobre los bienes jurídicos de otra persona, incluso los personalísimos, como lo es la integridad física.

b) En la regulación de las lesiones, suprimido por la Reforma de 1983, el último párrafo del artículo 420 —que mantenía en el ámbito de las lesiones una diversidad de trato que en el parricidio había desaparecido en el siglo XIX—, ha quedado todavía en el artículo 423 un tipo cualificado de lesiones menos graves cuando el ofendido sea padre, ascendiente, tutor, maestro o persona constituida en dignidad o autoridad pública. Debe resaltarse la incongruencia que supone castigar aquí más severamente la conducta del delincuente joven cuando en parte general hay acuerdo unánime en favor de la atenuación de pena.

c) En el delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 497, la cláusula del párrafo tercero excluye la imposición de la pena a los padres o tutores en cuanto a los secretos de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia, con lo que se ignora al menor como sujeto de derechos, y, por tanto, portador de un bien

(23) Como ejemplo, Vid. CÓRDOBA RODA, Juan *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 1972. Vid. lo relativo al art. 8,11, donde se comenta tal derecho de corrección, procurando establecer límites que garanticen su ejercicio no abusivo.

jurídico, la intimidad, la violación del cual queda sistemáticamente amparada por el Código penal (24).

Resumiendo las interpelaciones planteadas por los preceptos comentados, a los que podrían añadirse el delito de infanticidio (art. 410), la falta del artículo 583-5, o los problemas de la aplicación de la circunstancia mixta de parentesco, tenemos que: por un lado, *se exige* al padre un mayor cuidado hacia su hijo que el que es exigido al resto del los ciudadanos, lo que se manifiesta en lo relativo a la protección del menor frente a los peligros exteriores contra su integridad física o moral; y, por otra parte, *se reconoce* al padre una autoridad sobre su hijo manifestada en un cierto poder de disposición y de corrección, *relativamente amplio*.

Esta concepción dualista de las relaciones paterno-filiales en el Código penal, aparentemente contradictoria, puede encontrar su explicación, aparte del argumento no por repetido menos válido de las deficiencias legislativas que precisamente se descubren en el estudio comparado de los distintos capítulos y que en este caso sirven para situar al menor en clara posición de desventaja, en una determinada valoración de las relaciones paterno-filiales, que condiciona la configuración de la protección del menor, y que en el fondo resulta menos contradictoria de lo que parece. Dicha valoración se concreta en una *concepción asistencial en sentido paternalista* de la protección del menor: El hijo como objeto al que se protege, pero sin contar con él en un sentido dinámico en tanto que titular de derechos por sí mismo, y el padre como institución un tanto «sacral» a la que se exige una conducta intachable en relación a sus hijos menores y al mismo tiempo —como el reverso de la misma moneda— se le concede poder y autoridad sobre ellos.

Para terminar este breve repaso, debe hacerse referencia a las medidas de privación de los derechos a la patria potestad o tutela del reo cuando el ofendido por el delito es el destinatario de tales funciones. Así ocurre en los artículos 446 y 452 bis-g), y en el 487, aunque se encuentran a faltar en otros preceptos como el abandono de niños o delitos contra el estado civil. Dichas medidas habían sido fuertemente criticadas por la doctrina, pues eran contempladas como manifestación de la pena accesoria de interdicción civil (25). La Reforma Urgente y Parcial de 1983 ha aliviado los aspectos negativos de dicha regulación al suprimir la criticada pena de interdicción civil, permitiendo, no obstante las deficiencias técnicas, una nueva interpretación político-criminal de dichas sanciones privativas de derechos, orientadas a la protección del menor. Tras la Reforma, entendemos que el debate no debe centrarse en la naturaleza de penas o medidas de las indicadas sanciones —tal como han parecido entenderlo algunos autores (26)—,

(24) Vid. MORALES PRATS, Fermín, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Ed. Destino, Barcelona, 1984, pp. 196 y 197.

(25) Vid. art. 43 del Código anterior a la Reforma de 1983, así como los arts. 27 y 45, también anteriores a dicha Reforma.

(26) Entre ellos, GONZÁLEZ RUS, Juan José, *La supresión de la pena de interdicción civil*, en LA LEY, año V, núm. 1.060, Madrid, 1984.

pues esta dicotomía ha sido superada ya por la moderna doctrina partidaria del «retorno a un nuevo monismo» (27), con lo que el hilo conductor de la labor interpretadora debe radicar en la orientación político-criminal tuitiva para el menor que ilumina las repetidas sanciones (28).

II.4. *La protección del menor en los diferentes tipos*

La mayor parte de ataques a bienes jurídicos de los que aparece el menor como titular de una forma explícita, se recogen en el Código vigente en los Títulos IX y XII relativos a los «delitos contra la honestidad» y «delitos contra la libertad y la seguridad». El mayor inconveniente de la actual regulación está constituido por la imprecisión de los bienes jurídicos que los tipos legales pretenden proteger, lo cual dificulta la configuración de estos tipos en torno a bienes jurídicos individuales de los que pueda el menor aparecer como titular.

En este sentido, en lo referente al primero de esos Títulos, lo que debe proteger el Derecho penal sexual en lo relativo a las agresiones sexuales contra menores de edad no es una determinada moral sexual colectiva ni la necesidad de inculcar en éstos ciertos comportamientos socialmente apreciados (sanos u honestos), sino la protección de la libertad. Esta libertad se materializa en el caso de los menores a través de la custodia de un área, asentada en lo volitivo y por tanto sujeta al proceso madurativo de la persona, resguardada de agresiones que puedan violar la, real o presunta, presente o futura, autodeterminación sexual del menor (29). La descripción típica de los comportamientos contenidos en el delito de estupro viene comprometida, sin embargo, por las connotaciones moralistas del término estupro, o de la expresión «honestidad».

En cuanto a los delitos comprendidos en el Título XII, debe advertirse la imposibilidad de refundir los diversos bienes jurídicos protegidos existentes en un solo título con una idea globalizadora. Los problemas sistemáticos y de delimitación del sujeto pasivo, la imprecisión de los bienes jurídicos protegidos, las incongruencias en las penalidades y la presencia de figuras delictivas que introducen intereses a proteger totalmente disfuncionales, son los principales inconvenientes de este ámbito típico.

Por último, debe postularse la necesidad de un replanteamiento, a la luz de los principios constitucionales, de los límites de interven-

(27) El concepto de «retorno a un nuevo monismo» constituye una construcción integradora de penas y medidas en unas mismas garantías penales y con una misma orientación político-criminal. Vid., en este sentido, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, ob. cit., p. 30.

(28) En este sentido, Vid. MORALES PRATS, Fermín, *Fundamento político-criminal de la supresión de la pena de interdicción civil*, en «La Personalitat Civil - Anuari de la Facultat de Dret», Estudi General de Lleida, 1984, p. 225.

(29) Entre los autores que defienden la idea de libertad sexual como bien jurídico protegido en los llamados delitos sexuales, Vid. especialmente el estudio de Díez RIPOLLÉS, José Luis, *El Derecho Penal ante el sexo*, E. Bosch, Barcelona, 1981.

ción del Derecho penal, que en el actual Código resultan sobrepasados en determinados delitos relativos al menor, y, de modo especial, en las faltas. Asimismo, es imprescindible la adaptación del sistema penal a las exigencias de una sociedad pluralista y tolerante, renunciando a convertirlo en instrumento de imposición de reglas o convicciones morales particulares. En estos y otros aspectos, la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal se erige como una valiosa aportación de soluciones penales más acordes con los principios que rigen actualmente nuestra sociedad democrática.

III) ANALISIS DE LA PROPUESTA DE ANTEPROYECTO DE NUEVO CODIGO PENAL

Del breve estudio crítico efectuado anteriormente sobre el Código penal vigente, se desprende con claridad que el profundo replanteamiento que requiere el tratamiento penal de la minoría de edad como situación jurídicamente protegida, no puede abordarse más que en un marco jurídico positivo diferente, que conduzca la reacción penal según las exigencias de una sociedad democrática avanzada (30), a la luz de los principios constitucionales. A esta necesidad responde la PANCP remitida por el Ministerio de Justicia, que se analiza a continuación en los distintos aspectos que afectan al tratamiento del menor.

III.1. *Replanteamiento de la minoría penal: los límites de edad y el tratamiento del joven delincuente*

La nueva formulación de la minoría de edad penal que ofrece la PANCP en su Libro I responde a la necesidad de favorecer soluciones adecuadas para una política criminal que persiga como objetivos inseparables la lucha contra la delincuencia juvenil y la protección de los menores. Dicho imprescindible replanteamiento debe hacerse logrando la armonización entre los dos aspectos esenciales del problema: la fijación del límite o límites de edad determinantes de la irresponsabilidad criminal de los menores o de la exclusión de éstos del Derecho penal de los adultos, y la legislación sobre el tratamiento previsto para antes y después de alcanzar el límite de edad. Sólo una visión conjunta de ambos aspectos nos permitirá dilucidar si la contemplación de la minoría de edad en el Código penal se desenvuelve en un sentido progresivo, a pesar de que debido a las lógicas limitaciones de este trabajo y a la inexistencia de datos suficientes sobre la reforma de la referida legislación, nos centraremos en las innovaciones introducidas en el texto de la indicada Propuesta.

La novedad fundamental de dicho texto está en la elevación del período de irresponsabilidad hasta los dieciocho años, según prevé el

(30) Vid. Preámbulo de la Constitución española.

párrafo tercero del artículo 22 entre «las causas que eximen de la responsabilidad criminal». Con esta importante modificación se conseguiría, por primera vez en la historia legislativa española, una equiparación de los límites de la mayoría de edad civil, política y penal, y se avanzaría en una política criminal progresista fundamentada en el principio de humanidad y en el de mínima intervención (31). No obstante la impresión satisfactoria que nos produce esta elevación del límite de edad, debemos advertir que con la lectura de la Propuesta de Anteproyecto no se puede conocer cuál será el tratamiento que nuestra legislación dispensará a los menores de edad que cometan algún hecho delictivo, por cuanto el citado párrafo tercero del artículo 22 reproduce más o menos exactamente la misma fórmula contenida en el artículo 8-2 del Código vigente. Por otra parte, en la Disposición Final segunda, se dice que el Gobierno, en un plazo de seis meses, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley sobre «Derecho Penal Juvenil». De todo ello puede deducirse lo siguiente: por un lado, se descarta la instauración de un sistema semejante al establecido en Alemania, basado en un especial Derecho de Menores *responsables*, que contemple factores de flexibilización del rigor de la fórmula biológica pura en cuanto a la fijación del límite de edad, como puede ser el período de juventud de los dieciocho a los veintidós años o la remisión a juicios valorativos del desarrollo de la personalidad del menor: por otra parte, se aparca la decisión sobre el tratamiento de los delinquentes menores de dieciocho años hasta que se promulgue la nueva Ley sobre Derecho Penal Juvenil, la cual deberá establecer las conductas tipificadas como delitos según dicho Derecho Penal Juvenil, así como el cuadro de sanciones y medidas aplicables, y las normas procesales, todo ello encuadrado orgánicamente en los *Juzgados de Menores*, según establece la recién promulgada Ley Orgánica del Poder Judicial en sus artículos 96 y 97. En este sentido, conviene acomodar la redacción del artículo 22-3 de la Propuesta a lo establecido por dicha Ley Orgánica, dado que en su artículo 97 atribuye expresamente a los Jueces de Menores la facultad reformadora de «los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la Ley como delito o falta» (32). Con ello se acaba con los Tribunales Tutelares de Menores como jurisdicción especial, y se configura un nuevo órgano jurisdiccional especializado dentro de la jurisdicción ordinaria.

La creación de este nuevo órgano judicial, así como la previsión de la Disposición Final 2.^a de la PANCP sobre una futura Ley sobre Derecho Penal Juvenil, constituye sin duda el anuncio del fin de una etapa histórica en que la sustracción del menor del Derecho penal ha comportado un abandono de garantías y del respeto a los derechos fundamentales del menor. Ahora sólo cabe esperar que la redacción

(31) Vid. QUINTERO OLIVARES, ob. cit., p. 208.

(32) También prevé el art. 97 de la Ley Orgánica del Poder Judicial la posibilidad de que la futura Ley sobre Derecho Penal Juvenil, o cualquier otra Ley de protección de menores, atribuya a los Jueces de Menores otras funciones: podemos pensar, por ejemplo, en la actual «facultad protectora» atribuida hoy a los Tribunales Tutelares de Menores.

de la deseada Ley sobre Derecho Penal Juvenil ofrezca una respuesta democrática avanzada al problema del tratamiento de la delincuencia juvenil, bajo la concepción del menor como sujeto de derechos, favoreciendo una serie de medidas ajustadas de modo elástico a las distintas condiciones y personalidad de los menores en las sucesivas etapas de su desarrollo.

El período de edad comprendido *entre los dieciocho y los veintiún* años es contemplado expresamente por la PANCP, que ofrece un sistema realmente prometedor por la orientación resocializadora para el joven delincente que se le imprime, así como por su grado de flexibilidad, que permitirá una individualización de la pena o medida aplicable. El artículo 99 establece que al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometiere un delito podrá el Tribunal razonadamente y previos informes —entre ellos, uno de carácter criminológico— acerca de un pronóstico de comportamiento futuro que revele la posibilidad de comisión de nuevos delitos, sustituirle la pena de prisión que le sea impuesta por el internamiento en un centro reeducador para jóvenes delincentes por un tiempo no superior al de dicha pena, sin que en ningún caso este internamiento pueda exceder de cuatro años. Lo más atractivo de la propuesta está, sin embargo, en la armonización de dicho precepto con otros de carácter genérico —no referidos específicamente a los jóvenes de la indicada edad— que, dando respuesta al principio de necesidad de la pena, favorecen al mismo tiempo la reinserción social del delincente, sobre todo del más joven: se trata, concretamente, de la suspensión del fallo de las sentencias condenatorias y la suspensión de la ejecución de la pena, previstas en los artículos 74 y 77 de la Propuesta, respectivamente. Dichas formas de suspensión exigen precisamente un pronóstico favorable de que el sujeto no cometerá delito en el futuro, emitido por el juez, previos los informes que estimare convenientes y, en todo caso, uno de carácter criminológico. También figuran como condiciones necesarias para dejar en suspenso el fallo, que la pena a imponer no sea grave, y que del delito no se deduzcan responsabilidades civiles o se hayan satisfecho en lo posible las que se hubieren originado. De una interpretación conjunta de ambos preceptos, extraemos como criterio orientador del tratamiento penal de los jóvenes de dieciocho a veintiún años en la PANCP el siguiente: Que siempre que no se trate de una pena a imponer grave y que no queden pendientes responsabilidades civiles derivadas del delito, *el Juez deberá proveerse de los informes* que estimare convenientes —uno de criminológico, en todo caso— *con el fin de emitir un pronóstico acerca de la probabilidad de comisión de nuevos delitos*; y según sea favorable o no a dicha probabilidad aplicará la medida de seguridad del artículo 99 o la suspensión de fallo, respectivamente. Debe advertirse que ello es válido sólo como principio orientador, por cuanto *el pronóstico emitido por el Juez no tiene carácter vinculante* para la decisión de imponer el internamiento o la suspensión del fallo, sino que de los artículos 74 y 99 se deduce que el Juez también podrá considerar preferible la aplicación de la pena correspondiente —así parece despen-

derse de las expresiones «motivadamente», «razonadamente» y el «podrá» del artículo 99—. Ello resulta apropiado en la medida en que permite un buen margen de flexibilidad, tan necesaria, sobre todo, en el tratamiento de jóvenes delincuentes. Sin embargo, el hecho de que el pronóstico no sea vinculante no impide la adopción del referido criterio como principio interpretativo de carácter general, lo cual exige que el Juez sólo podrá desvincularse del pronóstico emitido, y, en consecuencia, decidir no imponer ni la medida de internamiento en centro reeducador ni suspender el fallo, *cuando ello sea necesario para la resocialización del delincuente* —conforme al principio orientador de las penas del artículo 25 de la Constitución—. Para este supuesto, y también para el caso de imponer una pena grave o quedar pendientes responsabilidades civiles derivadas del delito, encontramos a faltar la posibilidad de una atenuación de la pena.

La PANCP ofrece otras innovadoras soluciones que pueden resultar especialmente interesantes para el joven de edad comprendida entre los dieciocho y los veintiún años, como la sustitución de la condena de prisión inferior a dos años por la de arresto de fin de semana o por el sistema de días-multa, en atención a las circunstancias del hecho —*entre las que, a nuestro entender, figura la edad juvenil*—, según los artículos 82 y 83. Debe también remarcarse el amplio abanico de posibilidades que ofrecen las medidas de seguridad: así, el internamiento en centro psiquiátrico, de deshabitación —importante novedad para el tratamiento de toxicómanos—, pedagógico especial, reeducador o de terapia social. En suma, prometedoras innovaciones que nos permiten aguardar con esperanza una radical transformación de las caducas estructuras del Derecho penal vigente en aras a un mayor empeño en el objetivo de recuperación para la sociedad de los jóvenes delincuentes.

III.2. *La protección del menor en las diversas figuras delictivas*

Recogiendo las críticas efectuadas al tratamiento del menor como sujeto pasivo en el vigente Código, aparece con claridad la necesidad de llevar a cabo un replanteamiento de la actual sistemática, a tenor de una serie de consideraciones político-criminales básicas que a continuación se proponen.

Por lo que se refiere a los límites de edad en base a los cuales deben establecerse las distinciones en la esfera de los sujetos pasivos, a efectos de penalidad o de mera tipicidad, debería reconducirse toda la amalgama de edades actualmente vigente a dos momentos principales: los *doce años*, como edad ligada a la llegada de la pubertad —al menos para las mujeres— y que permite separar, por tanto, la infancia de la adolescencia; y los *dieciocho*, como edad de asunción de una plena responsabilidad personal y ante la sociedad, manifestada en el alcance de la mayoría de edad a todos los efectos (penal, civil y político). Al límite máximo de los doce años del sujeto pasivo debieran llevarse todas las figuras delictivas que se fundamentan en la absoluta falta de autonomía y capacidad personal para decidir, como

sucedo en la presunción «iuris et de iure» de violación, o en el abandono de niños y la sustracción de menores. Los dieciocho años son el límite máximo adecuado para las figuras basadas en un proceso de limitación del consentimiento del adolescente o simplemente en la necesidad de protección del menor de edad por falta de madurez y desarrollo de su personalidad: así, los supuestos de estupro, corrupción de menores, escándalo público, tráfico de drogas, y lo que pueda quedar de las faltas. La PANCP acoge este criterio en los mismos términos en que lo acabamos de exponer, si bien en el caso de la sustracción de menores adopta el límite de los dieciocho años (33). Entendemos que en este caso sería más acertado el límite de los doce años, pues más allá de esa edad no es imaginable en adolescentes psíquicamente normales —para el caso contrario ya se prevé la sustracción de incapaces— una acción de «sustracción», sino mucho más de coacción a través de violencia o intimidación, o inducción, o incluso de detención ilegal, supuestos de hecho todos ellos subsumibles en concretos tipos delictivos, contando incluso, en el caso de las detenciones ilegales, con una cláusula agravatoria cuando la víctima fuere menor de edad o incapaz, según el artículo 161,1 de la indicada Propuesta (34).

Tal como hemos sugerido en relación a las propuestas del Libro I (35), el rigor que se deriva del señalamiento de límites de edad concretos a base de las presunciones indicadas acerca del desarrollo madurativo de la persona, debe atemperarse contemplando otros criterios referentes al menor protegido, a las circunstancias del hecho delictivo, o a la relación entre el menor y el sujeto activo de ese hecho. En última instancia, el juzgador deberá fijar la pena, dentro de los márgenes mínimo y máximo que establece el Código, atendiendo a la edad del menor y las otras circunstancias acabadas de expresar.

La PANCP no agrupa en un solo Título o Capítulo específico a todos los comportamientos caracterizados principalmente por una lesión de la persona del menor, y es lógico que así sea, pues la diversidad de bienes jurídicos protegidos en los distintos delitos en los que aparece el menor como sujeto pasivo —la libertad, la seguridad, el ejercicio de los derechos de patria potestad, la libertad sexual— así lo aconseja. Pero, como se verá al comentar la regulación de los delitos contra la libertad sexual y contra las relaciones familiares, ofrece una mayor sistematización y una notable clarificación de los bienes jurídicos protegidos.

En líneas generales, la PANCP constituye un importante avance en relación al Código vigente por cuanto atiende con mucha mayor fidelidad al principio de especial protección al menor formulado según la orientación político-criminal que proponemos. Ello se manifiesta en una técnica más depurada que evita situaciones como las que existen en el viejo Código en que algunos ataques al menor son castigados con una severidad inferior que los mismos comportamientos dirigidos con-

(33) Vid. arts. 173 y ss., 169-2, 179, 218, 223 y 225.

(34) Más adelante se aborda la problemática que encierra dicho artículo: Vid. *infra* pp. 27 y 28.

(35) Vid. *Supra* p. 17.

tra personas mayores. Con la repetida Propuesta, resulta más clarificado que la cualidad de menor de edad del sujeto pasivo conlleva un plus en el desvalor del injusto en una serie de delitos determinados, también en la corrupción menores —artículos 179 y 180, siendo de especial interés el último párrafo de este precepto—, y en la detención ilegal de menores.

Otras manifestaciones de dicho cambio de mentalidad en relación a la protección del menor se refleja de manera muy significativa en la naturaleza y alcance de las penas privativas de derechos en el ámbito de las relaciones familiares, que queda definitivamente clarificada en la Propuesta de Anteproyecto. Estas sanciones se configuran como penas de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de patria potestad o tutela, incluidas en el catálogo de penas privativas de derechos del artículo 38-b de la indicada Propuesta (36). Dentro de este sistema de sanciones, las citadas penas constituyen consecuencias del delito de carácter principal, con autonomía y operatividad respecto de determinados tipos de injusto, lo cual se confirma con el establecimiento de un tiempo de duración de dichas penas privativas de derechos: Así puede verse, en el artículo 185-2, que faculta al Tribunal para imponer dicha inhabilitación especial a los ascendientes, tutores, maestros o cualquier persona que abuse de autoridad o encargo, por un tiempo de seis meses a seis años. El hecho de quedar las penas privativas de derechos analizadas excluidas del régimen jurídico previsto para las penas accesorias (37), para pasar a ir ligadas a delitos concretos como penas principales, y desvincularse por tanto de la extinta pena de interdicción civil, deja claro su fundamento exclusivo, que es *la protección del menor a través de la privación de unos derechos nacidos precisamente para protegerle y que han sido usados torcidamente*.

La configuración de las penas privativas de derechos como sanciones provistas de una finalidad tuitiva para el menor supone *primar la protección del menor frente a la resocialización del delincuente*, lo cual de entrada nos alerta por cuanto esta última pretensión en ese caso sacrificada constituye un principio constitucional orientador de la pena. No obstante, puede defenderse la opción hecha por la PANCP atendiendo sobre todo a dos tipos de argumentaciones. La de mayor consistencia es la de que resulta más imaginable el poder hacer efectiva la protección al menor que la reinserción social del delincuente, considerado a menudo por los penalistas como un mito, que además no está claro que revista siempre rasgos liberales o progresistas (38). Otra razón es que la propia Propuesta de Anteproyecto prevé una

(36) Dice el art. 38-b: «Son penas privativas de derechos: ... b) La de inhabilitación especial para cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio, o ejercicio de los derechos de la patria potestad o tutela».

(37) Vid. arts. 49 a 51 de la Propuesta de Anteproyecto.

(38) Vid., a este respecto, MUÑOZ CONDE, Francisco, *La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito*, en el libro «La Reforma del Derecho Penal», Universidad Autónoma de Barcelona, 1980. Vid. pp. 61 a 83.

serie de mecanismos dirigidos precisamente a la resocialización del delincuente, que tienen mucho más sentido que no una hipotética renuncia a imponer la necesaria pena protectora del menor a que nos venimos refiriendo, pues se orienta a evitar en lo posible los perniciosos efectos estigmatizadores de la pena privativa de libertad a través de medidas sustitutivas. La existencia del artículo 43-2 de la Propuesta de Anteproyecto estableciendo que en cualquier caso la pena privativa de derechos civiles inherentes a la relación paterno filial deberá ser cumplida en su totalidad, refuerza la toma de postura en favor de la caracterización de dicha pena como esencialmente tuitiva para los intereses del menor, «no admitiéndose ningún tipo de reducción o sustitutivo como ocurre con las penas privativas de libertad tendentes a la reinserción del delincuente» (39).

III.3. *Creación de un nuevo título de imputación referido a las relaciones familiares*

Entre los avances técnicos y mejoras político-criminales que la PANCP introduce en la parte especial del texto, cabe resaltar la creación de un título de delitos contra las relaciones familiares (Título X del Libro II), que agrupa los delitos de matrimonios ilegales, la suposición de parto, usurpación del estado civil y alteración de la paternidad, así como los delitos contra los derechos y deberes familiares. La creación de este nuevo título de imputación permite una mejor sistemática que la vigente, en la que se ven dispersos estos delitos en distintos títulos, y, en concreto muchos de ellos quedan encuadrados bajo un bien jurídico de contornos imprecisos, como es la «seguridad».

En el Capítulo II del indicado Título se introduce una novedad importante, al crear el artículo 215 un nuevo delito relativo a la alteración de la paternidad, de modo consecuente con las reformas operadas en el Código civil en materia de filiación bajo el principio de la paternidad real. En el mismo Capítulo, se incluyen los delitos hoy conocidos como relativos al estado civil, aunque se prescinde acertadamente del precepto contenido en el artículo 470 del Código vigente, de usurpación genérica de estado civil, que cabe criticar por su nula virtualidad tuitiva del menor.

En el Capítulo III, y bajo la rúbrica «De los delitos contra los derechos y deberes familiares», se incluye como novedad el delito de incesto en la sección primera —con lo que se configura dicho delito principalmente como ataque a la familia (40)— y se agrupan en la

(39) Vid. PRATS CANUT, Josep-Miquel, *Reforma penal y el nuevo régimen de la familia: la privación penal de los derechos civiles* (II), Comunicación presentada a las «II Jornades Jurídiques de Lleida», 1984.

(40) La inclusión del delito de incesto bajo la indicada rúbrica y con el contenido que se le otorga significa una verdadera aparición en el Código penal del delito de incesto concebido como ataque al colectivo familiar, basado en el correspondiente «tabú», y no como agravación de la pena por razones de parentesco —o, más bien, de la superioridad o desigualdad que ello comporta—, que impregna la regulación vigente.

sección segunda todas las figuras delictivas que lesionan intereses relativos a los menores y se hallan comprendidos en el Código vigente en el marco de los delitos contra la libertad y la seguridad: así, la sustracción de menores, el abandono de familia, y el abandono de niños. No cabe duda de que la Propuesta mejora la actual sistemática, pues acoge como característica global de todos aquellos delitos, la lesión de los derechos y deberes familiares, que constituye un común objeto genérico de protección en todos ellos. No es menos cierto, sin embargo, que —como habíamos advertido en su momento— en muchos de estos supuestos, la infracción de derechos y deberes familiares no constituye —o, al menos, no debería, a mi juicio, constituir—, el principal bien jurídico protegido. *Detrás de la protección penal a los derechos y deberes paterno-filiales debe verse una intención tuitiva del menor, aunque sea como beneficiario mediato de la protección de esos intereses familiares.* El menor es el titular de los bienes jurídicos que protegen los delitos de sustracción y abandono de menores: En el primer caso, se trata de su libertad, en el segundo, de su seguridad física, aunque en todos ellos se tutela además el ejercicio de los derechos y deberes familiares.

En virtud de los razonamientos formulados, y como propuesta político-criminal, considero preferible sistemáticamente *reunir en un mismo Capítulo todos los delitos* de sustracción de menores, abandono de menores, suposición de parto, ocultación y exposición de hijo, y alteración de la paternidad, *bajo la rúbrica «Delitos contra menores»* —o, a lo sumo, «Delito contra menores e incapaces»—, con el objeto de expresar el esencial fundamento tuitivo de todas esas figuras delictivas. La inclusión de dicho Capítulo, en el Título de los delitos contra las relaciones familiares, consagraría la de consonancia de dicho fundamento con la vinculación de los mismos al referido ámbito de las relaciones familiares. La ordenación de los distintos preceptos según los bienes jurídicos protegidos, daría lugar a la separación por secciones, que podrán coincidir más o menos con las mismas que establece la PANCP —a saber: «De la suposición de parto y de la alteración de paternidad», «De la sustracción de menores», y «Del abandono de menores o incapaces»—, con lo cual se completaría una sistemática más funcional, orientada a la finalidad protectora del menor.

Entrando brevemente en el análisis del articulado, se destaca en líneas generales, una mejor técnica y armonización entre los distintos tipos legales que la existente en el Código vigente, una mayor precisión del ámbito de sujetos pasivos menores de edad —que se refleja en las referencias concretas al «menor de edad», y la clarificación de los límites de edades—, y la desaparición de delitos tan disfuncionales como el abandono *honoris causa* o la estructura delictiva de sospecha en la sustracción de menores (41). También merece una valoración muy positiva la atenuación de la pena prevista en el artículo 221 basada en motivos político-criminales de favorecimiento de un desenvolvimiento de la dinámica comisiva menos lesiva para el menor o el

(41) Nos referimos al art. 485 del vigente Código.

incapaz, imponiendo la pena inferior en grado cuando sea restituido dicho menor o incapaz a su domicilio o residencia, o depositado en lugar conocido o seguro, sin haberle hecho objeto de vejaciones o acto delictivo alguno, ni puesto en peligro su vida, salud o indemnidad sexual.

En otro orden de consideraciones, es encomiable la alusión que se hace en el delito de abandono de familia a las personas facultadas para otorgar el perdón, entre las que se menciona, junto a los ofendidos menores de edad, a los representantes legales del menor. Además, la PANCP modifica en relación al delito de abandono de familia el carácter facultativo que para el Tribunal tiene en la actualidad la adopción de penas privativas de derechos: el artículo 232-2 de la Propuesta señala que «el Tribunal impondrá siempre al reo la pena de inhabilitación del derecho de patria potestad o tutela por el tiempo de seis a veinte años». Con ello se corrigen los criticados aspectos de la actual regulación del abandono de familia, reforzándose la nueva funcionalidad del artículo 223, orientado a la protección final de la asistencia necesaria para el sustento de los parientes más próximos —especialmente los descendientes menores e incapaces—, y despojando de los contornos ideológicos de la regulación todavía vigente.

No obstante los importantes avances que la PANCP introduce en la regulación de los repetidos delitos, deben hacerse dos observaciones de carácter crítico.

La primera se produce con ocasión de la introducción de un precepto agravatorio de las penas establecidas para los delitos de detenciones ilegales y secuestros cuando la víctima fuere menor de edad o incapaz. El artículo 161, párrafo primero, de la PANCP dice: «Las penas de los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior, en los respectivos casos, si la detención ilegal o secuestro se hubiere ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o incapaz». Dicha innovación en el ámbito de los delitos contra la libertad no puede sino satisfacerlos, pues refleja el superior desvalor que alberga el atentado a la libertad del menor, dada su situación de mayor indefensión y su inferior resistencia a las consecuencias degradantes para su persona de un secuestro. Sin embargo, la cualificación del párrafo primero del artículo 161 cuestiona abiertamente el sentido y la propia existencia del tipo de sustracción de menores, ampliado en el artículo 218 de la mencionada Propuesta a los ataques producidos contra cualesquiera personas menores de edad, hasta los dieciocho años. La diferencia entre el delito del artículo 218 y la agravación del artículo 161-1 está en la *relevancia del consentimiento del menor*: Así, en las detenciones ilegales, la acción de la detención se produce sin el consentimiento del menor, mientras que la sustracción parece que quedaría reservada para los supuestos en que la acción se llevare a cabo contando con el consentimiento del menor, de ahí la mayor pena con que generalmente se castigaría el primero de ambos delitos. Hasta aquí nada hay que objetar: la sustracción de menores deja de ser un tipo cualificado respecto de las detenciones ilegales y pasa a configurarse en función de la lesión al

bien jurídico constituido por el derecho a la patria potestad sobre el menor o el incapaz. Pero la extensión del sujeto pasivo hasta los dieciocho años desvirtúa en gran parte lo acabado de exponer, pues no resulta fácilmente imaginable la posibilidad de una acción de «sustracción» de un adolescente contando con el consentimiento de éste; parece que en este caso sería más apropiado hablar de un proceso inductivo o seductivo, para cuyo supuesto se tipifica en el artículo 220 la inducción de un menor de edad pero mayor de doce años a abandonar el domicilio familiar. Por todo ello entendemos que debería fijarse el límite máximo de edad en el artículo 218 a los doce años, tal como sucede en el abandono de niños del artículo 225, lo cual resultaría más coherente con la equiparación de la inducción sobre un menor de doce años a la sustracción —artículo 220-2—, pues se presume la irrelevancia del consentimiento.

La segunda observación crítica va dirigida a la reproducción, por parte de la PANCP, de una configuración poco generosa de las sanciones privativas de los derechos del ámbito familiar en orden a la efectiva protección del menor. La privación del ejercicio de la patria potestad y de la tutela se sigue reservando exclusivamente para el delito de abandono de familia —artículo 223 de la Propuesta—, reiterándose así las lagunas que el texto vigente presenta con relación al delito de abandono de niños y a la ocultación y exposición de hijo (42). La carencia de estas penas privativas de derechos lastima la protección del menor en la Propuesta de Anteproyecto, que de otro modo ofrecería una regulación prácticamente completa en orden a dicha finalidad protectora. Para alcanzar dicho óptimo marco legal se hace menester la extensión de la pena de inhabilitación del derecho de patria potestad y tutela prevista en el artículo 223-2 a los delitos de abandono de menores o incapaces, ocultación y exposición de hijo; y también al nuevo delito de alteración de la paternidad —artículo 215— y al de incesto —artículo 217— (43).

III.4. *La protección de la libertad sexual del menor*

De la toma de postura efectuada en relación al bien jurídico protegido en los delitos sexuales, se deduce un planteamiento favorable a la configuración de dichos delitos en torno a la protección de la libertad y la indemnidad sexuales, también en los preceptos fundamentados en la tutela del menor. La PANCP sigue esa misma idea y estructura toda la regulación del denominado Derecho penal sexual en función del bien jurídico referido, de carácter individual. La alusión de la rúbrica del Título VI a la *indemnidad*, añadida a la libertad, ambas en relación a lo sexual, debe valorarse como especialmente

(42) Vid. arts. 225 y 214-2 de la PANCP, en los que no aparece referencia alguna a dichas sanciones.

(43) Con ello no se inventa nada nuevo: la exposición o el abandono de los hijos eran ya en el Fuero Real y en la Novísima Recopilación causas de pérdida de la patria potestad, aunque el padre no quedaba relevado de las otras obligaciones naturales y civiles.

acertada, por cuanto expresa con mayor precisión el bien jurídico que resulta lesionado en algunos delitos contenidos en dicho Título, que afectan a la indemnidad sexual del menor, salvaguardada penalmente por constituir la prenda de una libertad de autodeterminación sexual de la que es titular aunque por el momento no puede ejercitar.

La protección al desarrollo no molestado de la juventud constituye, junto a la protección de la libertad personal, el objeto tutelado en el Derecho penal sexual. Estas dos ideas rectoras son reconducidas, sin embargo, por Gimbernat Ordeig, a la protección única de la libertad personal, partiendo de la hipótesis de que el adolescente o el niño no son todavía capaces de autodeterminarse sexualmente (44).

La PANCP introduce una serie de modificaciones respecto del actual texto, adaptándolo a la protección del bien jurídico de la libertad sexual. En este sentido, desaparecen los delitos más criticados, los de escándalo público y de exposición de doctrinas contrarias a la moral pública, y en su lugar se tipifican ciertas prácticas de exhibicionismo grave o ante menores, y la publicación, difusión o exhibición de material pornográfico entre menores de edad —artículos 176 y 177— como actos de provocación sexual. Se trata de dos supuestos bien delimitados caracterizados por atentar al desarrollo normal de los menores aunque matizados por la rúbrica del capítulo en que se insertan, que los describe como *actos de provocación sexual, en lo que va inserta una cierta idea de ataque a la libre formación de la voluntad del menor*, en la medida en que se le involucra en una acción de contenido sexual en la que él no ha decidido participar. Para ambos delitos se prevé una pena de poca gravedad, de arresto de doce a veinticuatro fines de semana.

La regulación del estupro sigue siendo la misma que la establecida en la Reforma de 1978, con la única excepción de la creación de una nueva figura, de estupro simple, según la cual se condena a la misma pena que la señalada para el estupro de prevalimiento, a la persona que tuviere acceso carnal con otra mayor de doce y menor de catorce, sin necesidad de engaño ni prevalimiento. Se trata de una presunción «iuris et de iure» de la existencia de una limitación en el consentimiento por el hecho de la temprana edad de la persona estuprada, exigiéndole a la persona mayor de edad que realiza el acceso carnal como sujeto activo una conciencia y responsabilidad sobre el hecho de que las relaciones sexuales plenas en los adolescentes de doce a trece años son perniciosas para su desarrollo en la medida en que tiene viciado el requisito fundamental de la actividad sexual, cual es el de la libertad para conocer y aceptar la significación y las consecuencias de dicha actividad. Sería preferible abandonar definitivamente el término «estupro» que encabeza el capítulo II, que es reminiscencia de una etapa histórica ya superada en cuanto presupone una idea de relación sexual ilícita con mujer, y no se corresponde con una regulación basada en la tutela de bienes jurídicos individuales. También

(44) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *La mujer y el Código Penal español*, p. 38, citado por DÍEZ RIPOLLÉS, ob. cit., p. 214.

en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales es postulable políticamente la reunión de los delitos de estupro y de exhibicionismo y divulgación de pornografía entre menores, bajo la rúbrica «*De los actos de abuso y provocación sexual contra menores*», que ayudaría a una concepción de esos delitos de acuerdo con una finalidad tuitiva del menor.

En el Capítulo de los delitos relativos a la prostitución, se produce una significativa transformación de la caótica regulación del Código vigente, de forma que se suprime la mayor parte de las conductas delictivas de los actuales artículos 452 bis-a) y siguientes, y se establece una ampliada, pero más precisa, tipificación de la corrupción de menores en el artículo 179, restringiendo el castigo de los comportamientos relativos a personas mayores a la determinación a ejercer la prostitución contra su voluntad, según el artículo 180. El límite de edad del sujeto pasivo que separa ambos delitos, contenidos en los artículos 179 y 180, es el de los dieciocho años, y se corrigen los actuales defectos en la determinación de la penalidad, castigándose con penas más graves el delito del artículo 180 producido contra menores de edad.

Finalmente, la previsión legal del artículo 185, que faculta a los Tribunales para imponer razonadamente la pena de inhabilitación especial de los derechos de la patria potestad o tutela por tiempo de seis meses a seis años, además de la imposición de la pena privativa de libertad incrementada en la mitad superior, adquiere mayor coherencia político-criminal que el actual artículo 452 bis-g), en la medida en que desaparece en la PANCP la perturbadora cláusula especial hoy contenida en el artículo 446. Ello, junto a las modificaciones introducidas en la tipificación de los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales, coadyuva a la armonización de la analizada cláusula general del artículo 185 con sus fines de tutela y aseguramiento del menor.

Los presidios, las cárceles y las prisiones⁽¹⁾

Por RICARDO ZAPATERO SAGRADO

Licenciado en Derecho

Diplomado en Criminología

Del Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias

I

LOS PRESIDIOS

LA ORDENANZA GENERAL DE PRESIDIOS. PARTE ADICIONAL. REGLAMENTO

Desde la Real Pragmática de Carlos III, de 12 de marzo de 1771, contenida en la Novísima Recopilación, Libro XII, Título XL, Ley VII, las variantes de las penas privativas de libertad, suprimidas las galeras (no por razones de caridad, sino de utilidad, ya que el descubrimiento de la máquina de vapor y la perfección de los medios de navegar hicieron caros a los forzosos remeros) no eran otras que las penas a trabajos en arsenales (2); trabajos en presidios de obras públicas (3); trabajos en arsenales industriales (4); trabajos en presidios africa-

(1) Del estudio inédito *Las Reformas Penitenciarias*, de Ricardo ZAPATERO SAGRADO.

(2) La Carraca, Cádiz, Cartagena y Ferrol, fueron los presidios donde arribaron los sufridos galeotes, obligados ahora a manejar las bombas de achique y además de efectuar otros menesteres, todos ellos desde perspectivas castrenses, por la R. O. de 20 de mayo de 1804.

(3) Donde se les reunía para luego ser trasladados a los diferentes Destacamentos penales, tales como los de Pajares, Cabrillas, Canal de Castilla, Canal de Urgel, Canal de Isabel II, puerto de Tarragona, además de las organizadas para la construcción de las carreteras de Avila a Salamanca, de Palencia a Magaz, de Granada a Motril, de Córdoba a Antequera, de Bonanza a Puerto de Santa María, de Logroño a Calahorra, de Soria a Logroño, aparte de las obras de fortificación tales como las de Jaca, Santoña, Cádiz, etc.

En Madrid, Barcelona, Málaga, San Miguel de los Reyes, San Agustín, además de concentrar a los condenados se les aprovechaba para servicios municipales tales como limpieza, cuidado de las calles, etc. Vid. CUELLO CALÓN, *La Moderna Penología*, Barcelona, Ed. Bosch, 1958.

Vid. Presidios de Obras Publicas. *Algo más de las Prisiones de Madrid durante el primer tercio del siglo XIV*, en R. E. P., Pablo CASTELLANOS, 1957, núm. 131, pp. 912 y ss; FUENMAYOR GORDON, *Las cárceles madrileñas, su emplazamiento y su tiempo*, en la misma revista y número, pp. 975 y ss.

(4) Como el de Cádiz, del que fue su más distinguido director don Francisco Javier Abadía, antecesor del coronel Montesinos.

nos (5); reclusión en cárceles (6), así como en casas de corrección (7), aplicadas todas ellas en base a unos usos y costumbres carcelarios, carentes de toda regulación y garantía jurídica.

Con la promulgación de la Real Ordenanza General quedó marcada una auténtica frontera, penológicamente hablando, entre la edad media y la moderna.

De ella se pudo decir en 1907 que fue «lo más meditado, lo mejor entendido, lo más práctico, más claro, más previsor y hasta lo más progresivo, dada la época de su publicación, que se ha hecho en ramo de Prisiones». Elogio merecido si se tiene en cuenta que, al dictarlas, las prisiones se hallaban en el mayor desconcierto y no existían fuentes ni trabajos sistematizados en que poder consultar. Constituyó, ciertamente, un auténtico código penitenciario y de su influencia baste decir que la propia Instrucción de Cárceles de 1886 la impuso como legislación supletoria.

Su gestación fue clara: «deseando —decía la Reina— mi augusto esposo, Fernando VII (Q.E.E.G.)... poner término al estado de desorden en que por lo general se hallaban los presidios del Reino, se dignó nombrar en 30 de septiembre de 1831 una Comisión compuesta de personas celosas y conocedoras de las necesidades de dichos establecimientos, para formar un reglamento general que conciliase la vindicta pública y la corrección de los penados con las atenciones de humanidad y de economía. Correspondiendo la Comisión a la confianza que se depositó en ella, presentó un proyecto de Ordenanza General, que, aprobado por Real Decreto de 14 de abril de 1834, se componía de cuatro partes bien diferenciadas (8):

En la primera, dedicada al gobierno superior de los presidios, clasificó a éstos en tres clases, según el tiempo de las condenas impuestas a los confinados: Para los condenados a 2 años, por vía de corrección, creó los presidios de primera clase, denominados *Depósitos Correccionales*. Para los penados de 2 a 8 años, los de segunda, llamados *Presidios Peninsulares*, y para los castigados a más de 8 años, con cláusula de retención o sin ella, los de tercera, denominados *Presidios de Africa*.

Dispuso que los *Depósitos correccionales se establecieran* en las capitales de provincia; que los *Presidios Peninsulares* se ubicaran estratégicamente en Barcelona, Valencia, Granada, Sevilla, Valladolid, La Coruña y Zaragoza (con tratamiento especial para los reclusos de Baleares que cumplirían en sus islas, salvo que fueren destinados a presidios peninsulares o africanos, en cuyo caso se les destinarían a Bar-

(5) Ceuta, Melilla, Alhucemas, Peñón de la Gomera, Orán.

(6) Un sorprendente sentimiento de compasión y caridad obligó a retirar de los lugares públicos a los encarcelados obligándoles a una forzosa ociosidad en su interior, que ha sido descrita con magistral cuidado por nuestros penitenciaristas.

(7) Como la «Casa de Corrección» de San Fernando de Jarama (Madrid), de la que hizo HOWARD un encendido elogio. Véase *Etats des Prisons, des Hôpitaux y des mansons de force*, tomo II, París, 1788, Sección XVIII.

(8) Exposición de Motivos del R. D. de 14 de abril de 1834.

celona o donde fueren necesarios), y, por último, que los *Presidios de Africa* estuvieren en Ceuta, Melilla, Alhucemas y Peñón de Vélez de Gomera.

El *trabajo*, obligatorio, de los confinados en los Depósitos Correccionales, mandó se aplicase en ocupaciones «dentro de los cuarteles», ya en los objetos de policía urbana, ya en otros equivalentes, pero siempre en la ciudad o su término». Los destinados a Presidios Peninsulares trabajarían en caminos, canales, arsenales y empresas que la propia Reina tuviera a bien destinarlos, «oído el dictamen del Director General», y, a falta de trabajo, serían empleados en los obradores de los mismos establecimientos. Los conducidos a presidios africanos serían ocupados en trabajos de fortificación, servicio de líneas, maestranzas de ingenieros y demás trabajos militares.

De conformidad con el R. D. de 9 de noviembre de 1832, quedó establecido que todos los presidios estarían bajo la dependencia del Ministerio de Fomento (hoy Obras Públicas), haciendo hincapié en que su régimen interior quedaría sujeto a la disciplina militar sin que por ello perdieran su condición de civiles.

Reguló, sabiamente, y esto es digno de ser destacado, las *facultades del Director General*, señalándole, entre otras, las siguientes:

— «Expedir licencias e informar sobre expedientes de alzamiento de retenciones». «Llevar cuenta exacta de las entradas de los penados y su distribución» «Disponer de las conducciones y cuerdas de confinados». «Cuidar de que se lleven con exactitud las notas en las filiaciones de los penados y de que se observen con puntualidad los reglamentos, a cuyo fin dictará las medidas que considere convenientes cuando estén en la esfera de sus facultades, consultando para mi Real determinación los casos extraordinarios o no previstos en esta Ordenanza». «Velar para que en nada se altere lo prevenido respecto a economía, administración y distribución de los presidiarios, a su vestido, calzado, comida y aseo, y el de los establecimientos». «Elevar mensualmente un informe sobre el estado, progresos e incidentes de los presidios, a la vez que una Memoria anual sobre el mismo objeto, en la que se expondrá cuanto considere conducente a la mejora de estos establecimientos». «Cuidar de los registros de los empleados y comisionados, y en uno especial, para los penados, donde anotará sus filiaciones, los informes de conducta, años de rebaje, recompensas, castigos "de alguna nota" y demás necesario para formar la historia de ellos durante su reclusión». «Procurar estar informado a través de personas de conocido celo, inteligencia e imparcialidad de los abusos que se cometieren en los presidios». «Reunir y hacer clasificar, traducir y extractar cuantas noticias pueda adquirir de los sistemas penitenciarios de otros países». «Excitar el celo de los eclesiásticos para que le ilustren acerca del modo de obtener, por medio del benéfico influjo de la religión, la mejora de costumbres de los confinados». «Cuidar, sobre todo, de que los penados no permanezcan en los establecimientos ni una hora más de las que les correspondan por sus condenas». «Llevar el parte mensual y anual, el extracto de las revistas de inspección, el

resumen de los parte de alojamiento, vestuario, calzado, mantenimiento, instrucción y "pasto espiritual", trabajos, además de la propuesta de lo que debe hacerse en lo sucesivo». «Velar por los servicios de Secretaría y Contabilidad de la Dirección General, proponiendo a la Reina las personas idóneas». «Nombrar, por sí, a los encargados y comisionados de presidios, exonerando de ellos a los que no merezcan su confianza, formando antes un expediente reservado e instructivo de los motivos que aconsejen esta medida». Y, por último, tener «un plano, vista y corte o perfil de cada establecimiento penal, con la indicación de los proyectos de mejora con el presupuesto detallado de los gastos de estas obras». Terminaba la lista de las obligaciones haciéndole saber que «como la experiencia tiene acreditado que los reglamentos mejor meditados son de poca utilidad cuando no concurren a sostenerlos la eficaz acción de los jefes y la decidida voluntad de los empleados, debería formar e introducir en su dependencia un espíritu de cuerpo tal que se obtenga por su medio lo que jamás lograría con simples prevenciones».

Regulaba minuciosamente las *obligaciones de los Subdelegados del Ministerio de Fomento*, jefes superiores de los depósitos correccionales y presidios en sus respectivas provincias, y de los comisarios de revistas (cargos ambos que con el tiempo pasarían a través de las Juntas Locales de Prisiones a los Presidentes y Secretarios de las Audiencias).

Normativizó con exquisito acierto las *conducciones* de penados y las cuerdas de presidiarios llegando a precisiones increíbles. Cuidó con el mismo interés e imparcialidad tanto a los presos como a los oficiales y soldados de escolta, las justicias, los comandantes de depósitos o presidios, e, incluso, cuando pernoctaran en pueblos sin depósito, las personas de los ayuntamientos encargadas de la custodia nocturna. Dispuso lo conveniente sobre documentación personal de los conducidos, de los bienes para atender a su manutención y otros gastos, leguas de camino a cubrir por día, recibos de entrega, puntos de concentración, proporción de fuerza conductora, aviso a los ayuntamientos de paso, providencias en caso de enfermedad de los penados, devolución de grillos y cadenas, y obligación de los comandantes de las cuerdas de dar parte al Director General de lo ocurrido en cada viaje. Tan sólo estimamos, merece nuestro silencio, la prohibición de acompañar a los presidiarios sus parientes de cualquier grado que sean y sus mujeres.

La segunda parte, la tituló, «del régimen interior de los presidios».

A tal efecto, mandó que cada establecimiento fuera dirigido por un jefe del Ejército o de la Armada como comandante; un capitán como mayor; un subalterno como ayudante; un sargento primero, *retirado*, del Ejército o de la Armada, como furriel y tantos sargentos o cabos primeros, *retirados*, por cada cien penados (brigadas) como fueren precisos. Las brigadas se dividían en escuadras de 25 hombres y estaban mandadas por un «cabo de vara» efectivo y otro interino, nombrados ambos por el comandante. En todo establecimiento había una sección de menores de dieciocho años.

Para resolver la parte gubernativa, administrativa y económica del

establecimiento había una *Junta Económica* compuesta por los subdelegados (o gobernadores, en Africa), los comandantes, los comisarios y los mayores.

Para ostentar el cargo de comandante requirió hombres con la categoría militar antes citada para luego escogerlos según «el carácter, integridad, lealtad y aptitud». Les señaló con extremado detalle sus obligaciones (9) entre las que merecen nuestra atención, por la agudeza que denotan, la de «inquirir el genio, disposición y oficio de cada uno de los presidiarios que entren, para destinarlos a los trabajos para los que considere más aptos, facilitando al que supiera algún oficio los medios y recursos necesarios para ejercerlo, y proporcionando al que nada sepa, maestros que les enseñen aquella clase de trabajo a que mostrare más inclinación». O aquella de «cuidar muy especialmente de la buena conducta de sus subalternos, así en el desempeño de sus destinos como en su vida privada, observando a los que den motivo justo de sospecha, y ello sin olvidar de "cuidar a los reclusos, para que, corregidos de sus vicios, se habitúen al trabajo y sean útiles a la sociedad y a sí mismos, después de haber purgado debidamente sus delitos y satisfecho la vindicta pública».

Con igual meticulosidad trató la Ordenanza las figuras y obligaciones del *mayor* —encargado de la parte económica y administrativa—; del *ayudante* —inspector de los servicios— encargado, entre otras cosas, de velar, para satisfacción de los confinados, de que todos, por turno, sean nombrados «cela ranchos» (10), además de recibir todo tipo de solicitudes verbales o escritas que hicieren los presidiarios; del *furriel* —encargado de las provisiones y mobiliario del centro, con obligaciones asistenciales tales como acompañar a los presos al médico, visitarlos en el hospital, rezar diariamente con ellos el rosario, cuidar de las mesas, bancos, libros, tinteros, pizarras y demás de la escuela, de los utensilios de los obradores y del alivio de los hierros y cepos de los reclusos—; de los *capataces de brigada* —vigilantes inmediatos de los reclusos—; y de los *cabos de vara* (11), figura tan importante

(9) Véanse los arts. 84, 85 y 86, con sus 16 largos apartados, y júzguese no sólo de la calidad del texto sino también de la claridad de conceptos.

(10) Reclusos encargados de presenciar las compras, confección y distribución de los suministros de víveres.

(11) La R. O. de 6 de mayo de 1860, a fin de evitar evasiones, dispuso que el nombramiento de los cabos de vara los hiciera la Junta Económica. Posteriormente por R. O. de 7 de julio de 1881, de don Venancio González, el nombramiento lo hizo la propia Dirección General de Establecimientos Penales. Y él mismo, por R. O. de 30 de diciembre de 1885, los suprimiría creando los celadores. La orden decía: «La actual organización de los Establecimientos penitenciarios está llamada a sufrir radicales y profundas modificaciones a medida que los desahogos del Tesoro Público permitan llevar a la práctica los adelantos ya ensayados con éxito en las naciones más cultas. Pero mientras ese momento no llegue, se hace forzoso utilizar la reforma sin gravar el presupuesto ni ocasionar perturbación en los servicios.

Entre los funcionarios que deben desaparecer, al menos con el carácter que hoy tienen, hállese, en primer término, los llamados cabos de vara de los Presidios, pues repugna considerar como agente de la Autoridad a un individuo que, por pertenecer a la clase de presidiarios, carece del prestigio

que el propio Reglamento dijo que de su elección depende la tranquilidad y sosiego del establecimiento, porque en verdad no hay escolta, ni vigilancia más eficaz y positiva, ni elección que deba encomiarse más a los comandantes.

A los presidiarios les reconoció un socorro diario de 32 maravedises, de los que dos, calificados como sobras (13), los percibían en mano los jueves y domingos. Entre las obligaciones que debían observar *dentro y fuera de los depósitos y presidios* estaba el de ocuparse, sin derecho a retribución, de los trabajos que les encomendaren, si bien dispuso de un sistema de incentivos si con su industria alcanzaban determinados rendimientos, más 10 maravedises diarios por cada aprendiz que enseñaren. Como justificación de los ahorros, todos los meses se les entregaban unos *abonarés*, especie de duplicado de la libreta de ahorro, para su comprobación (13). Se les reconocía el derecho a usar de agua, vasijas, toallas, cepillos, peines, tijeras, sastre, barbero, lavandera y todo lo necesario para su aseo personal, así como el desempeñar por turno el oficio de rancheros y cuartereros. Como obligaciones expresas estaban las de reemplazar, a su costa, el utensilio extraviado o roto; el no poder vender ni conservar depósitos de vino,

indispensable para merecer el respeto y la obediencia de los penados. No es, sin embargo, hora todavía, de sustituir o reemplazar a esos empleados, que en lo sucesivo se denominarán *celadores*, en la forma que han de proveerse los demás cargos de los establecimientos de corrección, como quiera que las circunstancias aconsejan atenerse a un plan de severas economías. Mas si esto no es por ahora posible, debe al menos procurarse descargar a la Dirección General de la enojosa tarea de hacer los nombramientos de los celadores, ya que para evitar las complicaciones que en sus oficinas viene a originar la remisión periódica de las relaciones y de las hojas histórico-penales de los confinados, ya también porque, a pesar de aquellos datos en extremo deficientes, no podía la Dirección General tener la seguridad de haber designado al presidiario más apto y que mayores pruebas de arrepentimiento hubiere ofrecido durante el tiempo de su condena.

La experiencia, por otra parte, ha demostrado que ya se facultase a los Comandantes de los Presidios, ya a las Juntas económicas, ya, finalmente, a la Dirección General del ramo para designar a los celadores, siempre han ocurrido abusos lamentables que interesa corregir y extirpar de raíz, y esto sólo podrá conseguirse modificando en absoluto el sistema de las propuestas.

Un doble propósito, pues, persigue la presente disposición: autorizar a los Gobernadores civiles de las provincias para nombrar a los celadores de los Establecimientos penitenciarios, y variar radicalmente la manera de formalizar las propuestas de los confinados más acreedores por sus condiciones especiales para aspirar a aquel cargo.

En su consecuencia, S. M. la Reina (Q. D. G.), Regente del Reino, ha tenido a bien acordar lo siguiente:

1.º En lo sucesivo los Gobernadores civiles de las provincias en que radiquen los Establecimientos penitenciarios harán los nombramientos de los celadores de los mismos, con sujeción a la oportuna terna, y observando las prescripciones vigentes, en especial las Reales Ordenes de 6 de mayo de 1860 y de 7 de julio de 1881, en cuanto no se opongan a la presente...».

(12) Véase la similitud en el dinero de bolsillo, asignación de gastos de la Ley de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad alemana actualmente vigente, de 16 de marzo de 1976.

(13) Dinero de «alcance» que se conservaba en la caja como depósito sagrado, con absoluta separación de los fondos del establecimiento.

aguardiente y licores (pero sí beber vino en las comidas): el no poder tener naipes, dados; tabas ni otra especie de juego en que pudiera mediar el interés; el no poder pintar, tiznar o escribir en paredes, puertas u otros puntos del establecimiento, además de no poder contraer matrimonio sin licencia expresa del Director General.

Para la corrección de los desgraciados *jóvenes presidiarios* a quienes la orfandad, el abandono de los padres o la influencia de las malas compañías lanzó en la carrera de los crímenes, antes de que la experiencia les haya revelado los males que causan a la sociedad y a sí mismos, dispuso vivieran reunidos en locales separados de los adultos.

Cuidó, con extremado detalle, la Real Ordenanza de las condiciones que habían de reunir los edificios, recomendando que, si se construyeran de nueva planta, pudiera vigilar el comandante desde su habitación todos los departamentos y oficinas del presidio (14): Los dormitorios serían largos y espaciosos; las cocinas económicas; en los patios habría estacas para colgar los petates; los calabozos (tanto el de pan y agua como el de soledad) serían secos, ventilados, con buenas rejas y puertas; los almacenes de dos clases: unos, destinados a vestuario, equipo, hierros y demás útiles del establecimiento; y los otros, para maletas, cofres y equipajes; los obradores se colocarían de forma que estuvieran inmediatos los que tuvieran cierta analogía (15); y las enfermerías estarían situadas en habitaciones altas, con cocinas, aposentos y terrazas, advirtiendo con especial énfasis de que tuvieran al menos una camilla cubierta y decente para conducir los enfermos al hospital.

La *asistencia espiritual* quedaba garantizada por un capellán (*retirado* del Ejército o la Armada) en cada presidio, que debería vivir, a ser posible, dentro del mismo. Sus obligaciones consistían en cuidar del cumplimiento pascual de todos los que habiten en el presidio; explicar la doctrina cristiana, suministrar los sacramentos, auxiliar a los condenados a la pena de muerte, visitar a los enfermos, cuidar del

(14) Véase la influencia del panóptico de Jeremías Bentham.

(15) Por su interés indiscutible, transcribimos los siguientes artículos:

Art. 145. «Cómo pueden ser destinados a los presidios artistas extranjeros, se procurará con todo esmero introducir en los obradores la fabricación de artefactos que no se conozcan en el país, y se les estimulará con premios a fin de fomentar por este medio la industria nacional».

Art. 146. «Para el establecimiento, conservación y fomento de los obradores no se destinarán fondos del Real Erario, sino los productos del fondo económico, que debe formarse en cada presidio de las economías y ganancias de los artículos que se elaboren en él».

Art. 147. «A fin de estimular por todos los medios posibles la aplicación de los presidiarios, dispondrá el comandante que en los días de la Reina, mi Augusta Hija, que se expongan al público en el mismo presidio las mejores obras de los confinados, aunque sean de papel, palma, esparto, mariscos, corcho, paja u otra cualquiera materia, con tal de que tengan algún mérito; bien entendido que han de haberlas visto ejecutar los jefes del establecimiento; y pasado el día de la exposición se devolverán a los presidiarios en los mismos términos que las presentaron, pudiendo venderlas como quieran y utilizarse de su producto».

enterramiento en lugares distintos de los presidiarios fallecidos, y cuidar especialmente de los confinados jóvenes (16).

La *asistencia facultativa* recaía en médicos-cirujanos, *retirados* del Ejército o la Armada, a los que se recomendaba residieran dentro o cerca de las enfermerías. Sus obligaciones eran sustancialmente las relativas a la salud e higiene de personas, locales y utensilio, «así como de las vasijas en que coman y beban los presidiarios, especialmente las de cobre.

Curiosamente reguló la Real Ordenanza la administración de un fondo económico, creado en todos los presidios, que se nutría de los beneficios del cambio de moneda, de las ganancias por ventas de productos fabricados, de los ahorros de combustible y alumbrado, además de las rebajas de rancho. Con él pretendió cubrir los costes de adquisición de los objetos de culto, gratificaciones y gastos en las escuelas, compra de utensilios y enseres y comidas extraordinarias a la población reclusa los días de Navidad, Purísima Concepción, onomástica del Rey y la Reina, primero de año, Pascuas de Resurrección, Pentecostés y Corpus Cristi.

La *parte tercera*, dedicada al régimen económico y administrativo de los presidios, previó la rendición de cuentas por materias: sueldos, gratificaciones, socorros, subsistencias, vestuario, hospitalidad, utensilio, conducciones, hierros, edificios, gastos de escritorio y las extraordinarias y eventuales que ocurran.

Por último, la *cuarta parte*, dedicada a «Materias de justicia relativas a los presidios», expresión afortunada de un presentido Derecho penitenciario, la dividió en dos partes (títulos) bien diferenciadas: la primera, relativa a las normas de cumplimiento de las penas (ingresos, cumplimiento de las penas, premios y rebajas, licenciamientos y alzamientos de retenciones), y la segunda, a la parte disciplinaria, cuestiones de competencia e indultos.

Muchos y muy importantes *avances* contiene esta parte final de la Ordenanza. De momento —y esto es importante decirlo—, garantizó las formas de ingreso obligando a los comandantes a exigir, para dar entrada, de una certificación fehaciente de la condena y su inscripción en un libro de registro (17) de filiaciones, que habría de tener espacios para ir anotando durante el cumplimiento de la condena y, a juicio del jefe del establecimiento, la conducta que observen, su aplicación al trabajo, sus costumbres y las vicisitudes que ocurran hasta expedirle la licencia de cumplido. Demostró el legislador su tremendo conocimiento profesional al disponer (18) que si faltase en el testimonio o certificado de la condena alguna de las particularidades expresadas en el artículo anterior (certificado en papel sellado; copia a la letra de la sentencia; delito, sus circunstancias; nombre y apellidos, corregi-

(16) El artículo 163 reconocía a la Purísima Concepción como Patrona de todos los presidios españoles.

(17) Vid. Regla 7, 1) de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Ginebra, 1955.

(18) Vid. art. 290.

miento, patria, vecindad, estado, edad, padres, y oficio del procesado; si lo es por primera vez o reincidente; si resultan bienes embargados, expresándolos, o en su defecto que es pobre de solemnidad, autorizado todo ello por el escribano o secretario) «requerirá un segundo certificado reducido a salvar las faltas del primero, al que se unirá», con lo que acabó con las polémicas de devoluciones de testimonios y certificaciones a las autoridades judiciales para su corrección. Dio la oportunidad a los condenados solventes, para no ser gravosos a la Real Hacienda, de renunciar a los socorros y consignaciones alimenticias y de vestuario. También dispuso de un *sistema estadístico mensual doble* para información de la Dirección General y de los Subdelegados de Fomento.

En cuanto al modo de cumplimiento de condenas tuvo aciertos geniales. Ordenó que no hubiera presidiarios rebajados o destinados al servicio doméstico o que gocen de libertad morando en casas particulares (irregularidad tradicional de las cárceles españolas, denunciada de siempre, que demandó la figura penal de la infidelidad en la custodia de presos y penados); prohibió a los jefes de presidio dispensar rebajas, alzar retenciones, conceder conmutaciones, indultos o licencias temporales, si bien abrió la puerta a «casos raros» como locuras permanentes, decrepitud extremada, ceguera y otras semejantes para los que permitió la elevación de los oportunos expedientes al Director General por conducto de los Subdelegados de las provincias, para la consideración Real. También mantuvo en vigor las Reales Ordenes de 8 de marzo de 1774, 25 de diciembre de 1816 y 14 de octubre de 1819, que permitían, a los clérigos y religiosos condenados, cumplir en conventos, hospitales y prisiones eclesiásticas (19).

En materia de premios permitió la elevación de propuestas, debidamente documentadas, a través de los Subdelegados y Director General de los presidiarios que «por su mérito particular o trabajo extraordinario, arrepentimiento y corrección acreditada debieran de ser atendidos con rebajas de tiempo», figura ésta que, eminentes juristas, califican como antecedentes de la redención de penas por el trabajo y la libertad condicional actuales. De cualquier manera, la exigencia de no elevar las antedichas propuestas a la consideración de Su Majestad sin haber cumplido la mitad de la condena; el tope máximo de la tercera parte del tiempo total (de conformidad con la R. O. de 16 de junio de 1830); la no aplicación, desde luego, a los penados con cláusula de retención; la recomendación de que la formación del expediente propuesta de rebaja se haga con la debida anticipación y el cuidado de su publicación en las onomásticas de los miembros de la familia real, nos hacen también a nosotros, adherirnos a tal parecer.

En cuanto a los licenciamientos, la única diferencia fundamental con la legislación actual vigente, consiste en la exigencia de su solicitud de la Dirección General, pues la cláusula de que los presidiarios excarcelados en Africa no pudieran residir en la Corte, o sus inmedia-

(19) Vid. art. 299.

ciones, hasta pasados cuatro años, salvo los naturales y residentes en Madrid, fue posteriormente derogada.

Por lo que al alzamiento de las cláusulas de retención respecta, es curioso y significativo señalar cómo la Reina se reserva para sí, en exclusiva, esa prerrogativa, precisando solamente para concederlo un informe favorable de la Junta Económica, cursado por vía reglamentaria.

Las normas disciplinarias presentaban las siguientes características:

1. Excesiva minuciosidad y dureza en materia de deserciones.
2. Falta de graduación o limitación en los castigos que podían imponerse: palos; azotes; reagravación de hierro; encierro durante el día y noche; calabozo; privación de alimento, reduciéndolo a pan y agua por algún tiempo moderado; aumento de trabajo y retardación del alimento hasta concluir su tarea para los holgazanes; y la mordaza o la argolla en el patio, «de modo que sean vistos pero no mofados por los demás de su clase» para los indecentes que abusen de palabras o gestos.
3. Limitación del uso de la prisión solitaria (calabozo) para los que cometieren delitos (excesos), los reincidentes y aquellos que cometieren faltas graves.
4. Posibilidad de traslado de los incorregibles a los presidios de Africa, previo expediente y aprobación del Director General.
5. Creación de un Consejo de Disciplina, compuesto por los vocales de la Junta económica, encargado de calificar y sancionar las infracciones «sin perder de vista que el objetivo principal de toda disciplina es precaver los delitos».
6. Previsión de alzamiento de castigos en ocasiones determinadas, como en las onomásticas de la Reina y sus descendientes, y Semana Santa.

Finalizaba la Real Ordenanza, después de prestar atención a la aplicación de los indultos y otras cuestiones de tangencial relevancia con la materia penitenciaria, con dos preceptos meritorios: el que autorizaba al Director General a nombrar jefes de su confianza para visitar los Presidios (antecedentes de los inspectores de los servicios de prisiones), y el que recomendaba la enseñanza primaria para adultos analfabetos por entender que «la mejor corrección de los penados consiste en facilitarles la instrucción de la que por lo general carecen».

Así era, esquemáticamente, la famosa Ordenanza de Javier de Burgos, obra que no dudaríamos en calificar de auténtico monumento jurídico-penitenciario, porque, en sus bien aprovechados 371 artículos, pudo contener a la primera ley penitenciaria nacional, su reglamento de aplicación (piénsese que el titulado Reglamento para la aplicación de la Ordenanza tardó diez años en promulgarse), más el complementario orgánico y funcional.

Desgraciadamente nuestros investigadores no le han prestado la atención que merecía, pese a llevar en sus entrañas todo un inmenso tesoro de posibilidades, que el tiempo, indefectiblemente, confirmaría.

No obstante, por ser una obra humana, distó, en buena medida, de alcanzar el cénit. de la perfección. En este aspecto no debemos ocultar que tuvo innegables *defectos*, entre los que cabe destacar: el alto porcentaje de articulado que no llegó a tener operatividad, aunque ello debido más a causas socioeconómicas; que jurídicas; la tendencia equivocación de asignar la presidencia de las Juntas Económicas a los subdelegados de Fomento, o a los Gobernadores de los territorios africanos (20), dejando la vicepresidencia a los comandantes de los presidios; lo que a la larga no sería más que causa de fricción y desconcierto; la atribución del comisariado de revistas a personas ajenas a la propia administración presidial; el hacer depender a la Dirección General de Presidios de la Secretaría de Estado y del Despacho de Fomento General, de conformidad con lo dispuesto en el Real Decreto de 9 de noviembre de 1832; el articular todo el procedimiento jurídico-administrativo que implica la ejecución de las penas privativas de libertad a través de las vías provincial y central, impidiendo la inmediatividad de relaciones entre los presidios y las autoridades judiciales; la indiscutible dureza de la parte disciplinaria, si bien disculpable si enmarcamos la situación presidial dentro del entorno penal de la época, etc., etc.

A raíz de la promulgación de la Ordenanza General se produjeron las naturales fricciones y resistencias por la ocupación del espacio administrativo asignado a la Dirección General de Presidios, cosa comprensible si se tiene en cuenta la débil posición de ésta y su necesidad de actuar entre los grandes poderes fácticos representados por los Ministerios de Justicia, Gobernación y Fomento.

La respuesta de nuestro Director General al Gobernador de la Sala del Crimen de la Real Audiencia de Zaragoza, ante su alarma por las numerosas fugas de penados trabajadores en un empresa concesionaria de las obras del Canal de Castilla, en el sentido de no tener por aquellas fechas autoridad sobre la custodia de los penados de ningún establecimiento y aún menos de los consignados a empresas particulares, que dio lugar a la R. O. de 24 de septiembre de 1834, en la que se le reconoció toda la precisa, a la vez que se le encomendó la adopción de las medidas convenientes para resolver la situación.

— La colisión habida entre el Gobernador Civil y el jefe del presidio de Sevilla con el Ordenador militar y el Juez de rematados, ante un caso de negativa de admisión de dos confinados de aquella ciudad, que originó la R. O. de 13 de agosto de 1835, poco clarificadora, en la que salieron contrariados los primeros.

— El colapso económico sufrido por la supresión de fondos a nuestros presidios por parte del Ministerio de Hacienda a partir del 1.º de enero de 1836 y que propició la R. O. de 20 de enero del mismo año, urgiendo soluciones para resolver la situación, a la vez que requería la constitución de Juntas Económicas donde todavía no las había.

(20) Artículo 83.

— Y, por último, la prevención habida a los Gobernadores civiles y a los Jefes de los Presidios, por R. O. de 13 de julio de 1836, en el sentido de que se abstuvieran de cumplir toda disposición que no recibieran por conducto de la Dirección General, salvo lo previsto en el artículo 362 de la Real Ordenanza (21).

Además de las dificultades reseñadas fueron surgiendo otras de muy diversa naturaleza, derivadas tanto de la falta de edificaciones como de trabajo, eso sin contar con las atribuibles a deficiencias funcionales y estructurales.

En efecto, a pesar de lo dispuesto en los artículos 4.º al 9.º de la Real Ordenanza General de Presidios sobre la creación de depósitos correccionales en cada capital de provincia y de la demarcación por cada presidio peninsular, es lo cierto que tal arreglo sólo se hizo desde el papel ya que por aquel entonces se carecían de los establecimientos previstos (22). Prueba de ello fue la Orden Circular de 16 de no-

(21) Art. 362. «En el caso de declararse en estado de guerra o de hallarse gravemente alterada la tranquilidad pública en alguna provincia o distrito en que existan presidios de cualquier clase, quedarán éstos a disposición de la autoridad militar en todo lo relativo a su colocación y custodia».

(22) Real Ordenanza General de Presidios. Sección 2.ª. De los puntos en que se deben de establecer los presidios.

Art. 4.º Los depósitos correccionales residirán en las capitales de provincia, donde los hay en el día, y en Palma de Mallorca, Badajoz, y Pamplona, donde se establecerá desde luego, sin perjuicio de establecerse también en las demás capitales donde se crea conveniente.

Art. 5.º Habrá presidios peninsulares con entera separación de los depósitos correccionales, en Barcelona, Valencia, Granada, Sevilla, Valladolid, La Coruña y Zaragoza.

Art. 6.º La demarcación de cada presidio peninsular se arreglará en la forma siguiente:

1.ª La del presidio de Barcelona, abrazará todos los pueblos comprendidos en las provincias de Barcelona, Lérida, Gerona y Tarragona.

2.ª La del de Valencia, los de las provincias de Valencia, Castellón, Alicante, Murcia, Albacete y Cuenca.

3.ª La del de Granada, los de las provincias de Granada, Almería, Jaén, Málaga, Ciudad Real, y los de la de Toledo, situados a la izquierda del Tajo.

4.ª La del de Sevilla, los de las provincias de Sevilla, Huelva, Cádiz, Córdoba, Badajoz y Cáceres.

5.ª La del de Valladolid, los de las provincias de Valladolid, Oviedo, Avila, Burgos, León, Zamora, Palencia, Salamanca, Soria, Logroño, Segovia, Santander, Guadalajara, Madrid, y los de la provincia de Toledo situados a la derecha del Tajo.

6.ª La del de La Coruña, los de las provincias de Coruña, Lugo, Orense y Pontevedra.

7.ª La del de Zaragoza, los de las provincias de Zaragoza, Huesca, Teruel, Navarra, Alava, Vizcaya y Guipúzcoa.

Art. 7.º Los penados de primera clase de las Islas Baleares cumplirán su condena en el depósito correccional de la capital, y los de la segunda y tercera en los presidios de Barcelona y Africa.

viembre de 1834, del Director General D. José Virués y Espínola, por la que se dirigió a los Gobernadores de provincias en demanda de ayuda para la búsqueda de colegios y conventos susceptibles de ser habilitados para presidios, advirtiéndoles que «en el maximum, no pueden nunca pecar por grande, y en minimum no debe aceptarse ninguno que sea capaz de menos de trescientos presidiarios», lo que da idea de las dificultades de entonces.

Siguiendo el orden de escollos, no sería ocioso apuntar que, pese a las previsiones hechas en pro del empleo total y gratuito de la mano de obra reclusa en obras públicas tales como arreglo de montes, canalizaciones de ríos, protección de caudales, construcción de pantanos, puentes y vías de comunicación, etc., en la mente de D. Javier de Burgos y sus colaboradores estuvo siempre presente el temor de no alcanzarlas, lo que se deduce de la expresión «y no habiendo trabajo de estas clases» del artículo 12, y de lo expuesto en la sección segunda del Título IV sobre los Obradores (talleres) de las prisiones (23).

El objetivo preferente de la política penitenciaria fue el empleo de los confinados en las obras públicas, como claramente quedó expuesto en los artículos 11, 12, 13 y 17 de la Real Ordenanza del 1834. El utilitarismo penal decimonónico no pudo caer en la contradicción de pretender la explotación de los presidiarios en los talleres de prisiones inexistentes. Lógicamente, sus esfuerzos se orientaban por el camino del empleo en las grandes obras que permitieran la ocupación de un gran número de condenados. Prueba evidente es la R. O. de 2 de marzo de 1843, en la que brevemente nos detendremos.

La R. O. de 2 de marzo de 1843 fue un complemento adicional a la Ordenanza General de Presidios, encaminada a regular el régimen de los destinados a trabajos en obras públicas. Texto breve; a veces

Art. 8.º En Badajoz y Pamplona podrá haber destacamentos de otros presidios peninsulares, si la necesidad lo exigiese; pero siempre con la separación prevenida.

Art. 9.º Por regla general, todo penado con destino a presidio de segunda clase cumplirá su condena en otro distinto de aquél en cuya demarcación tenía su vecindario o familia.

Art. 10. Habrá presidios de tercera clase en Ceuta, Melilla, Alhucemas y Peñón de Vélez de la Gomera, en Africa.

(23) Es muy posible que a pesar del espíritu de la Real Ordenanza varios millares de confinados no llegaran nunca a trabajar en las obras públicas. Así parece deducirse de la ingente demanda de presidiarios para fines muy particulares que dio origen a multitud de Reales Ordenes limitando estas concesiones y protegiendo a los penados de aquellas personas que en todos los tiempos tratan de aprovecharse de los encarcelados. En este sentido, entendemos la R. O. de 14 de diciembre de 1836 por la que la Reina Gobernadora, en contestación a una petición de un vecino de Alora, en solicitud de 25 confinados del Depósito de Málaga, para hacer un desmonte de sus tierras, acertadamente la deniega por ir en contra del «método gubernativo y económico prescrito». También es anécdota muy diferente pero significativa y digna de ser recordada, la referente a la pretensión de un juez de primera instancia de Valladolid que pretendió, abusando de su cargo, obligar a cuatro penados y un cabo de vara a levantar un patíbulo, oponiéndosele la Dirección General y el jefe político de aquella provincia y que dejó resuelta la R. O. de 20 de diciembre de 1842.

contradictorio, sin pretensiones doctrinales y de escasa altura científica debió ser, no obstante, de gran utilidad práctica.

Indiscutiblemente, entre la Ordenanza General y esta *Parte Adicional* existe un tremendo abismo como lo evidencian las diferencias de tiempo en que los respectivos textos jurídicos estuvieron vigentes. Su texto lo forman 59 artículos, repartidos en 5 títulos:

Primero. De los confinados y de los empleados y gastos.

Segundo. Del ingeniero director de las obras y del comandante del presidio.

Tercero. Del comandante de escolta.

Cuarto. Del orden que ha de observarse para la asistencia de presidiarios en las obras.

Quinto. De los confinados que se destinan a empresas particulares.

De la simple lectura de los títulos puede observarse el desorden de su distribución: Se inicia con el sistema de reclutamiento de trabajadores, su esquema organizativo y los abonos de pluses, gastos de alojamiento y transporte, para pasar a continuación al estudio de las facultades del ingeniero y del comandante, dando prioridad al primero sobre el segundo; el siguiente dedica, innecesariamente, toda su amplitud, que no es mucha, al relato de las obligaciones del comandante de escolta (jefe de la guardia exterior del destacamento); seguidamente trata con generoso detalle de las obligaciones del personal facultativo y vigilante para con los condenados, ocupando casi la mitad de la *Parte Adicional*, para terminar regulando lo relativo a los supuestos de concesión de mano de obra reclusa a contratistas particulares.

De todas maneras nuestro comentario tiene que ser, inevitablemente, desfavorable. Y lo es porque desde un principio, en su artículo primero, se empieza permitiendo la elección de los confinados para las obras públicas por los ingenieros, permitiéndoles escogerlos atendiendo a su edad, robustez y utilidad para el trabajo, bien entendido que aquellos elegidos lo estaban bajo la condición, que nos inspira resquemor, de no poder salir sin una orden especial de la Dirección General de Presidios, convenientemente avalada por el ingeniero y el comandante, lo que nos induce a pensar que los reclusos y trabajadores, al ser destinados a obras públicas, hipotecaban su futuro laboral en beneficio de los facultativos y contratistas del Ministerio de Fomento.

El poder que esta *Parte Adicional* concede a los ingenieros es irritante. Los antepone a los comandantes de presidios. Les da opción a inmiscuirse en la organización carcelaria hasta el punto de poder amenazar legalmente, si no se accede a sus pretensiones en materias tales como trabajo, rendimiento, celo, remoción de los dependientes y cabos de vara, etc., con dirigirse al jefe político provincial e incluso a la Dirección General de Presidios en queja.

Incomprensiblemente todos los confinados que trabajaban en aque-

llas obras quedaban a las órdenes de los ingenieros directores de las mismas durante las horas laborales, dependiendo en las restantes del comandante respectivo (24). Y es más, cuando el número de los trabajadores se iba reduciendo, el sistema de reemplazamiento quedaba también a expensas de la reclamación de los citados ingenieros.

En cuanto al sistema de retribución, de notoria injusticia, pese a todo, nos parece, dadas las circunstancias de la época, en cierto modo tolerable: por una parte percibían diariamente y con cargo a los fondos de las obras, doce reales diarios el comandante, nueve el primer ayudante y seis el segundo. Por la otra, y en concepto de pluses, se abonaban los siguientes: 4 reales al furriel y 2 al capataz; los peones 24 maravedises y si tuvieran conocimiento de algún oficio o arte útil y lo ejercieran en las obras, 40; y para los cabos de vara 42. A todos ellos se les rebajaban 8 para gastos de reposición de vestuario, que administraba la Junta Económica.

Por lo que a los gastos concierne, quedaba estipulado que serían de cuenta del fondo de las obras el gasto de alojamiento y el coste del transporte de efectos pertenecientes al presidio desde los cuarteles situados en la línea de las obras, al tajo o punto de la misma donde se trabaje, cuando los confinados no debían pernoctar en aquéllos; la conducción de los penados por enfermedades graves, que por disposición de los facultativos hubieran de pasar a los hospitales; el gasto de las herramientas y útiles; el de habilitación de oratorio donde se dijera la misa y en aquéllos que los presidiarios hubieren de cumplir en sus preceptos religiosos, corriendo todos los demás a cargo de la Dirección General de Presidios.

Aunque teatralmente afirmaba el artículo 14 que «la organización interior del presidio en las obras estaría a cargo de su comandante, con sujeción a la Ordenanza de Presidios», la verdad es que tanto el comandante como el ingeniero cuidaban del edificio destinado para alojamiento de los confinados y de lo relativo a su aseo y limpieza.

Los ingenieros directores de obras formaban parte de las Juntas Económicas, como vocales de las mismas, y como estaban autorizados a «vigilar y conocer en cuanto sea útil al desgraciado penado», prácticamente sus facultades eran ilimitadas (25).

El colmo del despotismo, a nuestro modesto entender, lo cubre el artículo 21, cuando dice que, «en ausencia del ingeniero director, le sustituirá en las Juntas el subalterno de graduación más inmediata, el cual se ceñirá en ella a las instrucciones que aquél le de al efecto.

Los ingenieros podían corregir las faltas leves, apelar contra las graves que cometieren los penados, e incluso denunciar ante el jefe político de la provincia, el Director General de Caminos y el Director General de Presidios (por este orden) a los comandantes que se negaran a corregir las faltas por ellos denunciadas.

Para desdicha de nuestros presidiarios las propuestas de recompensas a la Dirección General de Presidios debían hacerse por conducto

(24) Vid. art. 3.º, R. O. de 2 de marzo de 1803.

(25) Vid. arts. 20 y ss.

del jefe político de la provincia, mientras que las pecuniarias directamente a la Dirección General de Caminos, lo que nos hace suponer que de haberlas, serían más de las primeras que de las segundas.

La figura del comandante de la escolta y sus cometidos merecen totalmente nuestra aprobación, ya que fueron perfectamente delimitadas. A ellos les correspondía:

1. Disponer de la colocación de centinelas y vigilantes, tanto en las casernas y sus inmediaciones como en los trabajos.

2. Auxiliar al ingeniero director para la custodia de caudales y efectos de propiedad del Estado y cuantas disposiciones acordase tomar en las obras para su mayor orden y progreso.

3. Evitar en lo posible el roce y la familiaridad de la tropa con los presidiarios, siendo responsable del mal ejemplo y de las desavenencias a que pudiera dar lugar la conducta de sus subordinados.

4. Velar por la seguridad del presidio.

5. Responder de los efectos inventariados que se le suministren a la fuerza de su mando.

Por lo que a la organización de los destacamentos concierne el título correspondiente está dedicado a tratar de los cometidos de los ayudantes del comandante, los sobrestantes, los capataces de brigada y demás empleados del presidio.

Los ayudantes estaban encargados de recibir todas las noches del ingeniero director, o del que le sustituyera, las correspondientes instrucciones sobre el paraje a que hayan de concurrir al día siguiente las brigadas y lo que era conveniente indicarle.

Los sobrestantes eran los encargados de recoger cada mes de los capataces las listas nominales de las brigadas de su cargo, en las que constaban los pluses devengados por cada uno de ellos, a efectos de ajustes de lo ganado por cada quincena (26).

Los capataces de brigada estaban obligados a tener una relación de los individuos a su cargo, que había de servir para que los trabajos y las ventajas se distribuyeran por igual entre todos los confinados. Debían hacerse cargo de las herramientas y útiles que les entregaban los guardaalmacén; dar cuenta a los furrieles de los conducidos a las obras y de los que quedaban en los cuarteles; cuidar de que entre los confinados haya siempre el mayor orden y subordinación, evitando que se desperdicie el tiempo destinado al trabajo, «el cual debe hacerse con la mayor asiduidad»; debían responder de los daños y perjuicios que tanto en las marchas de ida y vuelta al cuartel, como durante los trabajos, ocasionen los presidiarios en las viñas, huertas, sembrados, frutales, etc.; evitar que mientras se hallen sus brigadas en el trabajo se aproximen sin licencia persona alguna, bajo ningún pretexto, a distraer a los confinados, ni menos a vender cualquiera especie de

(26) Vid. arts. 32 y 37.

bebidas; celar por los trabajos; evitar el juego; impedir que las brigadas se detengan en las cantinas; etc. (27).

Interesante, por su realismo y sentido de la anticipación, fue su artículo 52, en el que se decía: «para que las obras puedan progresar de un modo regular y conveniente, y los penados tengan mayor estímulo en contribuir a este objeto, el ingeniero, en los casos que así convenga y la clase de obras lo permita, calculará y señalará destajos proporcionados en que los confinados encuentren la retribución correspondiente en el aumento de plus» (28).

Por último, al tratar de las posibilidades de que los presidiarios puedan ser destinados a trabajar en empresas particulares, se advierte en la normativa la poca ilusión que esta modalidad inspira, limitándose a señalar que, caso de ser autorizados, lo serían bajo las bases establecidas en la parte adicional, lo que implicaba la repetición de las facultades en los ingenieros inspectores de obras y el consiguiente sistema retributivo y económico.

El corto interés que demostró la Parte Adicional sobre la concesión de presidiarios a particulares y empresas privadas no fue casual. Todos cuantos por aquella época quisieron reformar las prisiones del Reino, sabían que, de entre los males que las aquejaban, uno de los más ostentosos era la notoria falta de formalidad que había en el cumplimiento de las penas. Era tal el cúmulo de posibilidades de eludirlas, bien gestionándose, por las vías más insospechadas, alguna rebaja penal, bien procurándose pases de rebaja presidiables, bien por otros procedimientos, a cual más rocambolescos, que tuvieron que optar por la búsqueda de soluciones generales y estatales, eludiendo las particulares y privadas.

Detengámonos a considerar alguna de esas corruptelas.

Las rebajas de condena venían a ser reducciones del tiempo fijado en la sentencia condenatoria y estaban previstas y reguladas en la Ordenanza General para casos (méritos) «particulares o trabajos extraordinarios, arrepentimiento y corrección demostrada», persistieron, pese a los esfuerzos limitadores, hasta la Ley de Indulto de 1870.

Los premios-rebaja podían concederse tanto por méritos individuales como por pruebas de corrección y progresos en las artes y oficios. Las condiciones para su otorgamiento, cuya facultad se reservaba la Corona, eran:

1. Informe favorable del jefe del presidio, que si lo estimaba oportuno lo acompañaba con el de otras autoridades y terceras personas, además del de la Junta económica.

(27) Vid. arts. 33 y ss.

(28) El sistema de retribución a tanto la pieza, también conocido como de destajo, ha tenido desde entonces una clara supervivencia hasta el punto que hoy en día se practica habitualmente. El párrafo segundo del art. 140 del vigente Reglamento de los Servicios de Prisiones dispone que «los trabajos que deban ser retribuidos por el sistema de «a tanto la pieza» se liquidarán al precio que acuerde el Consejo Rector (de Trabajos Penitenciarios). Esta retribución por unidad producida no podrá ser inferior al 75 por 100 del importe abonado por la industria libre».

2. Copia del libro-registro de Mayoría en el que constaban por cada sentenciado su nombre, apellidos, señas particulares, circunstancias de la condena, época en que empezó a cumplirla, ocupación en el establecimiento, juicio del comandante, conducta observada, aplicación laboral, costumbres y un extracto de las vicisitudes ocurridas hasta el momento.

3. Haber extinguido la mitad de la condena sin nota desfavorable.

4. No exceder la rebaja solicitada de la tercera parte «aun cuando reúna muchos motivos para concederla».

5. No tener aplicada cláusula de retención alguna (salvo que llevaran diez años cumplidos en cuyo caso se tendrían presentes todos los motivos para alzársela).

6. No haber desertado (29).

La tramitación de los expedientes era muy sencilla: preparados con la oportuna antelación (30), se proponían por conducto del subdelegado de Fomento al Director General de Presidios (31). Una vez concedidas por la Reina Gobernadora y para satisfacción de los interesados y estímulo de los demás, eran publicadas en las onomásticas de la Reina o en la de sus legítimos sucesores.

A la vista de su regulación, verdaderamente progresiva, y en la que tantos autores han querido ver el antecedente originario de las actuales redenciones de penas o, incluso, de la libertad condicional, parecía que el porvenir de las famosas rebajas estaría asegurado. No fue así por la poca escrupulosidad que hubo en su manejo y concesión.

Gracias a la Ordenanza General, al menos se exigió algún informe penitenciario para su concesión, porque hasta entonces, y ello lo decimos en base a lo ordenado por la Circular de 24 de octubre de 1834 de la Dirección General, se hacían llegar peticiones a S. M. sin el informe del jefe del presidio y sin la copia del testimonio de sentencia. En la misma línea de exigencia de formalidades a cubrir en la tramitación de los expedientes de indulto, rebajas y alzamientos de retención, está la R. O. de 10 de enero de 1835 del Ministerio del Interior. Y aquella otra, de 30 de mayo del mismo año, previniendo que no se aplique rebaja alguna en los presidios del Reino sino en virtud de Real Orden especial de dicho Ministerio (32). El Real Decreto de 16 de abril, también fijando reglas para la concesión y aplicación de indultos, premios y rebajas.

A tal punto llegó la relajación que por R. O. de 14 de junio de 1836 se dispuso, a raíz de una consulta del Director General de Presi-

(29) Vid. arts. 295 y 303 al 308 de la Real Ordenanza General de Presidios.

(30) Art. 307 de la misma Ordenanza.

(31) Art. 303 de la misma Ordenanza.

(32) Esta Orden tuvo su origen en la propuesta del Gobernador de la Real fortaleza de la Alhambra de Granada a favor de la brigada de presidiarios destinados a la conservación y mejora del Real Sitio para que se les rebajase a todos un tercio de sus condenas.

dios sobre varias concesiones de gracias a presidiarios de las que no tenía noticia, que, en lo sucesivo se comunicaran todas las concesiones «que pudieran ocurrir en los demás Ministerios o en los Tribunales» al Ministerio de Gobernación, por interesar así al buen orden y al más breve cumplimiento de las soberanas disposiciones (33).

De la facilidad de hacerse con rebajas de condena hay muestras muy sabrosas, por ejemplo, la Circular de 10 de abril de 1838 a los jefes de los presidios comunicándoles que por R. O. del 2 del mismo mes se ordenaba que los sentenciados a Ultramar, que no hubieren ido a su destino, cumplieran el tiempo de su condena sin rebaja, en los presidios de la Península donde se hallaren; y la de 19 de diciembre de 1839 aclarando que los cabos de vara que por algún tiempo desempeñaren su cargo a satisfacción de sus jefes, tenían derecho a ser propuestos para rebajas, según la R. O. de 3 del mismo mes (34):

Que no debieron cortarse los abusos lo demuestra la R. O. de 18 de julio de 1840 insistiendo en la falta de formalidades observadas en la tramitación de los expedientes de rebajas e indultos; la Circular de 19 de abril de 1842 recomendando el cumplimiento del artículo 297 de la Ordenanza; la de 6 de febrero de 1844 ordenando que a la solicitud de rebaja se acompañe la hoja histórico-penal del suplicante; la de 26 de febrero de 1846 reiterando las formalidades y ordenando se remitan tantos expedientes como Tribunales Sentenciadores, y la de 20 de mayo de 1846 insistiendo en el cumplimiento de las formalidades previstas.

La cúspide del desconcierto la marca, a nuestro juicio, la R. O. de 6 de julio de 1846 dictada a raíz de una manifestación del Director General de Presidios en el sentido de «señalar los inconvenientes que se originan con los indultos y rebajas de condenas que se conceden por cualquiera Secretaría de Despacho» sin que le sean comunicadas a través de la de Gobernación.

A partir de mediados de siglo, el torrente normativo empieza a disminuir ostensiblemente respecto del tema de las rebajas penales, ora por efecto del nuevo Código penal, ora por las innovaciones administrativas, ora por la potenciación de la vía paralela de los indultos, ora por las nuevas corrientes doctrinales penales, es lo cierto que esta corruptela, nacida más de la torpe venalidad e indolencia, que de una desconsideración a la Justicia, fue agotándose hasta el punto de no encontrar clima propicio en los años sucesivos.

Parecida trayectoria tuvieron los pases de rebaja expedidos por los comandantes de presidios y jefes de cárceles, en virtud de los cuales los penados dedicados al servicio doméstico o en destinos de confianza vivían fuera de los recintos penitenciarios.

(33) Al Ministerio de Hacienda hubo que recordarle la R. O. de 14 de junio de 1836, un mes más tarde.

(34) El conceder el derecho de rebaja a los cabos de vara sin otro requisito que el cumplir a satisfacción de sus jefes, puede ser una de las causas del desprestigio de estas figuras híbridas, mitad funcionarios mitad presos, y de sus abusos.

Aquí la Ordenanza General fue más tajante que con las rebajas penales. No se contentó con la limitación de las licencias de salida sino que las prohibió totalmente diciendo: «no habrá presidiarios rebajados o destinados al servicio doméstico que gocen de libertad morando en casas particulares, aunque dejen el pan y el prest, pues todos han de cumplir sus condenas en el presidio con sujeción a su gobierno y disciplina» (art. 279) (35).

Este precepto, lógico y consecuente con la existencia de un sistema penitenciario como era el de aglomeración y clasificación, no traía nada nuevo. La Ley 8.ª, Título XXXVIII, Libro XII de la Novísima Recopilación ya lo dispuso: «Mandamos a los nuestros Alcaldes que no consientan que el que fuere carcelero venda pescado ni carne a los presos, ni se sirva de ellos; y que si lo ficiere, lo castiguen; y ansimismo, *que si hallaren que da licencia a los presos que vayan a dormir a sus casas sin su licencia, lo castiguen*».

El uso contra ley surgió, hay que reconocerlo, de la Ley 29.ª, vigesimonovena, también de la Novísima Recopilación, al permitir tal favor para los reclusos por delitos no exceptuados. Allí se podía leer: «He tenido a bien resolver que punto general, *que los criados de los militares de cualquier clase, que gocen del fuero de Guerra, y se les ponga presos por delitos no exceptuados, sean mantenidos en la prisión por sus amos*; pero si éstos no lo hicieren, o los despidieren de su servicio, quedarán aquéllos desde luego desaforados, y se entregarán a la Justicia ordinaria, a fin de que conozcan y determinen sus causas.

Unase a ello otras concausas derivadas de la práctica inveterada, por parte de los jefes de las prisiones, de usar como sirvientes domésticos a penados en principio destinados para labores de régimen interior que, a base de ir prolongando y distorsionando sus servicios, acabaron por ser cuidadores de sus guardianes; de la falta de formación jurídica y profesional de los mismos, acostumbrados a considerar su puesto como oficio adquirido o heredado sin más dependencia que la fidelidad con la autoridad concesionaria; la menos probable, pero posible, lenidad en el cumplimiento de las obligaciones de su cargo; la influencia negativa derivada de los últimos vestigios del carcelage, etcétera, etcétera y encontraremos los hilos de tan singular tramoya.

Pero no nos engañemos, ni la Novísima Recopilación, ni la Ordenanza General, ni la copiosísima relación de órdenes y circulares pudieron atajar de inmediato vicio tan arraigado.

Muestra de lo que decimos puede ser la muy expresiva Real Orden de 30 de mayo de 1836 en la que prohíbe expresamente la existencia de penados rebajados o destinados al servicio doméstico «por los inconvenientes que pueden resultar de la inobservancia de tan prudente y justa medida» (se refiere a lo dispuesto en el artículo 297 de la Ordenanza). La de 20 de diciembre del mismo año en la que nuevamente se insistiría en que todos los confinados pasen revista en sus establecimientos presidiales, y en que no salgan de los cuarteles ninguno de ellos, si no es para ocuparse en trabajos públicos, descalifi-

(35) Art. 297 de la Ordenanza General.

cando a los *asistentes* o los dedicados con cualquier otro nombre al *servicio doméstico, de los vecinos, empleados y autoridades*, bajo la responsabilidad a que hubiera lugar tanto para el comandante como para el jefe superior inmediato de cada presidio.

De que el mal no era tan fácil de combatirlo, no ya por la fuerza de la costumbre, sino por la serie interminable de intereses creados, en los que, no cabe la menor duda, los de los empleados de los presidios no eran los más importantes (36) lo prueban las RR. OO. de 1 de julio de 1837 y 19 de enero de 1839.

Que existía una firme voluntad de acabar con estas ilegalidades no cabe la menor duda. Pero también lo era que el problema tenía sus complejidades. Esto parece indicarlo la R. O. de 30 de mayo de 1842, dirigida a los Jueces, pidiéndoles que, cuando notaren abusos en la salida de penados de sus cuarteles, lo participasen a la Dirección General *antes de dar ningún otro paso*.

A la acción ministerial le seguirían otras de la propia institución penitenciaria, como las Circulares de 13 de septiembre de 1842 y 6 de febrero de 1844, responsabilizando a los jefes de los presidios de las deserciones de los rebajados y dando instrucciones para evitarlas.

Con estas medidas y las adoptadas con las RR. OO. de 21 de enero de 1846 y 24 de enero de 1848, por las que tomaron cartas en el asunto los jefes políticos de las provincias, pudieron superarse las dificultades, si bien con la *excepción* que la R. O. de 29 de marzo de 1839 hizo para la plaza de *Ceuta*, que quedó exenta del cumplimiento del artículo 297 de la Ordenanza, «pero con la calidad de que el comandante de ese presidio proponga a V. S. (Gobernador de Ceuta) para ser rebajados a los presidiarios por *causas menos graves, próximos a cumplir y de irreprochable conducta*, y que V. S. cuide de remitir a este Ministerio y a la Dirección General de Presidios, una relación mensual de los nombres de ellos... sin que esta resolución excepcional... pueda alegarse para que se haga extensiva a ningún otro del Reino» (37).

Tanto los abusos de las rebajas penales como los de pan y prest empezaron a disminuir en la década de 1840 a 1850. A ello contribuyó eficazmente la reforma administrativa y, en especial, *la supresión de las dispensas de gracias y las enajenaciones de los empleos y cargos públicos*.

(36) Si el mal hubiere estado única y exclusivamente en los funcionarios de presidios, el acabar con la salida de los penados hubiera sido fulminante.

(37) En la R. O. de 19 de enero de 1839, además de anunciar la destitución de los empleados de los presidios que lo consintieren, requería la colaboración de los Jefes políticos, de los Alcaldes y de los Celadores de la seguridad pública, haciéndoles responsables de los abusos que notaren si no dieran cuenta para su pronto remedio y corrección.

La R. O. de 11 de enero de 1841 decía entre otras cosas que «para que desaparezca de una vez el abuso de permitir que haya confinados rebajados fuera de los cuarteles, en contravención de la Ordenanza y de varias RR. OO. vigentes, los empleados de presidios que en adelante lo consintieren, quedarán separados de sus comisiones y sujetos a la más severa responsabilidad...».

Por Cédula 13 de noviembre de 1817 (38) todos los oficios enajenados por la Corona empezaron a revertir a ella mediante el mecanismo del tanteo, aunque hubieran sido vendidos con la cláusula de perpetuos. A lo más que se les permitió a los dueños y poseedores, que quisieron continuar sirviéndolos con la tranquilidad de que ninguna persona, pueblo o comunidad se los requiriera, fue la de impetrar y obtener la concesión real «por sólo los días de su vida», previo pago de una cantidad con la que se engrosaría el crédito público, y ello con la advertencia que la expresada gracia sería sólo por esta única vez y sin posibilidad de transmitírsela a sus sucesores.

A partir de entonces empezó a declinar el mercado de los cargos y empleos públicos. Ahora bien, no sería conveniente dejar pasar por alto a nuestra atención el largo espacio que media entre la citada Cédula y sus concordantes y la R. O. de 9 de junio de 1838 por la que se mandó proceder al tanteo de todas las Alcaldías enajenadas (39). Esto es importantes y digno de tenerse en cuenta. Tuvieron que pasar, para que esta obra desamortizadora y desvinculadora llegara a las prisiones, más de veinte años lo que evidencia el escaso atractivo que tenían los puestos de jefes y empleados de establecimientos penales y el tremendo entramado de mezquinos intereses formado alrededor de los mismos.

La Cédula reconocía que «uno de los primeros obstáculos, y que más influjo tienen en el mal régimen de los establecimientos es el servicio que suele hacerse de las alcaldías por propietarios o tenientes, los cuales han tratado y tratan, generalmente hablando, de beneficiar sus plazas a costa de los pobres encarcelados, comprometiéndose a veces la buena y segura custodia, y resultando daños incalculables del sistema que siguen por su peculiar interés». Para evitarlo, y lograr un régimen bueno dispuso la introducción de las demandas de tanteo para las alcaldías de cárceles en el término de un mes; la aprobación por el Gobierno de los propietarios, tenientes y empleados subalternos; la necesidad de reunir los solicitantes para el puesto de jefes de prisión las condiciones de arraigo y fianza, moralidad, buen concepto público, carencia de antecedentes penales, ser mayor de treinta y cinco años, estar casados y saber leer, escribir y contar; y para los subalternos tener reconocida su moralidad, gozar de buena opinión pública, no haber sido procesados, ser mayores de veinticinco años, gozar de buena salud y saber leer y escribir; y la continuación en la percepción de los derechos de carcelaje (a falta de retribuciones públicas). También

(38) Vid. la Real Cédula de 11 de noviembre de 1816 declarando tanteables todos los oficios enajenados por la Corona no obstante haberse concedido con la cláusula de que no se pudieran tantear, pujar ni consumir.

(39) La palabra Alcaldes, que en principio se usó para designar a las personas nobles encargadas de la defensa de alguna fortaleza, con el tiempo quedó para designar a los jefes y empleados de prisiones. Al puesto de Alcalde se llegaba de muchas maneras, no siendo la más frecuente mediante pago del correspondiente tributo a la Hacienda Real. Detrás de muchos nombramientos lo que había eran agradecimientos reales, políticos, sociales, etc. Contra ello y a todos los niveles luchó incansablemente el Cuerpo de Prisiones.

requirió de los jefes políticos relaciones puntuales y exactas de todos los alcaides de las cárceles que hay en la capital de su provincia y en los pueblos cabeza de los partidos judiciales, expresando por quién han sido nombrados, si tienen sus plazas como propietarios o por arriendo, y lo que pagan en este caso, debiendo comprenderse en ella todos los dependientes, manifestando si hay bastante número con proporción a los presos que acostumbran a reunirse, si las dotaciones son o no suficientes y si aquéllos reúnen la aptitud y demás circunstancias requeridas para servir sus cargos a satisfacción (40).

Tan acertadas disposiciones no pudieron llevarse a la práctica por falta de recursos suficientes en los municipios para tantear a los antiguos y vinculados alcaides y servidores. Pasaron más de seis meses para que el Ministerio de Gobernación dictase la R. O. de 12 de enero de 1839 dando como remedio la solicitud de ayuda económica a las Diputaciones, las cuales posteriormente se reintegrarían equitativamente y proporcionalmente de las respectivas corporaciones municipales de los desembolsos efectuados. Un año más tarde, el 26 de enero de 1840 se sancionaría una R. O., magnífica, justa y adecuada a su momento histórico que, como veremos más adelante, fue el palpito intuitivo o el presentimiento hecho norma, de la necesidad de ir concibiendo un cuerpo de profesionales para el servicio de las prisiones que tanto se anhelaban mejorar. En su exposición de motivos se reconocía que entre los vicios que más llamaba la atención dentro del mundo de las cárceles estaba el de «la falta de los requisitos y cualidades necesarias para cumplir sus deberes en las personas encargadas del régimen de las prisiones; el derecho adquirido por algunos particulares de nombrar los alcaides con pocas restricciones y con escasa intervención del Gobierno; la estrechez o mala distribución de los edificios, impropios para llenar los objetos que se han propuesto las leyes; la nulidad de los sueldos, sin los cuales vanamente se intentará mejorar el sistema carcelario, y menos establecer el penitenciario y correccional, de modo que basten a reformar las costumbres y a prevenir la repetición de los delitos».

Deseando acabar con los focos de corrupción e inmoralidad que representaban las prisiones se procedió el 5 de marzo de marzo de 1838 a la fijación de las primeras bases para la reforma total, encomendándose a una Comisión especial la formación de un Reglamento de Cárceles con cuya observancia se asegurase la conveniente distribución de los edificios destinados a ellas, de modo que estuviesen completamente separados los reos de diferentes delitos, los detenidos y confinados, y los de distintos sexos y edades, sin olvidar las enfermerías y talleres.

Esa Comisión propuso, como primeras e indispensables medidas, la redención de los oficios de alcaide para que fuesen libremente

(40) Es curioso que pudieran ser empleados de prisiones quienes no supieran contar. Las diferencias en las condiciones de soltería y buena salud son, disculpablemente, razonables, para la mentalidad de aquella época.

nombrados por el Gobierno, la mejora de los edificios y la aplicación de conventos suprimidos. En consecuencia, Su Majestad mandó:

1.º Cesar a todos los alcaides, nombrando provisionalmente los Jefes políticos provinciales a los que hubieran de sustituirles, salvo los casos de confirmación de los anteriores.

2.º Indemnizar a los cesantes que hubieran adquirido el oficio a título oneroso con cargos a las Haciendas Municipales.

3.º Estudiar y proponer los arbitrios de más fácil recaudación para reintegro a las Diputaciones de las cantidades anticipadas (41).

4.º Nombrar los alcaides de cárceles más adecuados previa audiencia de las autoridades y corporaciones interesadas, quedando en los Jefes políticos encomendada la vigilancia sobre los mismos, en la inteligencia de que «S. M. verá con singular aprecio el celo que desplieguen para satisfacer sus benéficas miras y mostrará su Real desaprobación a los que por su indecisión o apatía dejen frustradas las gratas esperanzas que ha concebido».

Así empezaba a tomar forma la gran empresa. Clarificado el panorama con unas normas (las de la Ordenanza), unos edificios (los recuperados de órdenes religiosas) y unos funcionarios (los escogidos por sus méritos personales), había que completarlo con otros cuidados no menos importantes tales como los relativos a hospitales, escuelas, oficinas, guardia militar, socorros, pluses, etc.

Desde luego el primer escollo con que se enfrentó la recién nacida Dirección General de Presidios fue la falta de personal apto y suficiente para llevar a buen puerto la parte administrativa en los establecimientos. La experiencia vino a demostrar que aunque los Mayores fuesen personas dotadas «de la inteligencia necesaria para la parte económica, administrativa, manejo de papeles y demás» (42), si no estaban asistidos (que no lo estaban) de personal adecuado había que caer irremisiblemente en manos de los propios reclusos (43).

(41) En este caso, los madrileños tuvieron un trato de favor por parte del Gobierno. La disposición sexta decía: «Debiendo ser las cárceles de Madrid el modelo de todas las demás del Estado, depositándose en ellas considerable número de reos de diversas procedencias, y reclamando urgentemente el interés público la ejecución de la reforma, acordada en R. O. Circular de 9 de junio de 1838, S. M., deseando dar un testimonio solemne del vivo interés con que se mira las mejoras de las cárceles, ha resuelto que desde luego se proceda al tanteo de las alcaldías de las de villa y de corte, anticipándose de los fondos del Ministerio de la Gobernación las cantidades necesarias, sin perjuicio del reintegro prevenido...».

(42) Vid. arts. 90 y ss. de la Ordenanza Laboral de Presidios.

(43) Ya en las cárceles del antiguo Egipto había presos distinguidos que gozaban de cierto rango y poder. En el Génesis 39, 21-22 y 40, 3-7, con ocasión de la prisión de José, se confirma su prepotencia sobre los demás compañeros de cautiverio.

Véase también *Penas y Prisiones en la Biblia*, de Evaristo MARTÍN NIETO, «Revista de Estudios Penitenciarios», núm. 196, enero-marzo 1972, pp. 7 y ss

Y así fue. Se recurrió a los reclusos escribientes que supieran redactar oficios, hacer cuentas, llevar los libros de contabilidad y los expedientes, confeccionar inventarios y estados de material y vestuario, etcétera. De nada valió la R. O. de 2 de enero de 1843 prohibiendo la intervención de presidiarios en el manejo de los papeles correspondientes a las oficinas de las prisiones, «a fin de evitar los gravísimos perjuicios que pudieran producirse», pues dos meses más tarde hubo que rectificarla con la fórmula de destinar a las mismas a dos capataces, uno a la Comandancia y otro a Mayoría «sin perjuicio de que a las órdenes de éstos y bajo su vigilancia y responsabilidad haya los demás escribientes necesarios en las respectivas oficinas de la clase de penados, abonándose a éstos por gratificación mensual, y lo mismo a los enfermeros, la cantidad de 15 reales, con lo que se concilia el servicio sin gravar los presupuestos del ramo, como sucedería con el considerable aumento del personal, prestándose por hombres libres» (44).

Lo que sí se resolvió definitiva y acertadamente fue la asistencia

(44) A la vista de las Circulares de la Dirección General de 7 de junio de 1838, 13 de febrero de 1845, 31 de diciembre de 1845, 19 de octubre de 1858 y ss. ordenando ora que en los extractos de condena se haga constar el nombre del escribano de la causa, ora que en las relaciones quincenales de vicisitudes histórico-penales se ponga «sumo esmero en la exactitud de los nombres y apellidos de los confinados, el Tribunal sentenciador, delito y fechas de sentencia y notificación», ora que cuando se remita una hoja histórico-penal vaya debidamente fechada y firmada, etc., etc., puede comprenderse las dificultades surgidas y máxime si se tiene en cuenta la simplicidad de los impresos y documentos a cubrir.

Los modelos de hoja de condena a principios del siglo xx eran tan sencillos como el que a continuación se reproduce:

<u>Audiencia de</u>		<u>Año de 19...</u>
<u>Juzgado de</u>	Nombre del penado	
	Apellidos	
	De años de edad.	
	Natural de	
	Provincia de	
	Estado	
	Vecino de	
	Profesión ú oficio	
	Delito	
<u>Causa núm.</u>	Fecha en que se declaró firme la sentencia ...	
	
	Condena impuesta	
	Antecedentes penales	
	
<u>Observaciones</u>	Reincidencias	
 está sujeto á	
	Se halla en la Prisión de	
	
 de de 19.....	

EL PRESIDENTE,

EL SECRETARIO,

Dirección general de Prisiones.

Dirección general de Prisiones.

sanitaria a los reclusos enfermos. Adelantándose a su tiempo la Ordenanza entendió que tendría dos vertientes: la propia e interna de las enfermerías en los establecimientos (45) y la complementaria y externa en los centros hospitalarios (46). Por R. O. de 14 de septiembre de 1838 quedó aclarado que los presidiarios enfermos, previo dictamen facultativo, tendrían acceso a los hospitales civiles, eclesiásticos, e, incluso militares «para casos muy especiales en que por las circunstancias del momento así lo dicte la humanidad y aconseje una justificada necesidad».

Por el contrario, no fue afortunada ni la Ordenanza, ni las disposiciones posteriores dictadas en lo referente a la guardia exterior de edificios y presos. En este apartado (tendremos ocasión de comprobarlo), la historia nos irá relatando la serie interminable de bandazos, de soluciones pendulares e improvisadas sobre este importante servicio hasta su total resolución. Cuando se promulgó tan sólo se disponía de una R. O. (47) de 1824, mandando guardar a los reos de conspiración en las cárceles o parajes donde se encuentren, con fuerzas militares, bajo la dependencia de un Oficial del Ejército, haciéndoles responsables, junto con los Alcaldes, de las fugas que hubieren. El resto de las disposiciones rayan más en el puro anecdotario que una doctrina o tendencia concreta (48). Esto quizá explique toda una larga cadena de incomprensiones, celos y rocas entre los cuerpos de prisiones y los de las guardias militares o paramilitares destinadas en servicios penitenciarios.

De lo que sí podemos presumir es de una prolífica y acomodaticia legislación en torno a la atribución de responsabilidades para casos de fuga de encarcelados. Y decimos esto con toda intención, porque al margen de la tipificación penal para los delitos de quebrantamiento de condena y evasión de presos o de infidelidad en su custodia, es lo cierto que, de siempre, la Administración ha cuidado con exquisito esmero la aplicación de durísimas medidas disciplinarias (normalmente separación del servicio) para los encargados de su custodia. Por el contrario, en vano se podrá hallar disposiciones represivas para en estos casos responsabilizar a ingenieros-directores de obras públicas, arquitectos, facultativos, especialistas o jefes de la Dirección General de Presidios (48).

(45) Vid. arts. 219 a 224 de la Real Ordenanza, sobre asistencia hospitalaria.

(46) Vid. arts. 149 a 157 de la misma Ordenanza sobre asistencia en enfermerías.

(47) Vid. R. O. de 25 de mayo de 1924.

(48) Vid. Circulares de 22 de octubre de 1836; 1 y 20 de mayo, 9 de junio, 13 de septiembre, 14 y 25 de octubre y 30 de noviembre de 1842, o las RR. OO. de 1 de junio de 1837, 19 de enero de 1839, 16 de mayo de 1846, etcétera.

Hay, sí, disposiciones de muy variado contenido en orden a deslindar responsabilidades cuando las cárceles no son seguras (R. O. 7 de noviembre de 1825), o para evitar se desplace la responsabilidad de los empleados de prisiones a las guardias exteriores (Circular de 30 de noviembre de 1842), o para tomar las medidas más urgentes para proceder a la busca y captura de evadidos (R. O. 1 de noviembre de 1847), etc., etc.

Pero volvamos a nuestro camino no sea que nos perdamos entre la floresta jurídica.

Conviene ir aclarando ya, a la vista de lo andado, que la larga marcha de la reforma tuvo, en sus orígenes, *dos vías paralelas: la de los presidios del Reino y la de las cárceles.*

Para los primeros fueron hitos cruciales:

1. La Ordenanza General de Presidios de 1834.
2. La Parte Adicional a la Ordenanza para los trabajos en obras públicas de 1846, y
3. El Reglamento de la Ordenanza General de 5 de septiembre de 1844.

Para las segundas, los fueron:

1. Las Ordenanzas de Audiencias sobre visitas de Cárceles y obligaciones de los Alcaldes de 20 de diciembre de 1835, y
2. El Reglamento de Cárceles de Capitales de Provincias de 25 de agosto de 1847.

Pero detengámonos ahora en el Reglamento para el régimen interior de los Presidios del Reino de 5 de septiembre de 1844, que dicho sea en honor a la verdad, más que un reglamento fueron ocho los compilados dentro de la R. O. aprobatoria.

En efecto, lo que aquí consideramos —siguiendo la tradición de nuestros mayores—, como un solo cuerpo legal, formalmente lo componían:

1. El Reglamento para el orden y régimen interior de los presidios del Reino.
2. El Reglamento para un día en común dentro del Establecimiento.
3. El Reglamento sobre suministro de ranchos, pan y utensilios de leña y aceite.
4. El Reglamento sobre escuelas.
5. El Reglamento sobre enfermerías.
6. El Reglamento sobre pluses.
7. El Reglamento sobre destacamentos de confinados, y
8. El Reglamento de contabilidad de los presidios del Reino.

Los dos primeros fueron redactados en sentido coloquial y los seis restantes en textos articulados, con intercalación de los formularios oficialmente aprobados, lo que nos hace suponer que en su elaboración debieron participar, al menos, dos grupos de trabajo.

Detengámonos brevemente en cada uno de ellos:

El Reglamento para el orden y régimen interior nació más por la necesidad de unificar la marcha de los diferentes presidios que por la de disminuir las facultades rectoras de los comandantes, pretendió dar con unas pautas —bases— a las que se ajustaran todos los establecimientos.

El sistema adoptado fue el de clasificación de los condenados en tres tipos de establecimientos:

1. Para penados hasta dos años de prisión correccional.
2. Para penados de 2 a 8 años.
3. Para penados de más de 8 años.

Estos, a su vez, serían separados por *brigadas* distintas según el sexo (varones y hembras); edad (adultos y jóvenes). (La sección de jóvenes penados, sea cuál fuere su número, permanecerá constantemente en paraje que evite el roce con las otras, y no se juntará con los de mayor edad más que en las horas indispensables de labor en los talleres, y siempre vigilada por los maestros); y delitos: ordinarios y atroces, con o sin cláusula de retención, destinados a los presidios africanos.

Dispuso como normas de comportamiento general:

1.º El *reconocimiento sanitario de personas y ropas* a la entrada de los confinados.

2.º *La inscripción en el libro registro de entrada.*

3.º *La entrega de papeleta justificativa de su estancia* para las revistas de Comisario, necesaria también para la retirada del almacén correspondiente del equipo (petate y menaje) y prendas de vestuario.

4.º *La entrega del resguardo del dinero depositado en la caja del presidio o general de la provincia*, no permitiéndoseles tener más efectivo que hasta cuatro reales de vellón «que es el máximo que pudiera obtener semanalmente con el producto de sus trabajos».

5.º *La explicación obligatoria de las normas regimentales*, dadas por los cabos de escuadra o brigada, *el día de su ingreso*, «hechas con afabilidad» sobre el modo de conservar sus efectos, número de su brigada y el suyo dentro de ella, y en especial, de las relativas al comportamiento para granjearse el aprecio de sus jefes y los alivios consiguientes.

6.º *La aplicación de hierros*: grilletes, ramales y cadenas, según la duración de la condena, y sin perjuicio de que en méritos a su conducta y pruebas de arrepentimiento las fueran quitando.

7.º *La obligatoriedad del trabajo*: los sentenciados a menos de dos años, incapaces de aprender un oficio, pasaban a ocupar los puestos

en las brigadas de policía urbana de las poblaciones de su distrito, y los de más tiempo, hasta ocho años, en los del éxtrarradio de las poblaciones, quedando los de más de ocho años para trabajos de fortificación. Desde luego quedaban tan sólo exceptuados los eclesiásticos que conservaren el uso de su ministerio.

A los menores de dieciocho años les dio la opción de elegir el taller a que desearían ser destinados, permitiéndoseles por una sola vez el cambio a otro si lo solicitan antes de cumplidos los quince primeros días a su entrada, «a fin de que no pierdan tiempo, ni so pretexto de gustarles después un oficio más que el que eligieron primero, eludan la enseñanza», prohibiéndoseles la aplicación de hierros «salvo los casos de resistencia y obstinación» u otra causa que a juicio del comandante mereciera se les aplicara y tratarse con el mayor rigor.

Dentro del más puro estilo didáctico describió las medidas, cuidados y consejos para observar un buen comportamiento los cabos de vara, capataces, furrieles, ayudantes, mayores y comandantes. Sus recomendaciones, cargadas de sabiduría y cordura, acreditan ser obra de hombres prudentes y generosos. Pocas, muy pocas veces, tendremos ya ocasión de volver a estudiar preceptos hechos por auténticos profesionales. Y si bien es cierto que este Reglamento (o estos Reglamentos) no tienen la finura y corte de la Ordenanza General, nadie podrá negar estar hecho por hombres conocedores del oficio como lo demuestran la hondura de sus observaciones, algunas de ellas auténticamente insuperables.

Oigamos lo que dice de los cabos de vara: «Para la elección de los penados de que se compone esta clase se necesita toda la circunspección, prudencia y tino de un Comandante: de ella pende la tranquilidad y sosiego de un establecimiento penal tal como están en el día. Con buenos cabos se previenen los delitos, evitan castigos, disminuyen y cortan las deserciones: nada mal en ningún sentido puede ejecutar el penado sin que ellos lo trasluzcan y penetren, porque *conocen sus inclinaciones, genio, índole y propensiones*: su roce y permanencia continua entre ellos los pone al alcance de sus *intenciones*; y no basta toda la sagacidad, sutileza e hipocresía que estos desgraciados poseen generalmente para engañar la vigilancia de un buen cabo. *Por los cabos en un presidio puede formarse una idea segura del estudio y observaciones que más o menos hagan los Comandantes de sus penados*, y el que consiga tenerlos buenos puede estar seguro del éxito de cuanto emprenda para utilidad, ventaja y buen nombre del establecimiento: no hay escolta ni vigilancia más eficaz y positiva, ni elección que deba encomiarse más a los Comandantes» ... «Su trato con los confinados será afable y sostenido; castigarán sin cólera, y sólo en el caso de insubordinación o contestación insolente usarán la vara, dando parte seguida al capataz».

A los capataces les ordenó mantener tanto con los cabos como con los confinados, un trato decente y sostenido, hablándoles a todos de «usted» y no permitiéndoseles familiaridades con ninguno de ellos. Les prohibió maltratar de obra o palabra a los reclusos, así como

imponer por su cuenta castigo alguno, salvo la reclusión en dormitorio hasta que «llegado (el incidente) a noticia del Comandante, gradúe éste la falta y haga aplicar la pena merecida». «El capataz —puede leerse— es con respecto a su brigada lo que el Comandante en todo el establecimiento, por cuya razón *debe observar a sus individuos, conocer su carácter, saber su índole e inclinaciones*, no perdiendo de vista nunca los díscolos y propensos a la bebida y juego. Usarán constantemente de sable corto pendiente de tahalí negro charolado».

Tres cometidos asigna a los furrieles:

- 1.º El presenciar la provisión y distribución de alimentos.
- 2.º El tener a su cargo el menaje, hierros, herramientas, enseres y maquinaria que exista en el establecimiento, y
- 3.º El presenciar y controlar el poner y quitar hierros o prisiones a los confinados, conservando las papeletas «como documento justificativo» firmadas por el Comandante en las que se le ordenare una u otra cosa.

A los Ayudantes, como subalternos de los Mayores, les dice: «Cuidarán del sostenimiento de la disciplina, subordinación, orden, aseo y silencio interior; de que cada empleado subalterno suyo llene sus deberes, que los de servicio estén constantemente y con vigilancia en sus puestos, exigiendo a cada uno la responsabilidad que le corresponda, que siéndolo ellos de todos sus Jefes, no les servirá disculpa alguna» (49).

A los Mayores, como segundos jefes de los establecimientos penales, secretarios natos de las Juntas económicas, y, sustitutos, en casos de ausencia o enfermedad de sus Comandantes, les hizo responsables de las faltas de sus subordinados, razonando de esta manera: «... la disculpa de que lo que mandaron no se ejecutó es un delito en los Jefes, porque sin energía, sin el suficiente vigor y carácter, que el que manda ha de poseer indispensablemente, no puede existir subordinación, orden ni disciplina, circunstancias precisas en estas casas, y que no contrarían ni se oponen a la buena educación, rectos principios, trato afable y sostenido con que han de tratar a sus subordinados, dándoles ejemplos e infundiéndoles aprecio y respeto». Conscientes de que la unión entre los mandos de un establecimiento es fundamental para la marcha de cualquier prisión dejóles dicho: «la buena inteligencia, armonía y conformidad de ideas en bien de la casa entre los Jefes es la palanca de fuerza que mueve toda la máquina, y no hay empleado abandonado ni penado inmoral que no se enmiende al ver unidos a sus Jefes; todo cede entonces a su voluntad, y más aun cuando todos lleguen a convencerse que el móvil que debe dirigirlos es el cumplimiento de su deber y el buen nombre del establecimiento: desacredos los Jefes, de aparece la paz y el sosiego que ha de existir pre-

(49) La figura del Ayudante ha tenido de siempre una gran relevancia. Con la promulgación de la Ley 36/77, de 23 de mayo, su influencia, evidentemente, se ha perdido.

cisamente entre ellos; para conseguir que sean los presidios escuela de educación y moralidad».

A los Comandantes les exigió *fundamentalmente saber ejecutar prácticamente las obligaciones de todos los demás empleados...*, advirtiéndoles, entre otras cosas, que «de su celo y puntualidad deriva la disciplina, subordinación, exactitud en el servicio, buen nombre de la institución, el del presidio a su cargo en particular, la corrección, morigeración de costumbres de los penados que se les confían; una palabra, la suerte futura de porción considerable de seres desgraciados, que han de volver a la sociedad a ser más o menos útiles, según la educación e inclinaciones que su fino tacto y discreción les hayan impregnado...».

El *Reglamento para un día común dentro de un establecimiento*, pretendió ser algo muy parecido a un modelo ideal de horario a imitar por todas las prisiones. De esta suerte y con el pretexto de suprimir las costumbres y maneras carcelarias fue describiendo cómo habría de ser la marcha horaria normal de los servicios presidiales un día cualquiera del año, inclusive los festivos.

A partir de su promulgación se colocaron en cada presidio «cajas» (sistemas acústicos, que con el tiempo quedarían reducidos a trompetas; tambores o campanas) y «tablillas» donde se marcan los «toques» correspondientes a los movimientos a ejecutar.

El «toque de diana» desde entonces significó el mandato de levantarse al comenzar el día, vestirse, abrir puertas y ventanas, asearse y recoger los petates. «Otro toque» —el siguiente—, fue para pasar lista y revista sanitaria. «Rotas filas», los capataces y cabos procederían a relevar a sus compañeros en puertas y entrebarreras. «La llamada de cuartel» se dio para que, al oírla, se presentaran todos en el patio y se situaran en formación según los destinos hechos el día anterior: a trabajos en el exterior, guardia interior, cuarteleros, rancheros, brigada de limpieza o talleres. Al toque de «escuela», salían los jóvenes y adultos en aprendizaje, formados por edades, con separación en cada obrador, principiando la marcha el más distante, reuniéndose a su paso los demás sucesivamente, y dirigiéndose a ella con el mayor silencio. El capellán y pasantes (reclusos auxiliares) cuidaban de que no se interpolasen y de que permanecieren siempre y en todas partes los jóvenes con la posible separación. Pasadas las horas de escuela se daba el de «retirada», y todos volvían a sus puntos de procedencia, pasando el capellán o el maestro, si lo hubiere, a dar la correspondiente novedad al Mayor. A las once y media, en todo tiempo, las secciones de trabajadores se retiraban al cuartel procediéndose a la distribución del pan y rancho. Luego todos marchaban a sus respectivos dormitorios a descansar hasta la hora de reanudar el trabajo, que también se hacía previo toque convenido. Media hora antes de ponerse el sol se plegaban las secciones del exterior regresando al establecimiento. Todos dentro, se daba la señal de «lista», con formación de las brigadas en el patio. A continuación, después del parte, de la orden y de nombrado el servicio para el día siguiente, hacía cada una círculo

a su frente, y un cabo colocado en el centro dirigía el rezo del santo rosario, que todos contestaban. Terminado éste, vueltos a su formación y rotas filas se procedería a la distribución de los ranchos, mientras los cabos de policía o limpieza procedían a encender los faroles en todas las dependencias. Desde este momento hasta la hora en que el Comandante tenía dispuesto el «toque de retreta», se les permitía estar a discreción y hablar entre sí. Por último, se tocaba «silencio»:

El servicio de vigilancia nocturna establecido en las brigadas lo componían un cabo (el que estuvo de cuartelero todo el día) y cuatro «imaginarias». El objeto de imaginarias —decía—, es vigilar la quietud en la parte que les corresponda de sus respectivas brigadas, paseándose sin cesar en el espacio que queda entre los pies de cama a cama, tanto para no dormirse como para que ninguno se separe de la suya, junto con otro, ni se toquen, cuidando al mismo tiempo de atizar los faroles, que han de estar constantemente encendidos y con buena luz.

También disponía el Reglamento que la noche se dividiera en «dos cuartos». Concluido el primero el cabo vigilante despertaba a los que debían entrar de relevo en el segundo, y no se acostaba hasta que los entrantes estuvieren en sus puestos.

Por último, mandó la construcción de «garitones» embutidos en la pared, de modo que sobresalieren de ella las dos terceras partes de su óvalo, en el que había aspilleras y un ventanillo en su centro alto con reja de hierro. La entrada la tenían por fuera del dormitorio y desde ellos se podían ver todas las camas. También servían de observatorio a los Comandantes, pudiendo entrar en ellos a todas las horas sin ser vistos, lo que les permitía «el conocimiento exacto de muchos de nuestros penados sagaces, que sólo por este medio pueden ser estudiados a fondo».

Los domingos y días festivos los reservó para las revistas de ropa y equipos (incluidas las mochilas y morrales).

La Misa, obligatoria, debían oírla con devoción y recogimiento, situándose el Ayudante al lado del altar «para desde allí observar mejor».

A la hora que en los días comunes se daba el toque para volver a los trabajos, servía en los festivos para que tuviera lugar la plática del Capellán que debía hacerse en la capilla, patio o dormitorios, según lo permita el tiempo, y para lo cual se instalaba una tribuna portátil, construida, a ser posible, en el mismo establecimiento».

Finalizaba este segundo Reglamento con una recomendación tan oportuna como la siguiente: «En este día los cabos de cuartel, los no empleados y capataces han de vigilar con más esmero que nunca para evitar los juegos, en el concepto de que son tan sagaces y astutos en esto los confinados, que no hay explicación que alcance a expresar los infinitos medios de que se valen; pero se evitan, sin embargo, con la vigilancia continua, y, sobre todo, con hacer que estén siempre a la vista los que se saben tienen propensión a este vicio».

En su epílogo —capítulo de advertencias— los redactores demostraron una vez más su enorme profesionalidad. Una muestra puede

ser la prevención que hace, a los empleados y cabos, con motivo de las posibles irregularidades que con los ranchos (y, en especial, el pan) se dan en aquellas casas, de que no olviden ni piensen torcidamente porque «también hay padres de familia indigentes que economizan la mitad para dárselo a sus hijos», en cuyos casos por lo que tienen que preocuparse es porque no se debiliten ni enfermen...

El Reglamento sobre el suministro de ranchos, pan y utensilios de leña y aceite, tercero de la Real Orden de 5 de septiembre de 1844, se componía de dos partes:

La primera, con 18 artículos, quedaba dividida, a su vez, en otras dos: Los 9 primeros trataban de las contratas a celebrar en todos los establecimientos penales del Reino, y los 9 siguientes de la composición de los racionados, calidades de los artículos alimenticios además de la leña y aceite.

La segunda, compuesta también de otros 9 preceptos, contenía el pliego de condiciones que debían regir en las subastas a celebrar ante las Juntas Económicas de cada presidio.

El sistema de contratación adoptado fue el de «pliegos cerrados», desechándose «el de pujas», pues como muy bien previeron sus redactores, en este último cabían siempre las combinaciones de los licitadores, o, en caso contrario, de rivalidad entre ellos, rematarse los suministros a precios excesivamente bajos, lo que a la larga originaba bien la anulación de la contrata, bien la provisión de artículos de mala calidad o con peso insuficiente.

Su desarrollo era así: Anunciadas las contratas de las raciones de pan, ranchos, leña y aceite por medio de la «Gaceta de Madrid» o el «Boletín Oficial» de la provincia respectiva, se fijaba un término para su celebración. Los solicitantes presentaban, en mano o por correo, ante la Dirección General de Presidios o ante las Juntas Económicas, dos pliegos cerrados conteniendo uno la proposición y otro el nombre y apellidos del licitador. El día señalado para el remate se procedía a la apertura de pliegos y se aceptaba el más conveniente, remitiéndose seguidamente toda la documentación al Centro Directivo para su aprobación definitiva, quedando advertidos los solicitantes que la aceptación hecha por la Junta tenía carácter provisional hasta recibirse la confirmación oficial de Madrid.

El rancho se componía de los siguientes artículos, según los días de la semana, de esta manera:

Días	Especies	Libras	Onzas	Adarm.
Domingo	Garbanzos	—	6	—
	Fideós	—	4	—
	Manteca o tocino	—	—	6
	Sal	2	} Para cada 100 plazas	—
	Pimentón	1		
	Ajos, doce cabezas	—		
Leña	1	—		
Lunes	Judías	—	6	—
	Arroz	—	6	—
	Aceite	—	1 ½	—
	Sal	2	} Para cada 100 plazas	—
	Pimentón	1		
	Ajos, doce cabezas	—		
Leña	1	—		
Martes	Garbanzos	—	6	—
	Bacalao	—	4	—
	Aceite	—	1 ½	—
	Sal	2	} Para cada 100 plazas	—
	Pimentón	1		
	Ajos, doce cabezas	—		
Leña	1	—		
Miércoles	Arroz	—	4	—
	Bacalao	—	3	—
	Patatas	—	8	—
	Aceite	—	1 ½	—
	Sal	2	} Para cada 100 plazas	—
	Pimentón	1		
Ajos, doce cabezas	—			
Leña	1	—		
Jueves	Garbanzos	—	6	—
	Judías	—	6	—
	Tocino o manteca	—	—	6
	Sal	2	} Para cada 100 plazas	—
	Pimentón	1		
	Ajos, doce cabezas	—		
Leña	1	—		
Viernes	Arroz	—	4	—
	Patatas	—	24	—
	Aceite	—	1 ½	—
	Sal	2	} Para cada 100 plazas	—
	Pimentón	1		
	Ajos, doce cabezas	—		
Leña	1	—		
Sábado	Judías	—	6	—
	Arroz	—	4	—
	Tocino o manteca	—	—	6
	Sal	2	} Para cada 100 plazas	—
	Pimentón	1		
	Ajos, doce cabezas	—		
Leña	1	—		

También les correspondía, por cada veinte confinados, 4 onzas de aceite para tener un «perfecto alumbrado» del edificio y sus tránsitos.

Ni que decir tiene que este Reglamento, como todos los comprendidos en la citada R. O., en causa de auténtica satisfacción para el investigador, no tanto por su fácil lectura, cuanto por su tremendo realismo: Permitió alterar las papeletas de racionado, según las producciones del país, procurando, eso sí, «en la variedad, la economía». Excluyó de su aplicación a los destacamentos del Peñón, Melilla, Alhucemas y Canarias, donde, se sabía, no había quien quisiera contratar la manutención de aquellos condenados. También cuidó con esmero el servicio de cocinas, mandando fijar en ellas el duplicado de las papeletas de racionado para control de los «cela-ranchos» y así poder comprobar «si entran a cocerse las cantidades que corresponden».

Evidentemente pocas objeciones pueden hacerse a tan benéfico Reglamento, si acaso, una, pudiera ser, el inconveniente que, creemos, supuso la obligación de elevar a escritura pública todas las contrataciones de suministro, y otra, la obligatoriedad del visado diario del Comisario de revistas de todas las papeletas, que, mucho nos tememos, debió ser un trámite absolutamente ineficaz.

El Reglamento sobre escuelas venía a cubrir una necesidad real señalada por el artículo 371 de la Ordenanza General y 2.º de la R. O. de 10 de marzo del mismo año.

Su propósito fue el establecer, en todos los depósitos y presidios, escuelas de primeras letras en las que se enseñaren a leer por el método de Vallejo y el de escribir por el de Iturzaeta, las cuatro reglas fundamentales de aritmética, doctrina cristiana y un breve resumen de formación cívico-social, además de algunas nociones de dibujo lineal.

Al frente de ellas estarían los Capellanes, asistidos de pasantes o segundos maestros, elegidos estos últimos entre los reclusos por sus Comandantes y nombrados por sus respectivas Juntas Económicas.

En sus 13 bien aprovechados, artículos, se ordenó la instalación de las escuelas en locales propios y desahogados de los establecimientos, y dentro de ellas, en lugar bien visible, de una imagen de Jesucristo, la colocación en sus muros de carteles y leyendas formativas y culturales (abecedarios, tablas aritméticas, mapas, frases célebres, etc.), así como la disposición de un número conveniente de mesas de escribir alargadas (de 16 a 18 pulgadas) y convenientemente inclinadas para comodidad de los alumnos. Todos los reclusos, independientemente de su edad, estaban obligados a asistir diariamente a ella, a las horas fijadas por los Comandantes, excepto los domingos y días festivos.

La adquisición de libros, muestras, cuadros, plumas, papel y demás material escolar quedaba de cuenta del fondo económico de cada casa.

El fin de esta acción cultural y educativa no era otro que el lograr de aquellos desgraciados hacerlos hombres «capaces de cumplir sus deberes para con Dios, para con los hombres y para consigo mismo».

El Reglamento de enfermerías es, a nuestro juicio, el más endeble de los del grupo. Y decimos esto tanto por la excesiva simplicidad que acusan sus 35 artículos, cuanto por la mejor y mayor riqueza de

conceptos contenidos en la Ordenanza General (ésta dedicó, de la Parte Segunda, la Sección 3.ª del Título IV.—De las Enfermerías, y la Sección 2.ª del Título V.—Del Facultativo, además de la Sección 4.ª del Título II.—De los Hospitales en la Parte Tercera).

Desde luego nos es difícil creer, siguiendo al artículo 2.º del Reglamento, que las enfermerías se ubicaran en los lugares elegidos por los Facultativos. Más probable sería que, al exigirse para ellas locales de cierta altura de techos, suficiente ventilación y estar elevadas al menos dos varas sobre el suelo a fin de evitar humedad, además de tener centinelas de la guardia exterior apostados convenientemente, fueran los propios Comandantes los que lo hicieran.

Dispuso, eso sí, de una división para separar a los enfermos contagiosos (50) de los que padecieran afecciones ordinarias, es decir, leves, pues según el artículo 150 de la Ordenanza General al hospital sólo irían los enfermos graves, ya que «la enfermería interior no es sino para los leves o para la convalecencia de los que se han curado en el hospital».

El número de camas quedó establecido en el 7 por 100 de la población reclusa, cifra algo baja para su tiempo, aunque superior en un punto a la vigente en la actualidad (51). Las camas se componían de dos banquillos, tres o cuatro tablas, un jergón, un colchón (salvo para los contagiosos), cabezal, tres sábanas y una manta de lana. El equipo por cama era: una camisa, un gorro, una servilleta, un capote, además de una mesa con cajón, tazón y cuchara.

La ropa blanca se mudaba cada quince días, las camisas y gorros cada ocho, las servilletas cada cuatro y los colchones, jergones, mantas y cabezales cada seis meses (52).

Especial atención dedicó este Reglamento (16 artículos, de los 35 de que constaba) al tema de la alimentación de los condenados.

Esta podía ser de varias clases:

Ración (R).

Ración y media o tres cuartos de ración (R y M).

Media ración (M R).

Media ración y sopa (M S).

Dieta animal (D A).

Dieta vegetal (D V) (53).

En líneas generales, los racionados se componían de una sopa al levantarse y dos ranchos, de mañana y tarde, durante el día.

(50) La Real Ordenanza General, en su art. 150, decía: «... En la sala habrá una división o separación, donde serán observados los que aparezcan con síntomas de enfermedades *cutáneas o contagiosas*, hasta que declarados tales se trasladen al hospital los que los padezcan...».

(51) Vid. art. 194, párrafo 2.º del vigente Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1956.

(52) El art. 9.º decía: «La ropa, así como los demás utensilios y efectos que sirvan a los sarnosos, tiñosos, etc., se conservará y lavará con separación, sin mezclarla por ningún concepto con la destinada a los demás enfermos».

(53) Según su art. 26 en la libreta de racionados el Facultativo debía marcar esas siglas para señalar los diversos tipos de alimentación prescritos.

La ración se confeccionaba con 20 onzas castellanas de pan y 12 de carnero, o, en su lugar, de 16 de vaca (54).

La ración completa, era la anterior aumentada en onza y media de garbanzos y tocino, al mediodía.

La ración con vino era la que correspondiera más un cuartillo de vino, dividido por mitad entre la comida y cena.

La ración y media o tres cuartas partes de ración, era de por sí toda una incongruencia, en la que la diferencia estaba en que la taza de caldo iba tan sólo la sustancia de la mitad de la carne, y de que la ración se distribuía entre el almuerzo y primera comida.

La media ración suponía la elaboración con la mitad de la carne más la sopa del almuerzo y las dos tazas de caldo en la mañana y tarde.

La media ración y sopa equivalía a una comida con la mitad de ración y una taza de caldo por la noche.

La dieta animal se componía de seis tazas de caldo repartidas cada 4 horas y confeccionadas a base de cocción de carne, jamón o tocino.

La dieta vegetal consistía en una cocción que podía ser de pan o arroz con agua y azúcar.

También cuidó de todo lo relativo a los medicamentos, que podían ser aplicados a los reclusos. Solamente exigió para su prescripción el que constaran en los formularios de medicina y cirugía, tuvieran buena calidad y estuvieran correctamente preparados y elaborados. El suministro de los mismos dispuso se hiciera por el sistema de subasta al igual que lo señalado para la provisión de pan, ranchos, leña y aceite. El instrumental debía de ser de su propiedad.

Los médicos estaban obligados a:

1. Vivir en el establecimiento.
2. Visitar a los enfermos.
3. Examinar los medicamentos y alimentos.
4. Dar parte al Comandante de cualquier anomalía observada (55).

Innecesario será decir que la primera de sus obligaciones nunca la cumplieron, como tampoco los Capellanes, «médicos de las almas», a los que, por cierto, dedicó los últimos párrafos de este texto para recomendarles hicieran llegar a los enfermos su consuelo y espíritu de resignación además de señalarles como obligación la de «suministrar el Viático y la Extramaución, ayudar a bien morir y acompañar al que cese de vivir al punto donde se le dé sepultura».

(54) Curiosa era su confección: De las 20 onzas de pan se quitaban 2 para hacer sopas de ajo y caldos, y si la carne era guisada, se le quitaba la tercera parte para así compensar los gastos de arroz, patatas, fideos «ú otra sustancia nutritiva de fácil digestión».

(55) Exactamente decía, entre otras cosas, el art. 32: ...y dar parte al Comandante cuando los encuentre sin las circunstancias de perfección que reclama la humanidad doliente».

El Reglamento de pluses fue en realidad el primer reglamento habido sobre el trabajo penitenciario. Su intención estuvo diametralmente opuesta a la de la Ordenanza General: retribuir con más justicia, y en proporción a sus merecimientos, a todos los confinados empleados en actividades laborales útiles y formativas.

Manifestarnos aquí sobre cuál de los dos textos se ajustaba más a la legalidad vigente sería irrelevante. La cuestión es que entre ambos se mantuvieron posturas claramente antitéticas: o regular el trabajo conforme a los principios establecidos en la Ordenanza General, pues para eso era su Reglamento de aplicación, en cuyo caso los presidiarios deberían ocuparse, sin derecho a retribución, en los trabajos que les mandasen sus superiores, conforme al artículo 119, o, ceñirse a la realidad de que los condenados ni entonces, ni ahora, ni nunca, trabajarán con aceptable rendimiento si no se les retribuye convenientemente.

La Ordenanza exigía a los Comandantes que buscase trabajo para los reclusos y les facilitase materiales, útiles y herramientas para con el resultado del mismo engrosar el Real Erario y, también, de paso, estimular a los presidiarios para lograr unos dineros con los que «pudieran aliviarse en su triste situación». La solución fue la de, fijada la estimación del coste de estancia, según el local, por cada real en que la excediere el jornal del presidiario, se le abonaren ocho maravedises, y si se produjese por encima de los nueve reales, se les dejase en su favor la tercera parte.

El Reglamento de 5 de septiembre de 1844 superó ampliamente a la norma principal. Dispuso que todo penado que se empleara fuera del Establecimiento se le retribuyera por la autoridad, corporación o particular con un real diario (56) y si lo fuera en los talleres de los presidios con lo que señalase la Junta Económica a base de un tanto por cada pieza producida. Los jornales obtenidos serían posteriormente divididos en cuatro partes iguales, de las que dos pasarían al fondo económico de la casa, una de entrega en mano y la otra para la caja de ahorros (destinada a la creación de un fondo personal para el momento de su salida poder costearse los licenciados su traslado al punto de residencia o para establecerse en una nueva profesión). Esta línea de pensamiento, evidentemente progresista, nos causa auténtica admiración no sólo por el adelanto que entrañaba con relación al pasado sino porque la propia R. O. declaraba que el objeto del trabajo «además de la enseñanza y perfección de las obras» era la creación de hábitos «de disciplina, compostura y urbanidad». Esto explica el porqué se buscaba para maestros, con la categoría de cabos primeros, a los penados «mas aventajados» y de «mejor conducta y moralidad».

En cuanto a la retribución de los maestros de taller también encontramos una clara divergencia entre el criterio mantenido en la base 2.ª del artículo 119 de la Ordenanza que asignaba a ésta «además de la remuneración que les toque, diez maravedises diarios de gratificación por cada aprendiz que enseñen», y el artículo 5.º del Re-

(56) Uno y medio para los cabos de vara y dos para los capataces.

glamento que señalaba para ellos «además de la parte que les corresponda por lo que trabajasen, dos maravedises diarios por cada oficial de lo que éstos recibían en mano» (57), aunque en esta cuestión como en la anterior lo cierto es que nunca corrieron parejas las disposiciones legales con las realidades prácticas.

Lo que sí nos parece laudatorio fue lo prevenido en el artículo 7.º del Reglamento sobre la conveniencia de depositar los ahorros de los condenados en las cajas públicas donde produjeran mayor interés «a fin de que éstos tengan mayor beneficio», como también respecto de las medidas adoptadas para llevar con toda garantía la contabilidad laboral, entre las que pueden destacarse:

1. Control de pluses por los Ayudantes, con intervención del Mayor.
2. Arrastre por los mismos de los saldos de las cuentas de ahorro «que han de tener precisamente cada penado».
3. Recaudación de jornales de las autoridades, corporaciones o concesionarios y su distribución (58).

Diariamente los Ayudantes confrontaban la relación suministrada por cada capataz sobre los trabajadores habidos en las obras públicas o talleres con las de los maestros de los talleres. Estos últimos llevaban, a su vez, un cuaderno en el que anotaban los penados a su cargo, con especificación de brigada, nombre y número individual en ellas, así como piezas fabricadas por semana. De esta manera «se vendrá en conocimiento de lo que cada uno haya hecho y de lo que por ello deba abonárseles, deduciéndose de unos y otros datos lo que ha debido ingresar por productos en el fondo económico, lo que ha entrado en caja de ahorros y lo distribuido en mano» (59).

El pago de lo devengado para entrega en mano se hacía personalmente por el Ayudante, a presencia del Comandante o Mayor, los domingos, después de la Misa y revista de vestuario, explicándoles individualmente de viva voz lo que ha ganado cada uno y su distribución, zanjando en el momento las dudas que tuvieren hasta dejarlos enteramente satisfechos.

(57) «...pero en el obrador que hubiere segundo gozará éste la tercera parte de dicha retribución en justa recompensa de lo que descansa el primero».

(58) El artículo 8.º decía: «Como en lo sucesivo y por resultado del presidio-modelo que se está planeando en esta Corte, los empleados en establecimientos penales deberán reunir las circunstancias de inteligencia, disposición, pureza e instrucción necesaria, alternarán por meses los Ayudantes; pero entretanto los primeros en donde hubiese dos, tendrán a su cargo el libro mayor y contabilidad relativa a pluses con intervención del Mayor; llenarán las libretas que ha de tener precisamente cada penado; recaudarán lo que produzcan los trabajos exteriores y talleres; formarán las respectivas distribuciones y cargos al fondo económico y caja de ahorros de lo que semanalmente entreguen, recogiendo resguardos que les servirán de data y efectuarán los pagos individuales».

(59) Artículo 11.

A los penados barberos, lavaderos y rancheros perpetuos (fijos) (60) del establecimiento les asignó una gratificación mensual de siete reales y dos maravedises (ocho maravedises diarios) con cargo al fondo económico.

Los licenciados, el día de su cumplimiento, recibían «puntual y reglamentariamente» el saldo que tuvieren en la cartilla de ahorros (peculio) con sus intereses, firmando el correspondiente recibo u otro confinado o persona libre si no supieran. Con las libretas canceladas se formulaba una cuenta para conocimiento y aprobación por la Dirección General.

En lo que no obró con justicia el Reglamento fue en la detracción de la cuarta parte de las gratificaciones a los capataces para entretenimiento del vestuario y armamento que, según decía, «destruyen en beneficio propio», y mucho menos en penalizar a los Comandantes «con sus empleos y sueldos, sin perjuicio de penas mayores» por las omisiones o ineficacias advertidas en la administración de los pluses. No obstante, este cuerpo legal supuso otro paso adelante en el camino de la perfección de nuestras instituciones presidiales.

El Reglamento sobre destacamentos de confinados, el más breve y anodino de todos los de la serie, no introdujo novedad alguna sobre la Parte Adicional del 2 de marzo del año anterior.

Todo lo contrario significó *el de Contabilidad de los Presidios del Reino*.

Dividido en tres capítulos (libros; pliegos de cargos y libretas y cuentas) marcó un hito importante para etapas venideras.

Impuso como libros obligatorios:

1. El de Inventarios, en el que había de incluirse no sólo los muebles, enseres y demás efectos, sino también, el edificio con todas sus reformas y mejoras.

2. El Maestro, destinado a recoger todo el movimiento de libretas de ahorro.

3. El Diario, dedicado al apunte cronológico de todas las operaciones administrativas que se hicieran en el establecimiento.

4. El Mayor, clasificatorio de conceptos y susceptibles de ser utilizado para balances y comprobaciones

Ordenó la rendición de las siguientes cuentas:

Trimestrales	}	La de Caudales (ante las Contadurías Generales del Reino).
		La del Fondo Económico.
		La de Vestuario.
Semestrales		La de Ahorro de Penados.

(60) A falta de cocineros fijos, todos tenían que turnarse en este servicio, sin gratificación, salvo los destinados a talleres, servicios mecánicos, trabajos en el exterior u otros de la casa. Véase el art. 19.

El *Fondo Económico* se nutría de los 18 maravedises de los 34 devengados por los confinados destinados en obras públicas y lo que resultare, después de deducirse las gratificaciones que señalaban las Juntas Económicas, a los operarios en los talleres interiores.

Se documentaba el debe o cargo de esta cuenta con una relación mensual de los pluses pagados semanalmente a los penados destinados en obras públicas y su importe, con especificación de lo entregado en mano y lo ingresado en el Fondo de Ahorro, y con otra similar para los trabajadores de los obradores. En estádillo aparte había que demostrar la rentabilidad de la explotación.

El haber o data lo constituían los justificantes por adquisiciones de objetos para el culto, enseres y utensilios, gratificaciones y gastos de escuela y suplementos por ranchos extraordinarios, además de los gastos que la Dirección General permitía incluir como los de libranza, oficinas, etc.

El arqueo que había de efectuarse tenía su reflejo en un acta que recogía su resultado: plata, calderilla, débitos o efectos.

La rendición de cuentas se hacía en los veinte días siguientes a la terminación del trimestre natural.

La *cuenta de Vestuario* era muy sencilla. Su debe o cargo se documentaba con una relación mensual de la fuerza existente y la liquidación que correspondiera a razón de 8 maravedises por individuo y día, con expresión de otras cantidades que hubiesen ingresado por otros conceptos.

El haber o data se justificaba con las facturas de compra y las actas de remisión de fondos que se hubieran hecho por orden de la Dirección General. Al pie de esta cuenta iba el número de prendas confeccionadas y el uso o destino dado a las mismas.

La cuenta de ahorros o «Fondo particular de los confinados», se formaba partiendo de una relación general de lo devengado por cada uno de ellos, que, como es sabido, ascendía a la mitad de la asignación concedida por su trabajo y que se ingresaba en la caja de la provincia si la hubiere, o, en su defecto, en la del establecimiento o en la que designara el Centro Directivo.

El cargo lo constituían los 8 maravedises devengados cada día por los penados trabajadores en obras públicas y la parte de la utilidad producida en talleres y asignada por las Juntas Económicas, además de las cantidades que por cualquier otro concepto les correspondieren, más los intereses que los depósitos produjeran a su favor.

El haber se constituía por las bajas de los ahorros, por gastos autorizados de los titulares, por entrega de sus saldos a los licenciados, por resultados del fallecimiento o por deserción.

En caso de fallecimiento del interesado pasaba el saldo a sus herederos. Si el confinado desértase, y no fuere aprehendido en el plazo de un año sus alcances pasarían a engrosar el Fondo Económico, pero si se presentare o fuese capturado se le deduciría del saldo los gastos causados.

II

LAS CARCELES

Durante todo el siglo XIX se mantuvo, dentro del mundo de las prisiones, una diferenciación tajante entre los establecimientos presidiales y los carcelarios.

A los presidios y depósitos correccionales, lo hemos visto, iban destinados los penados desde dos años de prisión correccional para adelante, dentro de un sistema clasificatorio por condenas e individuos, que tenía muy presente la demarcación geográfica de los mismos que, prácticamente, coincidía con la de las Audiencias Territoriales, salvo los casos de condena a los de Ultramar.

Por el contrario, las cárceles quedaron para albergar a procesados, arrestados, condenados a prisión correccional y transeúntes, lo cual obedecía a un criterio consecuente y tradicional. Piénsese que la Ley 4.ª, Título 31, de la Partida 7.ª del Rey Sabio así lo disponía: «Ca la cárcel non es dada para escarmentar los yerros: más para guardar los presos tan solamente en ella, fasta que sean juzgados».

Aunque la Constitución de 1812, en su artículo 297 mantuvo la misma línea de pensamiento: «Se dispondrán las Cárceles de manera que sirva para asegurar y no para molestar a los presos...», la verdad es que su intención estaba el hacer de estos establecimientos lugares para extinción de penas cortas (arrestos mayores, menores y gubernativos) a la vez que de custodia de los presuntos reos.

Intenciones y pretextos aparte, lo que sí podemos afirmar rotundamente es de que la regulación de las cárceles fue totalmente diferente a la de los presidios. La normativa de arsenales y presidios fue obra de profesionales del mundo penitenciario, aunque casi todos ellos procedentes del ambiente militar o paramilitar, mientras que la de las cárceles lo fue de hombres del foro. Esto explica los diferentes enfoques de sus preceptos: aquéllos, preocupados fundamentalmente por su gobierno interior, éstos, por la observancia de las garantías procesales de sus forzosos ocupantes.

Un año y pico después de promulgada la Ordenanza General, el 20 de diciembre de 1835, lo serían las *Ordenanzas de las Audiencias sobre las visitas de Cárceles y obligaciones de los Alcaldes* (61).

Como su título indica, la regulación de las cárceles estaba orientada a cubrir preferentemente dos áreas: las visitas de inspección, y las obligaciones de los alcaldes.

Las visitas de cárceles, previstas ya por el Reglamento provisional

(61) Sobre las visitas de cárceles véase el R. D. de 16 de enero de 1716 y la Ley 30 de junio de 1717, incorporadas a la Novísima recopilación (Ley 1.ª, Título 9.º, Libro 5.º, el primero, y el Título 3.º de la misma Ley y Libro, la segunda). También *Visita de Presos y Penados por los Tribunales* de Angel HUIDOBRO PARDO, en la «Revista de Estudios Penitenciarios», núm. 197, abril-junio 1972.

del 26 de septiembre de ese mismo año, quedaban clasificadas en dos clases: las generales y semanales.

Para la celebración de las vistas generales, el Regente de la Audiencia señalaba con la debida anticipación la hora de su celebración, avisando previamente a los Ministros y Fiscales para que tomaran las disposiciones oportunas y se presentasen a ellas debidamente documentados.

Los Escribanos de los Juzgados de Primera Instancia que tenían causas con presos pasaban a la Escribanía de Cámara más antigua, para su elevación al Regente, una relación de los presos a su disposición con los datos personales de ellos, tiempo de prisión, si se hallaren comunicados o no, delitos atribuidos y estado de los procedimientos.

Por su parte, los Alcaldes y encargados de las cárceles de fuero ordinario también elevaban al Regente otra lista de todos los presos que cada uno tuviere a su cargo, con iguales detalles a los de las Escribanías de los Juzgados.

El día de la visita se organizaba una procesión verdaderamente impresionante que, partiendo del Palacio de Justicia, llegaba a las puertas de la cárcel.

Reunidos todos los Magistrados en el Tribunal, media hora antes, esperaban al Presidente. Llegado el momento se formaba una comitiva en la que marchaba delante, todos en traje de ceremonia, los Ministros, Fiscales y Regidores, además de los porteros y alguaciles. Detrás del Presidente iban el Secretario y dos porteros.

A la puerta del establecimiento esperaban a la Audiencia los Jueces de Primera Instancia y los Alcaldes y Tenientes de Alcalde de la misma si tuviesen presos a su disposición. También asistían los Abogados y Procuradores, Relatores, Escribanos de Cámara, Promotores fiscales de los Juzgados de Primera Instancia de la capital y los escribanos de éstos que tuviesen causas con presos.

A medida que los presos pasaban delante de la Audiencia, el Relator o Escribano daban cuenta de la causa tomando el Presidente la providencia oportuna. El Escribano de Cámara más antiguo iba asentando en pliego separado todas las providencias que se daban de viva voz, para extenderlas luego en el libro de visitas, que firmaba el Ministro más moderno. Concluida la visita y leídas en público, estando de pie los subalternos y demás concurrentes, excepto el Regente, los Ministros y Fiscales y los dos Regidores que asistían al Tribunal, se pasaba al interior a «visitar los encierros o habitaciones de presos y oír sus quejas, con separación de los Alcaldes».

Si en la población había varias cárceles pasaban de una a otra con el mismo ceremonial, disolviéndose a la puerta del último edificio visitado.

Las visitas semanales de cárceles, también reguladas por el Reglamento de 26 de septiembre de 1835, habían de hacerse fuera de las horas de despacho por dos Ministros y el Fiscal a quienes les tocara por turno, «empezando el más antiguo y el más moderno de aquéllos, pero de manera que cada uno en su turno asista a dos visitas, para

que en todas concurra uno que haya hecho la anterior». Debían asistir los Jueces inferiores y un Escribano de Cámara por turno, formándose la procesión con el ceremonial y boato antes descrito, y desarrollándose el ritual en forma similar a la antes descrita para las generales.

El otro gran tema de las Ordenanzas de Audiencias era el de los Alcaldes. En el Capítulo XI, artículo 177, empezaba disponiendo que «en cada una de las cárceles hubiera uno encargado de la custodia de los presos, debiéndose guardar por ahora el orden que rija en la actualidad respecto al nombramiento y salario de estos oficiales».

Si hacemos memoria de lo ya tratado en materia de oficios públicos enajenados y lo trasladamos a los años 1835 y siguientes, podemos irnos haciendo un esquema mental de las arbitrariedades que, lamentablemente, deberían producirse ya que el citado artículo es de una vaguedad increíble.

Por contra, fueron sus redactores excesivamente minuciosos en regular las facultades de los sufridos Alcaldes, a los que les señalaron las siguientes obligaciones que, literalmente, transcribimos:

1. Llevar tres libros: de presos, de existentes por cárcel segura y de salidas (art. 178).

2. No recibir en la cárcel a persona alguna en clase de presa ni arrestada, sino por orden de autoridad competente, o en virtud de entrega por quien esté legítimamente facultado para ello (artículo 179).

3. Cuidar siempre de tener a los hombres separados de las mujeres, y a los muchachos de los hombres, y de que, en cuanto sea posible, no se mezclen ni confundan los meramente detenidos ni los arrestados por graves delitos, ni con malhechores conocidos, ni con otros presos de relajada conducta (art. 180).

4. No permitir que a ningún preso se le haga vejación alguna en la cárcel, ni que a los que entraren nuevamente se les exija cosa alguna (art. 181).

5. No poner nunca prisiones a ningún preso, sino cuándo y cómo lo disponga el Juez respectivo, o cuando sea absolutamente necesario para la seguridad de la persona o para la conservación del buen orden de la cárcel, debiendo inmediatamente dar parte a dicho Juez en cualquiera de estos dos últimos casos, y se estará a lo que él ordene (artículo 182).

6. Tener gran cuidado del aseo y limpieza; de que haya luz encendida de noche; de que no se permitan juegos de interés y de que constantemente observen todos el mejor orden y la mayor regularidad (art. 183).

7. Tener siempre puesto el arancel de sus derechos en sitio donde todos lo puedan leer y nunca cobrar más de lo autorizado. A los pobres de solemnidad no se les exigiría derecho alguno (art. 184).

8. Abstenerse de admitir dádivas ni regalo de ningún preso, ni de sus familias tanto ellos como sus dependientes (art. 185).

9. No exigir ni tomar cosa alguna por permitir la entrada de comida o ropa, pero tomando las precauciones oportunas para los incommunicados (art. 186).

10. No impedir las comunicaciones regulares sin orden del Juez respectivo ni retener a ninguno cuya soltura o salida se haya decretado aunque no haya pagado los derechos, los cuales deberían repetirse contra sus bienes (art. 187).

11. Guardar cuidadosamente las órdenes y mandamientos de prisión o de arresto para presentarlos en las visitas de cárceles (art. 188).

Evidentemente, tanto las Reales Ordenanzas de las Audiencias como su Reglamento tuvieron un alcance muy superior al carcelario, siendo, en verdad, y pese a su denominación, auténticas leyes procesales y orgánicas para la Administración de Justicia. Sería, pues, excesivo por nuestra parte pretender justificarlas exclusivamente por el movimiento de reforma del sistema penitenciario emprendido por Fernando VII. Pero ello no es óbice para que, a través de su articulado, podemos ver plasmado en ellas los principios de legalidad procesal, penal y penitenciario, y sobre todo la afirmación, que compartimos plenamente de que los órganos judiciales deben mantener respecto de sus presos y penados facultades inspectoras y vigilantes, toda vez que nuestra actividad no es exclusivamente de naturaleza administrativa.

Por eso encontramos justas y convenientes las averiguaciones de las autoridades jurisdiccionales sobre el trato, alimentación y asistencia de los detenidos procesados y condenados, o sobre si se les incomoda innecesariamente, o si no se les pone las prisiones reglamentarias, o si se les mantiene indebidamente en situación incompatible con su situación procesal, etc.

Nada de esto les fue ajeno. Tan conscientes fueron en estas cuestiones que tanto por la experiencia propia, cuanto por los reveses sufridos por el Estado a nivel nacional sobre el establecimiento de una red de presidios, demandaron con urgencia la puesta a punto de una política de largo alcance destinada a la construcción de cárceles de nueva planta que fueran sustituyendo paulatinamente a las existentes.

Por R. D. de 9 de junio de 1838 se preceptuó que las condiciones que habían de reunir las nuevas cárceles serían las siguientes:

1.ª Se situarían fuera del centro de las poblaciones.

2.ª Tendrían la extensión necesaria para establecer la separación entre ambos sexos, entre detenidos y presos, entre jóvenes y viejos, entre reos de delitos atroces y los que no se hallen en ese caso, y entre los incommunicados.

Y 3.ª Tendrían, asimismo, la capacidad bastante para los locales de trabajo, talleres, almacenes, dormitorios, enfermería, cocina, buenos

patios, sala de visitas, oratorio, cuerpo de guardia, habitaciones para el Alcaide y algunos dependientes, etc.

Por su parte, la Sociedad Filantrópica, en 17 de febrero de 1841, presentaría al Gobierno las bases para la construcción de las cárceles de Madrid, que habrían de servir de modelo a todas las del Reino; bases aprobadas por R. O. de 17 de julio del mismo año, en las cuales se establecería un sistema de clasificación gradual, se prohibiría el ingreso de los militares en las cárceles civiles hasta que fuesen sentenciados, y se dispondría la separación entre los presos por deudas y los reclusos por motivos políticos.

En lo que sí coincidieron, aunque por razones distintas, tanto los expertos en presidios como en cárceles, fue en la necesidad de que los Jefes o Alcaldes habitasen en los establecimientos de su mando. En este punto y por lo que a los mismos se refiere, la concordancia la encontramos tanto en el artículo 177 de las Ordenanzas de las Audiencias como en los RR. DD. de 9 de junio y 28 de diciembre de 1838.

El paso siguiente lo marcó el R. D. de 25 de agosto de 1847, aprobatorio del *Reglamento para las Cárceles de las capitales de provincia*, que vino, pese a sus deficiencias, a cubrir el notorio vacío de una normativa que viniera a acompasar el régimen interior de las cárceles del país.

Este Reglamento, compuesto de 81 artículos, distribuidos en 17 capítulos, marca una etapa más en la senda de la reforma. De él, lo veremos, las instituciones carcelarias obtendrían algunas mejoras para tiempos futuros, aunque ello no nos coharta para calificarlo de pobre, corto e irregular.

Su capítulo primero está contenido en su primer artículo y trata de los edificios, de los que dice, se distribuirán de la forma siguiente:

Primero. Departamento para hombres, subdividido:

- 1.º En sección de acusados por delitos leves.
- 2.º En sección de acusados por delitos graves.
- 3.º En sección de sentenciados por delitos leves.
- 4.º En sección de sentenciados por delitos graves.
- 5.º En sección de incomunicados.
- 6.º Sección de los jóvenes que no lleguen a la edad de quince años.

Segundo. Departamento para mujeres, subdividido en los mismos términos que el de hombres, separando de las adultas las que no lleguen a la edad de doce años.

Tercero. Enfermería.

Cuarto. Capilla.

Quinto. Salas para declaraciones y careos.

Sexto. Habitaciones del Alcaide y dependientes.

Séptimo. Local para talleres y demás oficinas del establecimiento.

Creemos será innecesario añadir comentario alguno a tan insólito precepto. Distribuir en los edificios los departamentos de hombres y mujeres en seis secciones por igual (incluida la diferencia en las edades de los menores) es una decisión cargada de un teorismo imprecisante. Unase a ello la mezcla que hace de las dependencias de enfermería, capilla, locutorios, viviendas para el Alcaide (que luego llama Director) y sus dependientes, con las de talleres y oficinas y se comprenderá nuestra sorpresa.

En cuanto a la figura del Director (62), con la que, acertadamente empieza, la mejora en varios sentidos:

1. En cuanto que la promociona, toda vez que dispone que su nombramiento sea mediante propuesta de una terna hecha por el jefe político, en la que muestra su preferencia por militares, y dentro de éstos de los que «a lo menos» tengan la graduación de Comandante, categoría notable para su tiempo.

2. En cuanto a que su nombramiento queda a la decisión de S. M.

3. En cuanto que aclara que su función tiene un doble carácter:

— Administrativo, «de agente de la Administración», dependiente del jefe político de la provincia.

— Judicial, «dependiente de la Autoridad Judicial».

Por el contrario, es criticable dos de sus mandatos:

1. Aquel por el que dispone que «no le servirá de descargo la omisión o descuido de los empleados subalternos, a quienes podrá suspender de sus funciones siempre que lo juzgue conveniente, dando de ello conocimiento al Jefe político para la resolución que corresponda» (art. 7.º).

2. Y el que ordena la apertura de un libro, de hojas numeradas y rubricadas por el citado Jefe político, para anotación de las informaciones y observaciones que a él habían de transmitírsele sobre la

(62) Las retribuciones anuales fijadas, que no llegaron a tener efectividad, fueron:

PERSONAL	SUELDO ANUAL		
	Madrid	Capitales en que hay Audiencias	En las demás capitales
1.º De un Director (1)	16.000	12.000	10.000
2.º De un Ayudante	5.000	5.000	4.000
3.º De un Facultativo	5.000	4.000	3.000
4.º De un Capellán	2.000	2.500	2.000
5.º De una Inspectora	2.000	2.500	2.000
6.º Del número de dependientes necesarios, con la asignación cada uno de	3.000	2.500	2.000

conducta de los presos y en su relación con el orden en el establecimiento (art. 12).

Acertadísimo es el diseño que hace de la figura del Ayudante, suplente del Director, atribuyéndole indistintamente las funciones económicas y regimentales.

También es progresivo el tratamiento que dispensa a los Facultativos, médicos-cirujanos, en cuanto que no les exige la condición de militares ni la obligación de vivir dentro del establecimiento como, ingenuamente, dispuso la Ordenanza de Presidios. Aquí su candidez sólo quedó en la «incompatibilidad con otro cargo público» y en la doble visita diaria a los enfermos, no porque creamos que ante casos justificados no las hiciesen, sino por cuanto que de hecho, no habiendo enfermos de cuidado es lógico suponer que no la repitieran.

A los Capellanes, que presuponen hombres de gran cultura (63), bondad y celo religioso, les exige el cumplimiento de las obligaciones de su ministerio «así en el departamento de hombres como en el de mujeres». No les pide tampoco que vivan dentro de la cárcel ni que sean de procedencia castrense como para lo de los presidios. Se limita a señalarles los actos cúltricos principales a celebrar, añadiéndoles solamente, como novedad, el encargo de, diariamente, al recogerse los presos a sus dormitorios, darles una plática «sobre las consecuencias del vicio y las ventajas de las acciones virtuosas»

Por primera vez en la historia penitenciaria aparece regulada la figura de la Inspectora, encargada del departamento de mujeres, persona de edad madura, soltera o viuda, a la que obliga a vivir dentro de la cárcel, no pudiendo salir de ella sin permiso del Director. Las mismas limitaciones las imponía a los porteros (64) y llaveros.

El régimen interior previsto se caracterizaba por su excesiva y no disimulada rigurosidad:

— Incomprensiblemente, al toque de campana, en todas las épocas del año, al amanecer, se anunciaba la hora de levantarse.

— La incomunicación estaba prevista más como una medida de seguridad que como una situación procesal: los incomunicados debían de ser cambiados frecuentemente de celda.

— El horario de talleres era:

de 7 a 10 y de 13 a 18, de abril a septiembre, y
de 8 a 11 y de 12 a 16, de octubre a marzo.

— Los dos ranchos, de mañana y tarde, se distribuían a la salida del trabajo, siendo el de la tarde para los presos pobres.

— Imperaba, predominantemente, la regla del silencio.

(63) Las Circulares de 11 de enero de 1841 y 20 de mayo de 1842 encomendaron a los Capellanes, entre otros cometidos, el de impartir la educación primaria. La primera escuela normal establecida fue en el Correccional de Salamanca.

(64) Los encargados de la puerta principal, debían de ser casados.

— Las comunicaciones, por la tarde, sólo podían celebrarse con los defensores en la sala de declaraciones, y con los parientes de primer grado y los autorizados por los Jefes políticos a través de doble reja.

Por lo que a la policía de salubridad se refiere, su articulado, excesivamente gráfico, es de un realismo impresionante: Consiste en la ventilación, la limpieza del edificio (que hacían los presos pobres) y el aseo de los reclusos.

La seguridad la hace descansar en la guardia exterior (65) y en los registros.

Era sancionable tomar vino, aguardiente, licores y demás bebidas espirituosas; jugar; disputar, gritar, cantar canciones deshonestas, blasfemar y ofender la decencia y la moral; manchar o desmoronar las paredes y destruir los efectos del establecimiento o de los otros presos; así como conservar en su poder dinero (que tenían la obligación de depositar a su entrada en la caja del establecimiento mediante recibo). Estaba previsto que para procederse a la aplicación de castigos disciplinarios debían ser instruidos de sus deberes y derechos.

El cuadro de correcciones a aplicar, según las circunstancias del caso, y previa graduación por el Jefe político provincial, era:

- 1.º Prohibición de comunicaciones.
- 2.º Encierro en calabozo.
- 3.º Encierro en calabozo, a pan y agua, hasta cinco días.
- 4.º Resarcimiento del daño causado.

En materia laboral, previstos los talleres, y en espera de su Reglamento particular, sobresalen las siguientes notas positivas:

— Fomento de laborales de fácil consumo y construcción, evitando la competitividad carcelaria a la industria libre.

— Aceptación de apoyos asociativos filantrópicos.

— Trabajo obligatorio para los condenados controlado por la administración carcelaria, y con prohibición de hacerlo por cuenta propia.

Por el contrario, encontramos regresivo el sistema retributivo de los reclusos trabajadores toda vez que,

A) Los condenados sólo tenían derecho a la mitad de lo ganado, que podían disfrutarlo a su salida en libertad, y en tres partes:

La 1.ª (1/3), a su excarcelación.

La 2.ª (1/3), a los tres meses de su excarcelación.

La 3.ª (1/3), a los seis meses de su excarcelación.

Si en ese tiempo reincidían o cometían nuevo delito, la suma retenida quedaba en beneficio del establecimiento. Por otro lado, en casos de necesidad (justificando previamente la pobreza) podían los sentenciados «disponer de la mitad de su peculio en favor de la familia».

(65) Que dice, «deberá ser proporcionada al número de presos y destinada a su custodia y a auxiliar al Director cuando éste lo reclamare».

B) Los preventivos, que podían ocuparse en toda clase de trabajos compatibles con la seguridad y el orden del establecimiento, únicamente tenían derecho al producto de su trabajo si eran absueltos, porque de no serlo quedaba bloqueado y remitido al centro donde fueran trasladados.

Ninguna de las dos soluciones fueron afortunadas, porque las re-tenciones impuestas a los condenados, so pretexto de asegurar un buen comportamiento futuro, encubrían una notoria injusticia, y, en cuanto a los preventivos porque conexionaba arbitrariamente la percepción de unos jornales con el resultado de la causa criminal.

De cualquier manera, en tan absurdas disposiciones, hubo algo importante y definitivo: se habló por primera vez del «peculio» para designar a los saldos o cuentas personales de los reclusos en sustitución de la expresión «cartilla de ahorro».

El sistema económico recogido en el capítulo de ingresos y gastos es interesante,

1. Porque regulaba el sistema de financiación de la cárcel basándose, en parte, de los ingresos provenientes de la mitad de los jornales de los reclusos.

2. Porque aclaraba un tanto triunfalísticamente que los gastos de material y personal de las cárceles serían a cargo del Estado.

3. Porque desplazaba los gastos de alimentación y enfermería a las corporaciones provinciales en caso de ser los presos pobres.

También dispuso como supletorios en estas materias los Reglamentos aprobados para los Presidios el 5 de septiembre de 1844.

Terminaba este Reglamento de Cárceles de capitales de provincias con unas disposiciones generales que, prácticamente, recogían las normas disciplinarias, por cierto, sin concretar la penalidad a aplicar cuando hubiere lugar, aunque fácilmente se puede presuponer la solución.

Estas eran:

— Queda prohibido que los empleados y dependientes compren, cambien, vendan o alquilen ningún efecto a los encarcelados (art. 76).

— Queda prohibido que los empleados y dependientes hagan trabajar a los presos en cosas de su uso o servicio particular (art. 77).

— Se prohíbe también la existencia de cantinas, y que los empleados y dependientes faciliten a los presos ningún género de bebidas o alimentos (art. 78).

— Se prohíbe del mismo modo que los encarcelados vendan o cambien entre sí su ración ni la ropa necesaria para su uso (art. 79).

— Se prohíbe asimismo toda clase de derechos o impuestos carcelarios, ya sean los que se cobran por alquiler de habitaciones y los conocidos con el nombre de entrepuertas, de grillos y demás de su clase, ya sean los que acostumbran a exigir los presos a los nuevos encarcelados con la denominación de entrada o de bienvenida (art. 80).

— Finalmente, se prohíbe que los empleados y dependientes admitan de los presos, ni de sus parientes ni amigos, ninguna gratificación, presente ni recompensa, bajo pretexto alguno (art. 81).

III

LAS PRISIONES

Con la Ley de Prisiones de 26 de julio de 1849, el sistema penitenciario español da un paso decisivo en la unificación normativa de los presidios y cárceles.

La promulgación de este marco jurídico común, traerá consecuencias trascendentales, entre las que destaca prioritariamente la vertebración de los establecimientos en dos áreas más amplias: la de las prisiones civiles y la de las militares, aquéllas dependientes del Ministerio de la Gobernación y éstas del de la Guerra.

En segundo lugar, se clarificará la doble naturaleza jurídica de la actividad penitenciaria, administrativa y judicial, que hará desaparecer las Juntas Económicas para dar paso a otras de contenido más amplio denominadas de Cárceles.

Y, en tercer lugar, ocurrirá un fenómeno altamente significativo: el empleo, a partir de entonces, del vocablo «prisiones» para designar a las edificaciones modélicas y científicas destinadas a guardar a las personas que ordenen las autoridades jurisdiccionales por situaciones derivadas de la comisión de infracciones penales o administrativas, dejándolo en desuso como equivalente a medios asegurativos individuales (hierros, cadenas o grilletes).

Esto es lo que en líneas generales vamos a descubrir a través del estudio de su articulado.

Comencemos diciendo que esta Ley, aprobada en Cortes y sancionada por S. M. Isabel II, no fue un instrumento convergente creado artificialmente por inspiración del Conde de San Luis, a la sazón Ministro del Departamento de la Gobernación, sino la legalización de una nueva situación fáctica surgida por la concurrencia de una serie de factores entre los que sobresalen:

1. La aplicación de la Ordenanza General de Presidios como normativa supletoria para las cárceles.
2. La consagración, a nivel presdial, como principios básicos del tratamiento penitenciario y de las garantías jurídicas de los reclusos, los recogidos en la Ordenanza de las Audiencias.
3. El descubrimiento de la doble faceta —administrativa y judicial—, en la parte ejecutiva de las medidas cautelares y penas privativas de libertad, reconocida por el Reglamento de Cárceles de capitales de provincia.
4. La necesidad de ajustar todo un entramado jurídico a unos esquemas estructurales dada la unidad jurisdiccional, penal y procesal.
5. La conveniencia de ir ordenando un plan de ordenación a medio y largo plazo que resolviera los problemas económicos, funciona-

riales y arquitectónicos existentes y que las nuevas doctrinas científicas demandaban.

Justificada su necesidad, comprendidas las razones que la requerían y estudiadas las coordenadas a las que habría de ajustarse, la Ley de Prisiones de 1849 se materializó en 34 artículos, divididos en 7 capítulos:

- Capítulo I Del régimen general de las prisiones.
- Capítulo II De los depósitos municipales.
- Capítulo III De las cárceles.
- Capítulo IV De los Alcaldes de prisiones.
- Capítulo V De los establecimientos penales.
- Capítulo VI De los gastos de las prisiones.
- Capítulo VII De las atribuciones de las Autoridades judiciales en las prisiones.

A partir de entonces el régimen interior y la administración económica de *todas* las prisiones civiles quedaban sometidas a los preceptos de esta Ley bajo la dependencia del Ministro de la Gobernación, en la inteligencia que, al decir «régimen», el legislador se refería a las reglas, normas o preceptos jurídicos, y que éstos tendrían unas zonas de aplicación muy claras:

- La seguridad.
- La asistencia sanitaria (salubridad y comodidad).
- El orden disciplinario (policía de orden y disciplina).
- La clasificación de los presos (en sus correspondientes localidades), y el tratamiento que se les da.

A partir de ahora, las jefaturas de las prisiones las ostentarán los Alcaldes (66), con la dependencia siguiente:

Alcaldes	}	de depósitos municipales	}	con dependencia de los Alcaldes, y nombramiento del Jefe político de la provincia.
		de las cárceles de capitales	}	con dependencia de los Jefes políticos provinciales y nombramiento del Gobierno.
		de los presidios	}	dependientes de la Dirección General de Presidios y nombramiento del Gobierno.

(66) Se vuelve a emplear el término Alcaide para designar a los Directores de las Cárceles.

Las antiguas Juntas Económicas se transformaron en *Juntas de Cárceles*, y aquéllas, creadas preferentemente para control de economía y orden interior, darán paso a éstas, evidentemente más amplias, y con una perspectiva distinta: garantizar la correcta aplicación de las leyes y reglamentos.

Comparemos su estructura:

Antiguas Juntas Económicas	{ <ul style="list-style-type: none"> Presidente: El Subdelegado provincial o Gobernador (en Africa). El Comandante del Presidio. El Comisario de Revistas. El Mayor.
Nuevas Juntas de Cárceles	{ <ul style="list-style-type: none"> Presidente: El Jefe político provincial. Vicepresidente: Un magistrado de la Audiencia, designado por su Sala de Gobierno. Un Consejero provincial nombrado por el Presidente. Un eclesiástico designado por el Diocesano.

Las funciones inspectoras atribuidas a las nuevas Juntas de Cárceles se verificaban semanalmente «para tener conocimiento de cuanto concierne a su régimen y disciplina».

Las inspecciones judiciales las efectuaban:

1. En los Correccionales, Cárceles de capitales de Audiencia, de Partido y Depósitos Municipales, el Juez y el Promotor Fiscal.
2. En los Presidios peninsulares e islas adyacentes, las Audiencias respectivas y el Ministerio Fiscal.
3. En los Presidios africanos, el empleado de mayor categoría jerárquica.

Independientemente, el Fiscal del Tribunal Supremo tenía reconocido el derecho a visitar a estos efectos todas las Prisiones del Reino.

El problema creado en torno a la naturaleza y clase de las funciones inspectoras —lo iremos viendo—, estuvo mal planteado y en consecuencia deficientemente resuelto. Pero así quedó. Si hubo o no claridad de ideas, lo ignoramos, porque en el mundo de las prisiones en los que tantos intereses se entremezclaban ocurrió más de una vez que lo menos claro era... lo más claro. Resumiendo, que las autoridades judiciales giraron sus visitas «al sólo efecto de enterarse de si se cumplían las condenas en el modo y forma con que se habían impuesto» (art. 34), y las administrativas para fiscalizar el régimen interior y su marcha económica (art. 2.º).

Los Depósitos Municipales se establecieron en cada distrito o pueblo para cumplimiento de las penas de arresto mayor y para custodia

de los procesados hasta su traslado a las cárceles de Partido. Los arrestados podían comunicar con sus parientes y amigos y ocuparse de toda clase de trabajos compatibles con la seguridad y el buen orden del Depósito, siendo de su propiedad el producto de lo que obtuvieran. Tanto los presos como los arrestados tenían la obligación de abonar el importe de su manutención salvo si se tratara de presos pobres, en cuyo caso estaban previsoramente socorridos.

Las Cárceles de Partido y de Capitales de Audiencia se destinaron a la custodia de presos «con causa pendiente» y sentenciados a penas de arresto mayor. A estos establecimientos, supuestas sus mayores posibilidades funcionales que los Depósitos Municipales, se les exigió practicasen con los reclusos las siguientes separaciones:

1. Entre los de diferente sexo.
2. De los del mismo sexo, entre varones menos de dieciocho años y mujeres menores de quince, de los que hubiesen cumplido esas edades.
3. Entre presos comunes y por causas políticas.
4. Entre presos y arrestados.

Los Establecimientos Penales se destinaron para el cumplimiento de las condenas superiores, de la siguiente forma:

- Presidios de la península, Baleares y Canarias.
 - Penados a reclusión perpetua o temporal.
 - Penados a presidio mayor, menor o correccional.
 - Penados a prisión mayor, menor o correccional.
- Presidio de Ceuta y menores, para penados a cadena perpetua.
- Arsenales y Destacamentos de obras públicas y de fortificación para penados a cadena temporal.

Dentro de la variedad de Establecimientos penales, las separaciones previstas entre los sentenciados era:

1.º Con arreglo a la diversa naturaleza de sus condenas respectivas, estando siempre los sentenciados por causas políticas completamente independientes y separados de los que lo hayan sido por otros delitos.

2.º Con arreglo a la diferencia de edad los que tengan una misma condena, separando de los más adultos a los que no hayan cumplido dieciocho años siendo varones, y quince si eran mujeres (art. 25).

De cualquier manera, en estas prisiones de cumplimiento de penas imperaría la regla del silencio durante el trabajo y la exclusión de aquellas actividades laborales que a juicio del Jefe político estimase podrían perjudicar a las industrias de su provincia.

Lo dispuesto en materia de gastos podría esquematizarse de la siguiente manera:

Gastos de

Depósitos Municipales	}	personal	}	Ayuntamientos
		medios materiales		
		alimentación		
Cárceles de Partido y Capitales de Audiencia	}	personal	}	Estado
		medios materiales		Los Partidos respectivos
		alimentación		
Establecimientos Penales	}	personal	}	Estado
		medios materiales		
		alimentación		
		vestuario		

Los Correccionales a construir en cada capital de provincia, empezando por aquéllas que tuvieran Audiencia, serían a cargo de las Diputaciones Provinciales.

Este era el diseño de la Ley de Prisiones de 1849, promulgada bajo la influencia de dos circunstancias muy especiales: la puesta en escena del nuevo Código penal, con un catálogo distinto de penas, y la escandalosa falta de edificios y medios económicos para aplicarla, que explica ese suspiro contenido de... «Interín se implanten los establecimientos que prescribe el Código...», repetido en los artículos 23 y 24, y el eco producido en nuestra Patria por los nuevos sistemas penitenciarios norteamericanos (67).

Siguiendo con una tradición un tanto negativa y parcial, el capítulo correspondiente a los Alcaldes vendría a ser otro nuevo repaso de sus obligaciones:

— Llevar dos registros, sellados y foliados por la autoridad política provincial; uno para presos y otro para condenados, con inserción de los mandamientos o sentencias que los causaren.

— Remitir al archivo del Juez de Primera Instancia del Partido los documentos fenecidos.

— Cumplir los mandamientos y providencias de los Tribunales y Jueces respectivos en lo concerniente a la custodia, incomunicación y soltura de los presos.

— Cuidar del orden y disciplina, haciendo observar los Reglamentos y dando cuenta sin detención a la autoridad competente para que dictare las disposiciones convenientes.

(67) Entre los admiradores de Jeremías Bentham puede citarse a Marcial Alonso López; de Haviland al arquitecto Aranguren y de Auburn a los propios partícipes en la confección de la Ley de Prisiones de 1849.

— No agravar a los presos con encierros, grillos y cadenas salvo por razones de seguridad, dando cuenta a la autoridad.

— Destinar a los presos a las localidades que les correspondieren a su situación procesal-penal.

— No recibir dádivas de los presos ni retribución alguna que la que les pudiera corresponder legalmente, incluidos los derechos de arancel.

— Adoptar las medidas que creyeran convenientes para la seguridad del establecimiento, sin vejación alguna para los presos y dando cuenta a la autoridad competente «quedando a cargo de ésta consultar al Jefe político de la provincia en los casos que considere necesaria su resolución».

El último título, sobre las atribuciones de las Autoridades judiciales en las prisiones (arts. 30 al 36) comprendía tres temas concomitantes: el de las visitas de inspección, la traslación de presos y la forma de resolver las cuestiones de competencia entre estas autoridades y las administrativas.

La cuestión de las visitas se intentó resolver, absurdamente, a base de dos tratamientos diferentes según se tratase de depósitos y cárceles (art. 30), o establecimientos penales (art. 34). Como este punto lo hemos comentado anteriormente, simplemente réstanos decir que al disponer las visitas a establecimientos para preventivos y arrestados encargó a los Jueces y Tribunales, así como al Ministerio Fiscal, que con ocasión de las mismas hicieran cumplir con exactitud las providencias judiciales, que evitaran que los presos y detenidos, aunque lo fueran gubernativos, sufrieran detenciones ilegales, y que los arrestados cumplieran sus condenas al tenor de las sentencias dictadas. Incomprendiblemente, para las visitas a los establecimientos penales, a las que dedica un amplio artículo —el 34—, les pidió se interesaran sobre si se cumplían las condenas y el modo y forma de ejecutarse. Para la posteridad quedarán pendiente la duda sobre la diferencia que pudiera existir entre «enterarse sobre si las condenas se cumplían conforme al tenor de las sentencias», y «el modo y la forma de su cumplimiento». Aquí quedó abierto para tiempos venideros un largo capítulo de soluciones a cual más descabelladas, según el momento histórico que se trate, sobre hasta dónde, cuándo y cómo ha de ser la intervención de las autoridades judiciales y administrativas en la ejecución de las penas... y todo por una simple cuestión de intereses, amén de la insuperable incapacidad de los penitenciarios para resolver de una vez por todas el problema de la naturaleza jurídica de su función.

Sentimientos muy distintos nos causa la contemplación de la normativa en el apartado de las traslaciones (conducciones) de los presos preventivos. Aquí nuestra alabanza ha de ser rotunda, porque independientemente del criterio científico o doctrinal que se pueda adoptar al respecto, no dejamos de reconocer que el pensamiento del legislador fue claro y consecuente. Manda que sea la Autoridad judicial la encargada de disponer la traslación de los presos con causa pendiente cuando

así convenga para una «más expedita y cumplida administración de justicia», pero nunca «en masa a los presos de una cárcel a otra» sin ponerse previamente de acuerdo con la Autoridad civil. Con la misma rotundidad ordena que las traslaciones de presos preventivos fuera del lugar de residencia del Tribunal o Juzgado instructor de la causa no se verificase «sino en casos de necesidad y siempre como medida temporal» (68).

En cuanto a las cuestiones de competencia, el artículo 33 dispuso: «El desacuerdo entre un Alcalde y un Juez de primera instancia será dirimido por el Regente de la Audiencia del territorio y el Jefe político de la provincia. No conviniendo en la resolución aquellos dos empleados superiores, o suscitándose desde el principio entre ellos desavenencias, elevarán los antecedentes por el conducto ordinario respectivo al Gobierno de S. M. para que decida. El desacuerdo que ocurra entre el Regente y un Alcalde, o entre el Jefe político y un Juez, lo decidirá el Gobierno, a quien se remitirán también los antecedentes en igual forma. Entre tanto no será trasladado el preso, o si ya lo estuviere por causa urgente, permanecerá en la cárcel donde se halle».

La Ley de Prisiones de 1849, pese a su rango normativo, ciertamente no resolvió el problema de las mismas. Marcó, eso sí, un camino. Dejó la puerta abierta para posteriores soluciones reglamentarias que completaran su esquema, pero —reconozcámoslo— su acción quedó corta. Pasó sin tocar muchos de los grandes problemas pendientes como el de la seguridad de las prisiones, que luego se suscitó bajo la polémica de guardia militar o guardia penitenciaria (69); el del trabajo de los reclusos, a las puertas del ocaso para ellos en las obras públicas y el insuficiente desarrollo de los talleres interiores (70); el

(68) Quisiéramos añadir a la vista de los arts. 31, 32 y 33 que, a pesar de nuestro elogio, en el tema de las traslaciones, se soslayó intencionadamente el de los penados.

(69) Esta polémica, centrada en la discusión sobre las ventajas e inconvenientes que, para la seguridad y orden interior y exterior ofrecían cada una de ellas merece comentario aparte. Aquí simplemente queremos señalar la falta de visión que supuso el ignorar las posibilidades que podía ofrecer el Benemérito Instituto de la Guardia Civil, fundado por R. D. de 28 de marzo de 1844 como cuerpo especial de fuerza armada de infantería y caballería bajo la dependencia del Ministerio de la Gobernación, con objeto de proveer al buen orden, a la seguridad pública y a la protección de las personas y de las propiedades, fuera y dentro de las poblaciones. Su reglamento de 2 de agosto de 1852 le encomienda funciones similares a las de la policía judicial. Tanto la R. O. de 30 de octubre de 1879 aprobatoria de la Cartilla de la Guardia Civil, como la Circular de 20 de septiembre de 1855 contiene normativa muy apreciable en materia de conducciones y búsqueda y captura de desertores. En igual sentido la R. O. de 9 de julio de 1855 mandando que cuando ocurran fugas de confinados, los comandantes de los Presidios den parte de ellas a los de la Guardia Civil, remitiéndoles copia de las medias filiaciones de los desertores.

(70) Vid. Circular de 25 de julio de 1841, comunicando la R. O. en que se manda establecer talleres en los Presidios; R. O. de 2 de noviembre de 1845, declarando que los talleres de los presidios están exentos de la contribución industrial; o la R. O. de 6 de diciembre de 1848, mandando fomentar el desarrollo y mejora de los talleres de los presidios.

de la situación administrativa del personal empleado, toda vez que tanto el sistema de designación mediante la presentación de una terna como el de las cesantías no dejaba de ser una arbitrariedad (71); el de la instrucción, en manos provisionalmente de los Capellanes (72); el de los edificios, con una urgente necesidad de disponer de un mínimo de ellos que resolviera la angustiosa situación (73); el de la asistencia sanitaria, con todo un cúmulo de cuestiones pendientes que afectaban tanto a los propios facultativos como a las dotaciones de sus enfermerías (74); el de los pluses, necesitado de soluciones definitivas (75); el de los socorros a los presos pobres, que los hiciera suficientes y de fácil percepción (76); el del vestuario, equipo y calzado, con su secuela de insuficiencias económicas, eso sin contar con problemáticas más concretas como la de los demandaderos, los licenciamientos, la organización administrativa y otras.

(71) En la Base 15.^a de la Ley de 21 de octubre de 1860, para el establecimiento de un buen sistema penitenciario, se cuidó de establecer la correspondiente sobre las atribuciones del personal, las condiciones que había de reunir, los sueldos a disfrutar según categorías y «las garantías de estabilidad que se les deba conceder, fundadas en la inamovilidad», materias todas ellas ignoradas por esta Ley.

(72) Previstos por la Ordenanza de Presidios de 1834. Véanse, la R. O. de 11 de enero de 1841, encomendándoles las escuelas de los establecimientos penitenciarios a los Capellanes, aumentándoles por este servicio su dotación. La Circular de 20 de mayo de 1842 recomendó el exacto cumplimiento de sus obligaciones a los Capellanes y encareciéndoles la creación de escuelas de primeras letras.

(73) Y de los que nadie se atrevió a decir que nunca estarían a satisfacción mientras su construcción y mantenimiento quedase a expensas de las arruinadas Haciendas de las Administraciones Locales.

(74) Vid. RR. OO. de 22 de septiembre de 1847 y 26 de febrero de 1848.

(75) Vid. RR. OO. de 10 de diciembre de 1838, sobre pluses a empleados y a reclusos ocupados en obras públicas; de 23 de febrero de 1846 sobre pluses para trabajadores penados en carreteras; de 12 de febrero de 1849 sobre pluses a penados que trabajen en obras del Estado o por cuenta de los establecimientos y determinando la clasificación de los obreros; y de 12 de febrero de 1849 sobre lo que han de devengar los cabos de vara y confinados concedidos para las obras públicas o particulares.

(76) Vid. RR. OO. de 10 de junio de 1842 mandando que todo preso pobre, cualquiera que sea su naturaleza, sea alimentado a expensas del partido en cuya cárcel se hallare, sin derecho en éste a reclamar nada por ello a su provincia, y que lo mismo se observe respecto a los presos transeúntes, por lo que hace a su haber; de 26 de mayo de 1844, mandando que se atienda a la manutención de vagos y malentretenidos por los mismos medios que a los demás presos pobres, y no por cuenta de los presidios; de 7 de enero de 1846, mandando que los presos pobres mantenidos como tales y condenados a hacerlo a sus expensas sean obligados a reintegrar cuando llegaren a mejor fortuna; de 31 de diciembre de 1847, mandando que se comprendan en los presupuestos provinciales los gastos de manutención de presos pobres de las Cárceles de Audiencia, y en los Municipales los que se hagan con los presos en las cárceles de partido; de 6 de abril de 1848, fijando las reglas para la traslación de penados de un presidio a otro y el socorro correspondiente; y de 31 de julio de 1849, mandando que los Jefes políticos señalen a los pueblos la cuota que les corresponda para manutención de presos pobres, y que sean administradores de estos fondos los alcaldes de las cabezas de partido.

La actualidad de la extradición en el derecho francés(*)

ANDRE DECOCQ

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Derecho,
Economía y Ciencias Sociales de París (París II)

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Derecho material*: A) Preponderancia de los tratados. B) Extradición de los autores de los crímenes graves.—III. *Derecho procedimental*: A) Ampliación del control jurisdiccional. B) Importancia de la decisión gubernamental.

I. Esta actualidad continúa en aumento. Y no porque la Ley de 10 de marzo de 1927 relativa a la extradición de extranjeros haya sido modificada, sino porque se ha ido estrechando la red de tratados que obligan a Francia. Sobre todo la Jurisprudencia ha efectuado cambios radicales de la máxima importancia y la práctica gubernamental se ha convertido de forma notable en otro factor de la cuestión.

¿Cuáles son las causas de estos cambios y cuál es su significado?

¿Las causas? Son diversas y aunque algunas son comunes a todos los Estados de Europa occidental, otras son propias de Francia.

Estos Estados tienen, en primer lugar, en común lo siguiente: que participan en la construcción europea. Incluso aunque ella sea lenta, ha llegado a un punto tal que los países de la vieja Europa que continúan siendo democráticos ya no son totalmente extraños los unos en relación con los otros. Ciertamente que al menos es prematuro considerarles como una federación e incluso como una confederación. Pero la comunidad económica, la alianza militar, la adhesión a los mismos valores espirituales y humanistas que atestiguan los convenios del Consejo de Europa tienden a cicatrizar el corte de las fronteras.

Por lo tanto, la extradición no puede presentar la misma naturaleza jurídica en las relaciones de Estados completamente extraños entre sí

(*) Texto de la conferencia pronunciada por el profesor Decocq en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, el 22 de noviembre de 1985, invitado por el Departamento de Derecho Penal de la misma.

Traducción del francés por Carlos María Romeo Casabona, profesor titular de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza.

y de Estados que pertenecen a un mismo conjunto comunitario como Europa. Es sabido, siguiendo el análisis clásico de la doctrina, que la extradición puede revestir el carácter de un acto de gobierno, fundado en consideraciones políticas, o el de un acto de jurisdicción, realizado conforme al derecho, y que puede combinar ambos en proporciones variables. Los Estados a los que no les une ninguna afinidad particular tienden a conceder o a rechazar la extradición por un acto de gobierno; no se comprometen por adelantado, mediante tratados, a entregarse las personas perseguidas o condenadas; como máximo, si son liberales otorgan a éstos una protección a través de reglas de fondo (como la no extradición en materia política) y por reglas de procedimiento, contra una entrega arbitraria a un país extranjero. Por el contrario, la existencia de tal afinidad incita a los Estados a concluir convenios que les obligan tanto más estrechamente cuanto más próxima es aquélla, de tal modo que la decisión de extraditarlo, de no extraditar tiende a convertirse en un acto de jurisdicción declarativo del derecho del Estado requirente a la extradición o del derecho del fugitivo a la no extradición. Y cuanto más adquiere esta naturaleza la decisión de extraditar tanto más se confunde el procedimiento del que aquélla es el resultado con el procedimiento jurisdiccional ordinario.

Está claro, en estas condiciones, que la extradición entre Estados de Europa occidental está destinada a la naturaleza de un acto de jurisdicción, reduciendo a la mínima expresión las prerrogativas gubernamentales. La idea había sido lanzada, por lo demás, en 1979, por el gobierno francés de aquel momento, en el sentido de que los Estados miembros de la Comunidad Europea debían hacer de sus territorios un «espacio judicial europeo».

Tal idea se había hecho clara bajo la presión de otro factor que los Estados de Europa occidental tienen desgraciadamente en común: el terrorismo, que por razones que merecerían una profundización, parece poco preocupante en la Europa del Este. Este terrorismo, en efecto, instala normalmente sus retaguardias, sus puntos de refugio y sus reservas de armamento en un país distinto del país donde opera, y cuenta con las fronteras y con una concepción amplia de la no extradición en materia política para ponerse al abrigo de los Estados que combate. Como los combaten mediante actos que constituyen los crímenes más graves conforme al derecho común y, además, atacan a los valores democráticos admitidos por todos estos Estados, la réplica inmediata natural para los mismos es el recurso a la extradición: a la «europeización» del terrorismo responde la «europeización» de su represión.

Pero es aquí donde interviene un hecho propio de Francia, derivado del profundo cambio político que se ha producido hace ya casi cinco años. Para los gobernantes llevados al poder por este cambio, se ha magnificado la vocación de Francia como «tierra de asilo», la cual debe abrirse a los opositores políticos de todos los países, sin discriminación entre los Estados en los que estos opositores pueden expresarse en elecciones libres y los otros, sin más consideración para

las democracias occidentales que para las dictaduras del Este o del Tercer Mundo. Estos gobernantes son más sensibles a los móviles políticos invocados por los terroristas que a la gravedad objetiva de sus delitos. Recuerdan que los resistentes franceses, durante la Segunda Guerra Mundial, eran calificados como «terroristas» por sus enemigos.

Así se comprueba una divergencia entre Francia y los demás Estados de Europa occidental en relación con uno de los puntos clave en el derecho de la extradición.

Y esta es la razón de que no sea simple la significación de la actualidad creciente que se observa en Francia en este sector del derecho.

Aun cuando en el ámbito del derecho material, esta actualidad se traduce en un progreso del derecho en relación a las consideraciones políticas, especialmente respecto a los Estados vecinos, en el ámbito del procedimiento —donde algunas innovaciones van, sin embargo, en el mismo sentido— se asiste a una restauración de la noción de acto de gobierno, que es el medio de impedir la plena aplicación de este derecho material.

II.—Los progresos del *derecho material* de la extradición residen a la vez en el establecimiento de la preponderancia de los tratados sobre la ley interna y en la consagración del principio de que todos los autores de crímenes graves deben ser extraditados.

A) La *preponderancia de los tratados* sobre la ley interna de 10 de marzo de 1927 se ha establecido en el presente por la jurisprudencia.

Aquella no se deducía resueltamente de esta ley, cuyo articulado primero dispone:

«En ausencia de tratado, las condiciones, el procedimiento y los efectos de la extradición serán determinados por las disposiciones de la presente ley. La presente ley se aplicará igualmente a los puntos que no hubieran sido reglamentados por los tratados».

Esta última fórmula, en efecto, se prestaba a una interpretación restrictiva de los tratados, la cual habría considerado toda ausencia de estipulación expresa de éstos como una laguna que el recurso a la ley interna habrá tenido que colmar.

Sin embargo, no ha prevalecido dicha interpretación.

En el estado actual de la jurisprudencia del Consejo de Estado (en relación con la cual se verá más abajo que es soberana en la materia), debe hacerse una distinción entre los tratados anteriores a la Ley de 10 de marzo de 1927 y los tratados que le son posteriores.

Para los primeros, la ausencia de estipulación expresa puede ser interpretada en el sentido de que un «punto» no ha sido «reglamentado» y dar lugar a la aplicación supletoria de la Ley de 10 de marzo de 1927. El derecho constitucional en vigor en esta fecha ayuda a comprender tal solución: bajo la III.^a República Francesa, la superior

ridad de los tratados sobre las leyes internas no estaba reconocida todavía; con mayor razón una ley podía completar un tratado.

Para los segundos, por el contrario, la ausencia de estipulación expresa sobre un punto que es objeto de una disposición en la Ley de 10 de marzo de 1927 manifiesta la voluntad de las Altas Partes contratante de no volver a poner la regla en discusión en sus relaciones.

Esta distinción se deduce de dos sentencias del Consejo de Estado, que han sido dictadas en lo relativo a la aplicación eventual de una disposición del artículo quinto de la Ley de 10 de marzo de 1927, según cuyos términos «la extradición no será concedida... cuando de las circunstancias resulte que la extradición ha sido solicitada con un fin político».

Se trata aquí, como puede verse, de un caso de no extradición diferente del carácter político del crimen o del delito (lo que, por otra parte, está previsto por otra disposición del artículo 5.º), puesto que se fija no en la naturaleza o en los móviles de la infracción por la cual se solicita la extradición, sino en el objetivo perseguido por el Estado requirente.

El primer asunto se refería a la extradición de un desvalijador concedida a España por Decreto de 5 de marzo de 1975, en ejecución del Convenio hispano-francés de 14 de diciembre de 1877. Aun cuando este Convenio prevé expresamente el robo en la lista de crímenes o delitos por los cuales tiene lugar la extradición (art. 2.º, núm. 25) y se limita a estipular en su artículo tercero, que «ninguna persona acusada o condenada será entregada, si el delito por el que se solicita la extradición es considerado por la parte requerida como delito político o un hecho conexo con un delito similar», el Consejo de Estado juzga que estas estipulaciones deben ser completadas por la disposición citada más arriba del artículo quinto de la Ley de 10 de marzo de 1927 y, estimando que en atención al pasado político del desvalijador y de su familia, la extradición fue solicitada, en 1973, «con fin político». Anula en consecuencia el decreto (Consejo de Estado, sesión plenaria del 24 de junio de 1977, caso Astudillo Calleja, «Dalloz»; 1977, p. 695, conclusiones de B. Genevois; véase una apreciación contraria sobre la base del mismo artículo 5.º, en Consejo de Estado, sesión plenaria de 26 de septiembre de 1984, asunto Lujambio Galdeano; J.C.P., 1985, II, 20.346, conclusiones de B. Genevois y nota de W. Jeandidier: «no se deduce de las piezas obrantes en el expediente que, en las circunstancias del asunto, la extradición de M. Lujambio Galdeano haya sido solicitada por el Gobierno español con un fin distinto de la represión de infracciones de derecho común; que el demandante no tiene base, por consiguiente, para sostener que aquélla hubiera sido solicitada con un fin político en el sentido del artículo 5.º de la Ley de 10 de marzo de 1927, cuyas reglas completan en este punto las estipulaciones del Convenio franco-español de extradición»).

El segundo asunto concernía la extradición, concedida a la República Federal Alemana en ejecución del Convenio germano-francés de

29 de noviembre de 1951, de un abogado perseguido en concreto por complicidad de asociación de malhechores, con ocasión de la defensa de terroristas de la que se había hecho cargo. El Consejo de Estado rehúsa aquí investigar si la extradición era solicitada «con un fin político» en el sentido del artículo quinto antes citado de la Ley de 10 de marzo de 1927, pues «si el artículo primero (de la mencionada ley) dispone que (la misma) se aplicará a los puntos que no hubieran sido reglamentados por los tratados, esta disposición no podría prevalecer sobre los del Convenio citado, que son más recientes y que, en virtud del artículo 55 de la Constitución de 5 de octubre de 1958, tienen una autoridad superior a la de la ley». Ahora bien, el Convenio de 1951 no hace mención alguna de la solicitud presentada con un designio político, se contenta con excluir la extradición «si la infracción por la que se solicita es considerada por la parte requerida, conforme a las circunstancias en que aquélla ha sido cometida, como una infracción política o como un hecho cometido para preparar tal infracción, ejecutarla, asegurar el provecho, procurar la impunidad» (art. 4.º), y este no era el caso en dicho asunto. El Consejo de Estado rechaza, pues, el recurso del extraditado (Sesión plenaria de 7 de julio de 1978, caso Croissant, *Gazette du Palais*, 1979, I, p. 34).

Así, la jurisprudencia hace respetar, tanto como le parece posible, el derecho querido por las Altas Partes en los tratados: Cuando esos tratados, bilaterales o europeos, sean todos ellos recientes, el derecho material nacido de la Ley de 10 de marzo de 1927 estará prácticamente caducado.

Semejante apertura es tanto más notable en cuanto que la sentencia «Croissant» ha sido pronunciada en un caso en que el extraditado era sospechoso de connivencia con un terrorismo que practicaba crímenes graves.

B) Por tanto, según la jurisprudencia *los autores de crímenes graves deben ser extraditados*, incluso cuando son terroristas, pues el móvil político que invocan no puede hacer perder a unos actos de tamaña gravedad su carácter de infracciones de derecho común.

Varias sentencias del Consejo de Estado declaran en relación con este tema que «la circunstancia de que delitos graves, que no son políticos por su objeto, hubieran tenido (una finalidad política) no es suficiente, *a la vista de su gravedad*, para hacerlos tomar como de carácter político».

Así sucede con la provisión de medios de correspondencia a terroristas detenidos, por su abogado, y ello «para derribar el orden establecido en la República Federal Alemana» (Consejo de Estado de 7 de julio de 1978, caso Croissant, citado), o bien con la constitución de una asociación de malhechores que se habría propuesto cometer agresiones contra las personas y los bienes, con la intención de «promover la revolución» y de «suprimir por la violencia el orden establecido en la República Federal Alemana» (Consejo de Estado, sesión de la sección, de 15 de febrero de 1980, caso Winter, *Dalloz*, 1980, p. 449, conclusiones de Lahetoulle), e incluso con la complicidad en

el secuestro y asesinato de Aldo Moro, importando poco que estos crímenes hayan sido cometidos «en razón de las funciones públicas ejercidas por la víctima» (Consejo de Estado, de 13 de octubre de 1982, caso Piperno).

Las Salas de Acusación de varios Tribunales de Apelación, encargadas como se indicará más abajo de dictaminar sobre las solicitudes de extradición, han hecho aplicación del mismo principio en contra de terroristas reclamados por diversos Estados de Europa occidental, y concretamente, desde la primavera de 1981, por España.

Precisamente, en lo que concierne a las demandas de extradición presentadas por España, el Consejo de Estado ha confirmado recientemente su jurisprudencia en su sentencia en sesión plenaria sobre el caso Lujambio Galdeano de 26 de septiembre de 1984, ya citada. La misma declara:

«Considerando que se acusa a M. Lujambio Galdeano de haber tomado parte en asesinatos por grupos armados y organizados; que la circunstancia de que estos delitos, que no constituyen infracciones políticas por su naturaleza, habrían sido cometidos en el marco de una lucha por la independencia del país vasco, no basta, a la vista de su gravedad, para darles la consideración de carácter político; que el hecho de que hubieran sido cometidos actuando el interesado en el marco de dichos grupos armados y organizados ya no es de tal naturaleza como para dar un carácter político a las infracciones de que se acusa al demandante; que a partir de ello M. Lujambio Galdeano ya no tiene base para sostener que los autores del decreto impugnado han violado las disposiciones del artículo 3 antes citados del Convenio de 14 de diciembre de 1877».

Interesa subrayar que esta jurisprudencia, que interpreta los diversos tratados de extradición que vinculan a Francia con los Estados mencionados y, muy particularmente, el artículo tercero del Convenio hispano-francés ya citado de 14 de diciembre de 1877, señala y solamente señala el derecho material en vigor. En efecto, las fuentes del derecho en materia de extradición como en cualquier otra, son la ley (en su ámbito, que incluye la protección de las libertades y el procedimiento penal), las normas supralegales, entre ellas los tratados, así como la jurisprudencia que se forma para su aplicación.

Pero, como veremos, estas fuentes del derecho material pueden ser puestas en jaque por el funcionamiento del procedimiento de extradición.

II.—El *procedimiento de extradición*, en Francia, comporta, aparte de los intercambios preliminares con el Estado requirente, dos fases: la del control jurisdiccional de la extradición y la de la decisión gubernamental.

Ahora bien, la actualidad ha trastocado el aspecto de una y otra fase, y de manera paradójica: el control jurisdiccional ha experimen-

tado una extensión considerable, lo que está en la lógica del progreso del derecho, pero la extradición no se ha acercado paralelamente a la naturaleza de un acto de jurisdicción, pues la decisión gubernamental ha adquirido mayor importancia que nunca.

A) La *ampliación del control jurisdiccional* de la extradición se ha producido, de forma muy notable, por interpretación jurisprudencial de las disposiciones de la Ley de 10 de marzo de 1927, que son las únicas que rigen el procedimiento interno, del que no se preocupan los tratados.

Así, pues, esta ley prevé que la Sala de Acusación del Tribunal de Apelación bajo cuya competencia ha sido detenida la persona reclamada emite, «en recurso», tras debate contradictorio, un dictamen motivado sobre la solicitud de extradición. Este dictamen es desfavorable si la Sala de Acusación estima que las «condiciones legales» (y, hay que añadir, del Convenio) no se cumplen o si hay «error evidente» (por ejemplo, sobre la identidad del extranjero). La extradición no puede ser, entonces, concedida. Pero si el dictamen es favorable, puede en ese caso ser adoptado un decreto de extradición (véanse arts. 14 a 18).

De esta forma, en la última hipótesis de un dictamen favorable, la persona reclamada no tiene como garantía más que un control jurisdiccional de una sola instancia, que ni siquiera es ejercida por una de las dos jurisdicciones supremas del país.

El esfuerzo de la jurisprudencia reciente ha tendido a aumentar esas garantías haciendo intervenir primero una y después la otra de estas jurisdicciones.

En primer lugar, el Consejo de Estado ha reconocido su competencia para controlar, casi sin restricción, la legalidad de los decretos de extradición. Le ha sido necesario para ello superar una objeción considerable: el principio de separación de las autoridades administrativas y judiciales prohíbe al juez administrativo apreciar la validez de los actos de la justicia judicial (a la que evidentemente pertenecen los Tribunales de Apelación y sus Salas de Acusación) y se deducía de ello que si el Consejo de Estado podía ser sometido a un recurso por exceso de poder contra un decreto de extradición, su control no podía referirse a las condiciones legales que, por hipótesis, la Sala de Acusación había juzgado existentes (Consejo de Estado, sesión plenaria de 30 de mayo de 1952, caso señora Kirkwood, «Recueil», p. 291). Ahora bien, por su sentencia ya citada de 24 de junio de 1977, caso Astudillo Calleja, el Consejo de Estado ha reconocido su competencia para verificar lo bien fundado de la apreciación tomada por la Sala de Acusación, estimando que se trataba de un simple dictamen emitido en el curso de un procedimiento administrativo (véanse las conclusiones ya citadas, de Genevois) y la sentencia citada de 7 de julio de 1978, caso Croissant, declara expresamente que «cuando la Sala de Acusación emite un dictamen motivado sobre una solicitud de extradición, esta Sala (ejerce) entonces una atribución administrativa».

Existe, sin embargo, un límite al control que puede ejercer el

Consejo de Estado, según los mismos términos de la sentencia Croissant: el demandante no puede «someter a discusión... las decisiones tomadas por la autoridad judicial para asegurar el funcionamiento del servicio público de la justicia» en lo que concierne, entre otras, la composición de la Sala de Acusación.

En relación con este límite el Tribunal de Casación ha intervenido a su vez declarando admisible el recurso de un extranjero contra una sentencia dando su dictamen favorable a su extradición en aplicación «de los principios generales del derecho», «cuando (este recurso) se fundamenta en una violación de la ley que, de suponerla establecida, sería de tal naturaleza que privaría a la decisión tomada de las condiciones esenciales para su existencia legal (Criminal, 17 de mayo de 1984, *Bulletin*, núm. 183 —en el caso, la defensa no había tenido la palabra en último lugar—. Véase también Criminal, 21 de septiembre de 1984, *J.C.P.*, 1985-II, 20346, nota de W. Jeandidier).

Ya no falta nada, como se ve, para la garantía de los derechos de la persona reclamada. Se podría esperar, a partir de ahí, que la decisión gubernamental, inclinándose ante la decisión de los jueces fundada en el derecho convencional y legislativo, la confirme pura y simplemente.

Sucede todo lo contrario.

B) La *decisión gubernamental* reviste una importancia mayor de la que jamás hubiera tenido y traslada la extradición hacia la naturaleza de un acto de gobierno.

Ello se ha podido comprobar, en primer término, en la práctica seguida desde mayo de 1981. A pesar de los dictámenes favorables emitidos por las Salas de Acusación y hasta la desestimación de los recursos por el Consejo de Estado, las extradiciones han sido rechazadas casi todas, desde el momento en que los extranjeros reclamados se prevalían de los móviles políticos.

Con posterioridad, el Gobierno ha publicado una especie de *declaración de principios*, en la forma de un comunicado del Consejo de Ministros de fecha de 10 de noviembre de 1982, en la cual se decía en concreto:

«No será tenida en cuenta la naturaleza política la infracción, y la extradición será concedida en principio, con reserva del dictamen de la Sala de Acusación, cuando hayan sido cometidos en un Estado respetuoso con las libertades y derechos fundamentales actos criminales (toma de rehenes, homicidios, violencias que hayan implicado lesiones graves o la muerte...) de tal naturaleza que la finalidad política alegada no pudiera justificar la utilización de medios inaceptables». (Véase confirmación de estos criterios en una respuesta del Ministro de Justicia a una pregunta escrita, *J.O. Débats parl. Ass. Nat., Preguntas escritas*, 15 de julio de 1985, p. 3314).

Esta declaración sugiere al jurista diversas reflexiones críticas.

En primer lugar, la toma de posición gubernamental contradice la jurisprudencia, al reforzar las exigencias sobre diversos puntos, y por ello mismo, el derecho.

En segundo lugar, desconoce el alcance de los convenios internacionales que hacen nacer a cargo de las Altas Partes contratantes una obligación de extraditar, cuando se reúnen las condiciones que prevén los mismos. Sin duda, el Consejo de Estado estima que, incluso en presencia de un tratado, es aplicable el artículo 18 de la Ley de 10 de marzo de 1927, que deja al cuidado del gobierno el dar o no dar vía libre a un dictamen favorable de la Sala de Acusación. Pero, por una parte, tal jurisprudencia interna no prejuzga la regla aplicable en derecho internacional público y, por otra, cabe preguntarse si el poder de apreciación que correspondería al gobierno en cada caso particular, le autorizaría a fijarse, en términos generales, su propia regla, distinta de la regla convencional y jurisprudencial.

En tercer lugar, un Estado que se considera inoportunamente vinculados por convenios internacionales tiene el poder de denunciarlos. Si denuncia un tratado de extradición, no estará ya sometido más que a su ley interna. Nadie puede entonces reprocharle ser indiferente al Derecho internacional.

Lo que es seguro, en todo caso, es que el comunicado sobre el que hemos tratado no ha modificado apenas la práctica, que se ha mantenido muy reticente en materia de extradición de terroristas, incluso aunque algunos de ellos han sido entregados en ocasiones.

El futuro no pertenece a nadie en este mundo. Sería temerario predecir la evolución del derecho de la extradición en Francia en los años próximos.

Pero nada impide comprobar la fuerza persistente de la idea europea y pensar que no podrá dejar de pesar en esta evolución. Si éste fuera el caso, la extradición volvería a tomar el curso del que ha sido desviada desde hace algunos años.

SECCION LEGISLATIVA

DISPOSICIONES (*)

INSTRUMENTO de ratificación del Tratado de Extradición entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, hecho en Londres el 22 de julio de 1985 («BOE», núm. 102, de 29 de abril de 1986) (**).

Por cuanto el día 22 de julio de 1985, el Plenipotenciario de España firmo en Londres, juntamente con el Plenipotenciario del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, nombrados ambos en buena y debida forma al efecto, el Tratado de Extradición entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

Vistos y examinados los veintidós artículos del Tratado,

Concedida por las Cortes Generales la autorización prevista en el artículo 94.1 de la Constitución,

Vengo en aprobar y ratificar cuanto en él se dispone, como en virtud del presente lo apruebo y ratifico, prometiendo cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes, a cuyo fin, para mayor validación y firmeza, mando expedir este Instrumento de Ratificación firmado por Mí, debidamente sellado y refrendado por e infrascrito Ministro de Asuntos Exteriores.

Dado en Madrid a 24 de marzo de 1986.

JUAN CARLOS R.

El Ministro de Asuntos Exteriores,
FRANCISCO FERNANDEZ ORDONEZ

(*) Esta Sección ha sido preparada por Francisco Javier Alvarez García, profesor de Derecho penal en la Universidad Complutense de Madrid.

(**) A continuación se referencian otros textos de interés, cuyo contenido no se incluye en esta Sección por motivos de espacio: a) *Disposiciones*: RD 611/1986, de 21 marzo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Servicio Militar («BOE», núm. 79, de 2 abril 1986). RD 849/1986, de 11 abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los Títulos Preliminar, I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 agosto, de Aguas («BOE», núm. 103, de 30 abril 1986). O. de 11 abril 1986, por el que se aprueba el nuevo modelo de la letra de cambio («BOE», núm. 992, de 17 abril 1986). LO 3/1986, de 14 abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública («BOE», núm. 102, de 29 abril 1986). RD Legislativo 781/1986, de 18 abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local («BOE», núms. 96 y 97, de 22 y 23 abril 1986) Ley 14/1986, de 25 abril, General de Sanidad («BOE», número 102, de 29 abril 1986). RD 959/1986, de 25 abril, por el que se establece la lista de enfermedades de animales de declaración obligatoria y se da la normativa para su notificación («BOE», núm. 119, de 19 mayo 1986). O. de 30 abril 1986, por la que se establecen los criterios generales de normalización de recetas médicas («BOE», núm. 106, de 3 mayo 1986). RD Legislativo 931/1986, de 2 mayo, por el que se modifica la Ley de Contratos del Estado

TRATADO DE EXTRADICION ENTRE EL GOBIERNO DEL REINO DE ESPAÑA Y EL GOBIERNO DEL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE

El Gobierno del Reino de España y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte,

Deseando regular la extradición recíproca de delincuentes,

Han convenido lo siguiente:

Artículo 1

Para los fines de este Tratado:

a) «Medida de seguridad («detention order»), significa cualquier orden que implique privación de libertad acordada por un Tribunal penal, además de, o en vez de, una condena de prisión.

b) «Nacionales» significa,

i) Para España:

— Personas que ostenten la nacionalidad española

para adaptarla a las directrices de la Comunidad Económica Europea («BOE», núm. 114, de 13 mayo 1986). RD 1119/1986, de 26 mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España («BOE», número 140, de 12 junio 1986). O. de 28 mayo 1986, por la que se establecen los medicamentos prescritos que no pueden ser sustituidos por otros en la dispensación («BOE», núm. 135, de 6 junio 1986). O. de 28 mayo 1986, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 23 de mayo de 1986, sobre informe de aptitud necesario para la obtención de licencias y permisos de armas («BOE», núm. 138 de 10 junio 1986). O. de 30 mayo 1986, por la que se incluyen determinados productos activos en las listas anexas al Convenio de Sustancias Psicotrópicas, hecho en Viena el 21 de febrero de 1971 («BOE», núm. 135, de 6 junio 1986). RD Legislativo 1163/1986, de 13 junio, por la que se modifica la Ley 42/1986, de 13 junio, por el que se modifica la Ley 42/1975, de 19 noviembre, sobre desechos y residuos sólidos urbanos («BOE», núm. 149, de 23 junio 1986). RD Legislativo 1.265/1986, de 27 junio, sobre inversiones extranjeras en España («BOE», número 154, de 28 junio 1986). RD Legislativo 1.301/1986, de 28 junio, por el que se adapta el Texto refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor al ordenamiento jurídico comunitario («BOE», núm. 155, de 30 junio 1986). RD 1.497/1986, de 6 junio, por el que se establecen medidas de coordinación para la conservación de especies de fauna y sus hábitat, ampliándose la lista de especies protegidas en todo el territorio nacional («BOE», núm. 173, de 21 julio 1986). Convenio hecho en Washington el 3 marzo 1973, sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, Instrumento de Adhesión de 16 mayo 1986 («BOE», número 181, de 30 julio 1986). RD 1917/1986, de 29 agosto, de modificación de determinados artículos del Reglamento del Registro Civil («BOE», núm. 225, de 19 septiembre 1986). b) *Proyectos*: De Ley Orgánica de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar («BOC» de 20 marzo 1986, Serie A, número 195-I). Del Convenio de la Comisión Internacional del Estado Civil sobre cooperación internacional en materia de asistencia administrativa a los refugiados («BOE» de 20 marzo 1986, Serie A, núm. 274-I). De Ley de Supresión de Tasas Judiciales («BOE» de 5 de septiembre 1986, Serie A número 2)

ii) Para el Reino Unido:

- Ciudadanos británicos,
- ciudadanos de territorios dependientes de Gran Bretaña,
- ciudadanos británicos de ultramar,
- súbditos británicos,
- personas protegidas por Gran Bretaña.

Artículo 2

Las Partes Contratantes se comprometen a entregarse recíprocamente, según lo prevenido en los artículos siguientes, las personas contra las cuales las Autoridades competentes de la Parte requirente estén procediendo por un delito, o que sean buscadas por dichas Autoridades para la ejecución de una sentencia o una medida de seguridad.

Artículo 3

1. La extradición se acordará en relación a delitos castigados según las leyes de ambas Partes, con privación de libertad, bien para un período de prisión, bien para una medida de seguridad, por un período máximo de por lo menos, un año, o con una pena más severa, siempre que la extradición no estuviere excluida por las leyes de cualquiera de las Partes.

2. Si la extradición se solicitare para la ejecución de una sentencia; será además necesario que el período de privación de libertad que falte por cumplir sea de por lo menos cuatro meses.

3. Cuando la Parte requirente pidiere la extradición de una persona para ejecutar una pena o medida de seguridad impuesta en virtud de una decisión dictada en rebeldía, la Parte requerida puede denegar la extradición para ese fin, si en su opinión el procedimiento seguido hasta la sentencia no satisfizo los derechos mínimos de la defensa, que deben garantizarse a cualquier persona acusada de un delito. No obstante, se concederá la extradición si la Parte requirente diese la seguridad que se estimase suficiente para garantizar a la persona cuya extradición se solicita el derecho a un nuevo procedimiento que salvaguarde los derechos de la defensa. La decisión por la que se concede la extradición en estas circunstancias autoriza a la Parte requirente para ejecutar la sentencia si el condenado no se opone o, en caso de hacerlo, a iniciar un proceso contra la persona extraditada.

Artículo 4

1. La extradición no se concederá si el delito respecto al cual se solicita es considerado por la Parte requerida como un delito político o como un delito conexo con un delito político.

2. La misma regla se aplicará si la Parte requerida tiene fundados motivos para creer que la petición de extradición en relación a un delito común ha sido hecha con la finalidad de perseguir o castigar a una persona a causa de su raza, religión, nacionalidad u opinión política o que la situación de esta persona puede ser agravada por cualquiera de estos motivos.

3. Lo convenido en el presente Tratado no afectará a la aplicación del Convenio Europeo para la represión del terrorismo o del Convenio de las Naciones Unidas sobre la prevención y castigo del crimen de genocidio.

Artículo 5

Queda excluida de la aplicación del presente Tratado la extradición por delitos militares que no constituyan delitos de naturaleza común.

Artículo 6

Para delitos en relación a impuestos, tasas, aduanas y control de cambios, la extradición tendrá lugar entre las Partes contratantes, de acuerdo con las disposiciones de este Tratado, siempre que no estuviere excluida por la ley de cualquiera de las Partes.

Artículo 7

1. La Parte requerida tendrá el derecho de denegar la extradición de sus propios nacionales. A este efecto, la nacionalidad se determinará en el momento de la decisión relativa a la extradición.

2. Si la parte requerida denegare la extradición de un nacional, deberá a requerimiento de la Parte requirente, someter el asunto a sus Autoridades competentes, para entablar proceso contra él, si fuere pertinente. A estos efectos, los documentos, informaciones y objetos relativos al delito se remitirán gratuitamente por vía diplomática. La Parte requirente será informada del resultado de su petición.

Artículo 8

La Parte requerida puede denegar la extradición de una persona reclamada en razón de un delito que, según su derecho, se considera como sometido a la jurisdicción de sus Tribunales.

Artículo 9

1. La Parte requerida puede denegar la extradición de una persona reclamada, si las Autoridades competentes de dicha Parte estuvieren procediendo contra ella, por el delito o delitos por los que se solicita la extradición.

2. La extradición no se concederá si la persona reclamada ha sido definitivamente juzgada por las Autoridades competentes de la Parte requerida, por el delito o delitos por los que se ha solicitado la extradición. La extradición puede ser denegada si las Autoridades competentes de la Parte requerida han decidido no iniciar proceso o poner fin al que se hubiere seguido por el mismo o los mismos delitos.

Artículo 10

No se concederá la extradición en el caso de que la responsabilidad criminal hubiere quedado extinguida por cualquier causa prevista en la legislación de la Parte requirente o de la Parte requerida.

Artículo 11

Si el delito por el cual se solicita la extradición estuviere castigado con pena de muerte, según la ley de la Parte requirente, y tal pena no estuviere prevista respecto de este delito por la legislación de la Parte requerida, o no fuese, generalmente, ejecutada, la extradición puede ser denegada, a menos que la Parte requirente dé seguridades consideradas suficientes por la Parte requerida de que la pena de muerte no será ejecutada.

Artículo 12

1. La solicitud de extradición se formulará por escrito y se transmitirá por vía diplomática.

2. La solicitud de extradición deberá ir acompañada de:

a) El texto, en su caso, de la Ley que tipifique el delito y que prescriba la pena máxima para tal delito, así como de la disposición legal que establezca el carácter de delito susceptible de extradición, por no estar excluido según la legislación de la Parte requirente.

b) La descripción tan precisa como sea posible de la persona reclamada, junto con cualquier información que ayude a establecer su identidad, nacionalidad y lugar de residencia.

c) Una relación de los hechos en relación al delito para el que se solicita la extradición.

3. En el caso en que la solicitud se refiriese a una persona acusada, deberá ir acompañada, además, de los documentos a que se refiere el párrafo 2 de este artículo, de:

a) Una orden de arresto u otro documento judicial equivalente que lo autorice, y

b) Prueba que sería suficiente, de acuerdo con la Ley de la Parte requerida, para justificar, si el delito se hubiere cometido en su territorio, la transmisión del asunto ante un Tribunal superior u otra Autoridad judicial competente en los dos casos; para el enjuiciamiento y fallo.

4. En el caso en que la solicitud se refiera a una persona condenada, deberá ir acompañada, además de los documentos a que se refiere el párrafo 2 de este artículo, de un certificado o del texto de la sentencia, y de una certificación que acredite que la sentencia no ha sido ejecutada o lo ha sido sólo en parte.

5. En el caso en que la persona fuese buscada con el fin de ejecutar una pena de prisión o medida de seguridad, adoptada en rebeldía, dicha persona será considerada como acusada y no como condenada.

6. Las Autoridades de la Parte requerida admitirán como prueba, en cualquier procedimiento de extradición, declaraciones bajo juramento o afirmación tomadas en el territorio de la Parte requirente, cualquier mandamiento judicial, cualquier copia de tal declaración o mandamiento, el documento judicial acreditativo del hecho de una condena o cualquier certificado del mismo, siempre que los documentos originales estén firmados por un Juez. Magistrado u otra Autoridad competente de la Parte requirente, y, en caso de copia, que esté autenticada como copia certificada conforme con el original, y en cada caso, los documentos deben ser autenticados por el sello oficial del Ministro competente de la Parte requirente, o de cualquier otra manera permitida por la Ley de la Parte requerida.

7. Hasta que la persona reclamada sea entregada podrá valerse de todos los derechos, recursos y garantías judiciales, admitidos por la Ley de la Parte requerida.

8. Si en un caso particular la Parte requerida lo pidiere, la Parte requirente proporcionará una traducción de cualquier documento que haya presentado junto con la solicitud de extradición.

Artículo 13

Si la información comunicada por la Parte requirente fuere insuficiente para permitir a la Parte requerida adoptar una decisión de acuerdo con este Tratado, ésta solicitará una información suplementaria necesaria, pudiendo fijar un plazo para su recepción.

Artículo 14

1. La persona que ha sido entregada no será condenada, procesada o detenida para ejecutar una sentencia o medida de seguridad por un delito cometido antes de su entrega que no sea aquel que ha dado lugar a la extradición, ni será sometida a cualquier otra forma de restricción de su

libertad personal, salvo que, habiendo tenido la oportunidad de salir del territorio de la Parte a la que ha sido entregada, no lo hubiere hecho dentro del plazo de cuarente días desde su liberación definitiva, o si volviese a dicho territorio, después de haberlo abandonado

2. Sin embargo, la Parte requirente podrá tomar las medidas necesarias, de un lado, para una posible expulsión de su territorio y, de otro, para una interrupción de la prescripción, con arreglo a su legislación, incluido el procedimiento en rebeldía.

3. Cuando la calificación jurídica del delito se modificare durante el procedimiento, la persona entregada no será perseguida ni sentenciada, sino en la medida en que los elementos constitutivos del delito, nuevamente calificado, hubieran permitido la extradición.

Artículo 15

1. En caso de urgencia, las Autoridades competentes de la Parte requirente podrán solicitar la detención preventiva de la persona reclamada. Las Autoridades competentes de la Parte requerida resolverá acerca de esta solicitud de conformidad con su legislación.

2. La solicitud de detención preventiva indicará la existencia de alguno de los documentos previstos en el artículo 12, párrafos 3, a) o 4, y notificará la intención de cursar una solicitud de extradición. Se deberá mencionar también el delito por el cual se solicitará la extradición, el tiempo y lugar en que se hubiere cometido, y, en la medida de lo posible, la descripción de la persona reclamada.

3. La solicitud de detención preventiva se remitirá a las Autoridades competentes de la Parte requerida, bien por vía diplomática, bien directamente por vía postal o telegráfica, bien por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal (INTERPOL), bien por cualquier otro medio que deje constancia escrita o sea admitido por la Parte requerida. La Autoridad solicitante será informada inmediatamente del resultado de su solicitud.

4. La detención preventiva concluirá si en un plazo de cuarenta días siguientes a la detención la Parte requerida no ha recibido la solicitud de extradición. Sin embargo, puede concederse en cualquier momento la libertad provisional, pero la Parte requerida deberá adoptar las medidas que estimare necesarias para evitar la fuga de la persona reclamada.

5. La puesta en libertad no será obstáculo para una nueva detención, ni tampoco para la extradición, si la solicitud de ésta se presentare ulteriormente.

Artículo 16

Si la extradición fuere solicitada concurrentemente por más de un Estado, bien por el mismo delito o por delitos diferentes, la Parte requerida resolverá teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente la

gravedad relativa y el lugar de comisión de los delitos, las respectivas fechas de las solicitudes, la nacionalidad de la persona reclamada y la posibilidad de la subsiguiente extradición a otro Estado.

Artículo 17

1. La Parte requerida dará a conocer a la Parte requirente por vía diplomática su decisión sobre la extradición.

2. En el caso en que la solicitud de extradición fuere rechazada por no ser procedente conforme el artículo 3 de este Tratado, la Parte requerida deberá explicar los fundamentos de la denegación.

3. Si se accede a la solicitud, la Parte requirente será informada del lugar y fecha de la entrega, así como de la duración de la detención sufrida, a fines de la extradición, por la persona reclamada.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 5 de este artículo, si la persona reclamada no hubiere sido recibida en la fecha fijada, será puesta en libertad transcurido un plazo de treinta días. La Parte requerida puede denegar la extradición por el mismo delito.

5. En caso de fuerza mayor que impidiere la entrega o recepción de la persona reclamada, se informará a la otra Parte. En tal caso, ambas Partes se pondrán de acuerdo para una nueva fecha de entrega, siendo de aplicación las disposiciones del párrafo 4 de este artículo.

Artículo 18.

La Parte requerida puede, después de adoptar su decisión sobre la solicitud de extradición, aplazar la entrega de la persona reclamada, para que se pueda proceder contra ella, en el territorio de dicha Parte, o si ya ha sido condenada, para cumplir la condena en el territorio de dicha Parte, por un delito distinto de aquel por el cual se ha solicitado la extradición.

Artículo 19

1. a) La Parte requerida, si así lo solicita la Parte requirente, adoptará las medidas necesarias para que esta Parte tenga la asistencia y representación legal en cualquier procedimiento seguido como consecuencia de una solicitud de extradición.

b) En caso de que la Parte requirente asumiera su propia asistencia y representación legal, sufrirá las costas causadas.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1, b) de este artículo, los gastos causados en el territorio de la Parte requerida con motivo de la extradición correrán a cargo de esta Parte.

3. En el caso de extradición desde un territorio no metropolitano de la Parte requerida, los gastos ocasionados por el traslado entre aquel territorio y el territorio metropolitano de la Parte requirente serán satisfechos por esta última. La misma regla se aplicará para los gastos ocasionados por el traslado entre el territorio no metropolitano de la Parte requerida y su territorio metropolitano.

Artículo 20

1. Cuando se acceda a una solicitud de extradición, la Parte requerida entregará a la Parte requirente, si su Ley lo permite, cualesquiera objetos, incluso dinero:

- a) Que puedan servir como prueba del delito.
- b) Que hayan sido adquiridos como consecuencia del delito por la persona reclamada y se encuentren en su posesión.

2. Si los objetos citados son susceptibles de embargo o confiscación en el territorio de la Parte requerida, ésta podrá, si hubiere un proceso pendiente, retenerlos temporalmente o entregarlos bajo condición de su devolución.

3. Lo anteriormente dispuesto no perjudicará los derechos de la Parte requerida o de cualquier persona distinta de la persona reclamada. Cuando tales derechos existan, los objetos se devolverán gratuitamente a la Parte requerida a petición de ésta, en el más breve plazo posible, después de concluido el proceso.

Artículo 21

1. Este Tratado se aplicará:

- a) En relación a España: A su propio territorio
- b) En relación al Reino Unido:
 - i) A Gran Bretaña e Irlanda del Norte, islas del Canal e isla de Man.
 - ii) A cualquier territorio, de cuyas relaciones internacionales sea responsable el Reino Unido, y al que se extienda el Tratado por acuerdo de las Partes, formalizado en un intercambio de Notas.

2. La aplicación de este Tratado a cualquier territorio, de acuerdo con el párrafo 1 b), ii) puede darse por terminado por cualquiera de las Partes mediante aviso por escrito a la otra Parte y por vía diplomática seis meses antes.

Artículo 22

1. El presente Tratado estará sujeto a ratificación, intercambiándose los Instrumentos de Ratificación, en Madrid, en el plazo más breve posible. Entrará en vigor el primer día del cuarto mes después de la fecha del intercambio de los Instrumentos de Ratificación.

2. El presente Tratado será de aplicación a las personas que entren en el territorio de la Parte requerida, en cualquier momento posterior a la entrada en vigor del Tratado, cualquiera que sea la fecha de comisión del delito por el cual se solicita la extradición.

3. Cualquiera de las Partes puede dar por terminado este Tratado en cualquier momento, mediante aviso por escrito a la otra Parte y por vía diplomática, seis meses antes.

En fe de lo cual, los abajo firmantes, debidamente autorizados para ello por sus Gobiernos respectivos han firmado el presente Tratado.

Hecho en Londres el 22 de julio de 1985, en dos ejemplares, en lengua española e inglesa, siendo ambos textos igualmente auténticos.

Por el Gobierno del Reino de
España

Fernando Ledesma Bartret,
Ministro de Justicia

y

*José Joaquín Puig de la
Bellacasa,*
Embajador de España en
Londres

Por el Gobierno del Reino
Unido de Gran Bretaña e
Irlanda del Norte

Leon Brittan,
Ministro del Interior

y

Timothy Renton,
Subsecretario de Estado para
Asuntos Exteriores y de la
Commonwealth

El presente Tratado entrará en vigor el día 1 de julio de 1986, primer día del cuarto mes después de la fecha del intercambio de los Instrumentos de Ratificación, según se establece en su artículo 22. El Canje de Instrumentos de Ratificación tuvo lugar en Madrid el día 24 de marzo de 1986.

Lo que se hace público para conocimiento general.

Madrid, 16 de abril de 1986.—El Secretario general técnico, José Manuel Paz Agueras.

CIRCULARES Y CONSULTAS

Circulares, consultas e instrucciones de la Fiscalía General del Estado

LA ACTUACION DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PLANTEAMIENTO DE CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

— Circular número 1/1986, de 14 de febrero —

Con ocasión de iniciar sus actividades el Tribunal Constitucional la Fiscalía General del Estado elaboró la Circular 3/1980, de 23 de junio, en la que, en el epígrafe referido a “Cuestiones de Inconstitucionalidad promovidas por Jueces o Tribunales”, se estudiaban los aspectos más importantes, formales y materiales, de este tipo de proceso constitucional, al tiempo que se fijaba una línea de actuación a seguir por el Ministerio Fiscal en el trámite previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, con arreglo a los diversos supuestos que en dicho trámite podían darse.

La práctica acumulada a través de los ya cerca de seis años de actuación del Tribunal Constitucional y de su jurisprudencia, unido al incremento constante de Cuestiones de Inconstitucionalidad (que si en 1984 supuso el despacho en número de 12 por la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, en 1985 se ha elevado al de 94 asuntos), aconseja, sin perjuicio de cuanto ya se hizo notar en la Circular mencionada de 1980,, examinar aspectos nuevos por aquel entonces inéditos a la vez que se fija de manera concreta la actuación de los Fiscales en cuantos asuntos de esta naturaleza hayan de intervenir.

— I —

CARACTER DE LAS CUESTIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

1.º De la simple lectura de los artículos 163 de la Constitución y 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, interpretados por el Tribunal Constitucional, se desprende que:

“La cuestión de inconstitucionalidad es, como el recurso del mismo nombre, un instrumento destinado primordialmente a asegurar que la actuación del legislador se mantiene dentro de los límites establecidos por la Constitución, mediante la declaración de nulidad de normas legales que violen esos límites...”

“... no es una acción concedida para impugnar de modo directo y

con carácter abstracto la validez de la ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación en que se encuentran de actuar sometidos a la ley y a la Constitución.”

“La extraordinaria trascendencia de las cuestiones de inconstitucionalidad como principal mecanismo de conexión entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional, obliga, sin embargo, a extremar las garantías destinadas a impedir que esta vía procesal resulte desvirtuada por un uso no acomodado a su naturaleza, como sería, por ejemplo, el de utilizarla para obtener pronunciamientos innecesarios o indiferentes para la decisión del proceso en el que la cuestión se suscita). (Sentencia núm. 17/81, de 1 de junio - C. I. núm. 230/80. “B. O. E.” de 16 de junio de 1981).

Las precedentes afirmaciones del Tribunal Constitucional, reiteradas con posterioridad a través de una abundante jurisprudencia, justifican las instrucciones impartidas a través de esta Circular, que, en definitiva, pueden reconducirse a la necesidad de constatar con todo detalle la concurrencia de requisitos formales y materiales, antes de pronunciarse en favor del planteamiento de una Cuestión de Inconstitucionalidad.

2.º En orden a la posible desviación de la finalidad de las Cuestiones de Inconstitucionalidad, sin perjuicio de la pauta trazada por la jurisprudencia constitucional, conviene destacar que la reciente Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su artículo quinto, párrafos 1.º y 5.º, señalan, respectivamente que:

“La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.”

“Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.”

Lógicamente, estos preceptos han de servir de punto de partida al Ministerio Fiscal y muy especialmente en materia relativa a cuestiones de inconstitucionalidad, teniendo en cuenta, al propio tiempo, que la vía interpretativa de las normas, como vehículo de ajuste de ellas a la Constitución, ha sido también con anterioridad utilizada y destacada por la jurisprudencia constitucional.

3.º El carácter de instrumento de verificación concreta de la legalidad constitucional de una norma encuentra su complemento en la relación “validez” de la norma y dependencia, respecto de ella, del “fallo” a producir en el proceso ordinario.

Esta nota, ya destacada en la Circular 3/1980, ha sido interpretada y acentuada en su exigencia por el Tribunal Constitucional, que sin

perjuicio de entender la expresión “fallo” que utilizan los artículos 163 de la Constitución y 35.1 de la LOTC en su sentido más amplio, significando el “pronunciamiento decisivo e imperativo de una resolución judicial, se trate de materia de fondo o materia procesal” (Sentencia número 54/1983, de 21 de junio, —C.I. núm. 482/1982. “B. O. E.” de 15 de junio de 1983) ostente por lo tanto forma de sentencia o de auto, y en armonía con otros requisitos *sine qua non* para promover las cuestiones, ha señalado que:

“... cuando la norma cuestionable no sea aplicable al caso en donde la cuestión se suscita, procede declarar inadmisibles las cuestiones de inconstitucionalidad...” (Auto de 30 de junio de 1982. C.I. número 164/82).

“El Tribunal Constitucional no puede ni debe pronunciarse sobre la necesidad de que el fallo haya de basarse en la norma cuestionada, porque es el Juez ordinario quien ha de decidir qué normas ha de aplicar en la resolución que adopte... Pero no podría ni siquiera comprobar si existe o no la apariencia mencionada, y la cuestión podría verse desvirtuada en su función si el Juez no pudiese de manifiesto porqué plantea la cuestión, esto es, si no indica qué resolución debe dictar y de qué modo su contenido resulta afectado por la validez de la norma cuya constitucionalidad somete a examen” (Auto de 16 de julio de 1982. C.I. 71/82).

Esta tesis se mantiene reiteradamente, como se aprecia a través del Auto de 18 de enero de 1983 (C.I. 274/82) y Sentencia de 5 de noviembre de 1985 (C.I. núm. 105/84).

La relación validez de la norma-fallo a producir en el proceso, obliga, y muy particularmente al Ministerio Fiscal, al examen del objeto del proceso, puesto que una misma norma puede ser constitucional o inconstitucional en esta vía, según afecte de una u otra manera a un litigio o proceso concreto.

De aquí también el carácter restrictivo de las sentencias dictadas en Cuestiones de Inconstitucionalidad que, en ocasiones, llegan a proclamar la inconstitucionalidad de un precepto legal tan sólo para el supuesto en que sea interpretado en un determinado sentido (Vid. Sentencia número 22/1981, de 2 de julio; C.I. núm. 223/80, “B. O. E.” de 20 de julio y Sentencia núm. 34/1981, de 10 de noviembre; C.I. núm. 48/81, “B. O. E.” de 19 de noviembre, en el apartado segundo de su parte dispositiva, sin perjuicio de otras posteriores y como más significativas).

El estudio detenido de las actuaciones judiciales del tipo o naturaleza de que se trate, resulta así de todo punto indispensable para formar juicio, el Ministerio Fiscal, acerca de la oportunidad del planteamiento de la Cuestión.

— II —

CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FORMALES

La Cuestión de Inconstitucionalidad es, como se ha dicho, contraste concreto de un precepto legal (en los términos que señala el artículo 27.2 de la LOTC) con precepto también concreto de la Constitución.

No obstante se advierte que, en ocasiones no infrecuentes, el Auto por medio del cual se plantea la Cuestión no se ciñe a este aspecto, sino que se extiende en consideraciones más cercanas a problemas de *lege ferenda* que de *lege data*, por lo que, en cierto modo, viene a sustituir el juicio de valor en torno a la ley debatida, por elucubraciones acerca de por qué el legislador acogió en la norma determinado criterio y cuál debió ser, a juicio del órgano judicial, el correcto modo de regular la ley el problema objeto del proceso.

De aquí que el artículo 35.2 de la LOTC haya sido terminante al exigir que el órgano judicial deberá “concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, y el precepto constitucional que se supone infringido” sin perjuicio de otros extremos a los que ya nos hemos referido.

Ahora bien, si, en principio, esa concreción de precepto cuestionado y precepto constitucional infringido parece exigirse respecto del Auto a través del cual se promueve la Cuestión, no es menos cierto que tanto las partes personadas en el proceso y trámite, como el Ministerio Fiscal, deben conocer, de forma también concreta, cuál sea la “duda” —empleando expresión de la jurisprudencia constitucional— suscitada al juez ordinario, en torno a la norma debatida, en conjunción con preceptos constitucionales.

En este orden de cosas, es frecuente advertir en las Cuestiones de Inconstitucionalidad que la providencia del órgano judicial por la que se acuerda seguir el trámite del artículo 35 de la LOTC, se limita a someter a las partes y al Ministerio Fiscal la oportunidad del planteamiento de la cuestión; en unos casos, de una ley o norma en general, algo que es totalmente rechazable, mientras que en otros, si bien se fija el precepto concreto que se entiende dubitado, se omite toda referencia al precepto o preceptos constitucionales a los que aquél pueda ser contrario.

Es obvio que en tales casos se obliga no sólo a las partes, sino también al Ministerio Fiscal, a verificar un ejercicio de intuición para alcanzar a comprender cuáles sean los preceptos constitucionales presuntamente infringidos. Esta anomalía, reiteradamente destacada por el Ministerio Fiscal en trámites bien de admisión o bien de alegaciones, según el artículo 37.1 y 2 de la LOTC, ha tenido una respuesta no siempre coincidente en las decisiones del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, conviene destacar, ya que puede servir de punto de partida y base a los Fiscales para oponerse al planteamiento de cuestiones de este modo suscitadas, el Auto de 24 de mayo de 1985 (C.I. núm. 364/83) en el que se ha declarado:

“De dicho precepto —art. 35.1 de la LOTC— se deduce con claridad que la providencia por la que el órgano judicial decide oír a las partes y al Ministerio Fiscal refleja una estimación inicial acerca de que la norma puede ser contraria a la Constitución. Las partes y el Ministerio Fiscal en sus escritos de alegaciones pueden poner de manifiesto que la posible contradicción se da no sólo en relación con *el precepto o preceptos constitucionales mencionados en la providencia*, sino también en relación a otros...”.

De esta resolución se desprende que en la providencia del órgano judicial deben citarse aquellos preceptos constitucionales respecto de los cuales, y en principio, puedan encontrarse en oposición la norma debida. En consecuencia, ante providencias del tenor anómalo que aquí se destaca, el Fiscal deberá interesar del órgano judicial ejercitando si procediere el correspondiente recurso, que, previamente a la emisión de su dictamen se concrete el alcance de la presunta inconstitucionalidad, significando qué precepto o preceptos de la norma fundamental pueden resultar infringidos por la norma ordinaria, absteniéndose, entre tanto, de formular alegaciones en orden a la conveniencia de promover la cuestión.

La concreción de tales preceptos no es óbice para que, como se destaca en la resolución del Tribunal Constitucional citada, el Ministerio Fiscal pueda señalar otros preceptos, distintos o complementarios de los señalados por el órgano judicial, en base a los que asentar la posible inconstitucionalidad.

No se olvide, por otra parte que, según ha señalado la Sentencia de 15 de febrero de 1985 (C.I. núm. 184/83) :

“... es un supuesto lógico necesario en ambos aspectos la previa identificación de la norma cuestionable y el posterior respeto por parte del juez de ese límite objetivo en su eventual Auto de planteamiento, que en cuanto exceda del objeto normativo fijado en el trámite abierto a las partes, incurre en trasgresión del artículo 35.2 LOTC al impedir la alegación de las partes y del Ministerio Fiscal sobre ese plus añadido, es decir, sobre la norma introducida extemporáneamente.”

La falta de precisión en la providencia y la disonancia con la misma por parte del Auto acordando el planteamiento de la Cuestión, puede dar lugar a que, posteriormente, se produzca una disparidad justificada entre la posición del Ministerio Fiscal en sede Juzgado o Tribunal ordinario y aquella que se adopte en sede Tribunal Constitucional, por cuanto, entre providencia y auto han podido resultar alterados, de forma importante, los elementos básicos de la cuestión.

En su virtud, el Ministerio Fiscal deberá actuar positivamente en favor de que se concreten los términos de la cuestión a fin de que ésta quede perfectamente delimitada y sean cumplidos cuantos requisitos formales prevé el artículo 35 de la LOTC, para el supuesto en que definitivamente sea promovida. Precisamente por carencia de audiencia del Ministerio Fiscal, en Auto del Pleno del Tribunal Constitucional de 5 de diciembre de 1985 (C.I. 924/85) se ha declarado:

“No habiéndose cumplido en el presente caso con este requisito, ha de acogerse lo expuesto por el Fiscal General del Estado en orden a la imposibilidad de proseguir ahora la tramitación de esta Cuestión, rechazándose la misma en trámite de admisión según permite el artículo 37.1 de la LOTC y sin perjuicio de que el órgano judicial que la planteó pueda volver a hacerlo en forma.”

— III —

REITERACION EN PLANTEAMIENTO DE CUESTIONES
DE INCONSTITUCIONALIDAD

Es frecuente el planteamiento de Cuestiones de Inconstitucionalidad en torno a una misma norma y precepto legal, con fundamento en su oposición a idénticos preceptos constitucionales. Tal reiteración puede deberse al mismo o a distintos órganos judiciales, y ello provoca un incremento injustificado de procesos constitucionales que perturban tanto la actuación del Tribunal Constitucional (ya que de ellos ha de conocer el Pleno por imperativo del artículo 10.a) de la LOTC) como el despacho de asuntos por la Fiscalía ante dicho Alto Tribunal.

En este orden de cosas, conviene señalar:

1.º Es cierto que no existen preceptos legales que impidan a los diversos órganos judiciales el planteamiento de Cuestiones de Inconstitucionalidad cuando se encuentren en tramitación otros procesos de idéntico sentido. Sin embargo, desde el momento en que las sentencias del Tribunal Constitucional en esta materia “tienen plenos efectos frente a todos” —artículo 164 de la Constitución y 38 de la LOTC— es lógico entender que razones de economía procesal aconsejan la conveniencia de suspender la tramitación regulada en el artículo 35 de la LOTC hasta tanto se dicte sentencia por el Tribunal Constitucional en las cuestiones ya en tramitación ante este órgano.

A tal efecto debe recordarse y ser tenido en cuenta por los Fiscales al emitir su dictamen, que el Tribunal Constitucional, en Auto de 23 de marzo de 1983 —Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 80/83— ha declarado que:

“La aplicación de la providencia mediante la que se admite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, suscitada por un órgano del Poder Judicial, cumple señaladamente la función de poner en conocimiento de todos los demás órganos del mismo Poder Judicial el planteamiento de la cuestión *por cuanto pudiese influir en la decisión de asuntos entre ellos pendientes.*”

2.º El Tribunal Constitucional ante ese fenómeno reiterativo, en un principio siguió *el trámite de acumulación* de todas las Cuestiones de Inconstitucionalidad en las que concurrieran los requisitos del artículo 83 de la LOTC; sin embargo, posteriormente (y en este sentido así se

había solicitado de forma alternativa por el Ministerio Fiscal en algunas ocasiones) ha optado por la *suspensión del trámite* en sede Tribunal Constitucional de Cuestiones de idéntico objeto, hasta tanto se resuelva por sentencia la primera Cuestión o el bloque de ellas primariamente acumulado.

En tal sentido se ha pronunciado el Auto, entre otros, de 17 de octubre de 1985 (C.I. núm. 503/83):

“Resulta aconsejable en tal supuesto acordar la suspensión del curso del presente proceso sin acceder a la acumulación, a fin de facilitar la decisión definitiva en las cuestiones acumuladas, teniendo en cuenta que la sentencia que recaiga surtirá efectos en las demás promovidas, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.”

Este criterio ha sido recientemente mantenido en el Auto de 16 de enero de 1986, recaído en Cuestión de Inconstitucionalidad 1.033/1985.

Promover Cuestiones de Inconstitucionalidad, pendientes ante el Tribunal Constitucional otras con idéntico objeto, resulta inoperante y perjudica la pronta decisión de la primera de las promovidas, pues no sólo se paraliza el proceso ordinario, efecto normal del planteamiento de la Cuestión y que no dejaría de producirse si el órgano judicial se pronunciase en idéntica línea, sino que perjudica y retarda la resolución de los procesos constitucionales.

3.º Consiguientemente, con base en las anteriores decisiones del Tribunal Constitucional, el Fiscal deberá interesar del órgano judicial que pretenda promover nueva cuestión sobre temas ya sometidos a conocimiento de la Jurisdicción constitucional, la suspensión del trámite —la del proceso ordinario ya se habrá producido al iniciar el correspondiente al artículo 35 de la LOTC— hasta tanto se resuelva por aquella Jurisdicción la Cuestión o conjunto de cuestiones ya admitidas a trámite.

— IV —

EXÁMEN DE LA PRESUNTA INCONSTITUCIONALIDAD

Hasta ahora han sido estudiados aspectos eminentemente formales que afectan a las Cuestiones de Inconstitucionalidad. Sin embargo, para pronunciarse acerca de la oportunidad de promover un proceso de este tipo, no basta con verificar el cumplimiento de los requisitos formales, sino que es necesario —dentro de los límites en que inicialmente se mueve el trámite del artículo 35 de la LOTC— adentrarse al menos en una primera aproximación acerca de si la norma dubitada es “contraria” a la Constitución. Conviene no olvidar este elemento básico: no basta una mera disociación entre norma y Constitución, problema que, como se ha visto, puede ser resuelto a través de mecanismos ordinarios, sino que el juicio de valor que se va a producir, y a salvo siempre cuanto en

último extremo pueda decidir el Tribunal Constitucional, tendrá por objeto algo más grave y estricto: que “la norma pueda ser *contraria* a la Constitución” —artículo 163 C. 35.1 LOTC.

1.º Si, ciertamente, el planteamiento de la Cuestión no va más allá de la justificación de las razones que suscitaron la “duda” en el Juez o Tribunal ordinario acerca del carácter de “contraria” a la norma fundamental que “pueda” ofrecer la norma ordinaria, no es menos exacto que el simple hecho de plantear la Cuestión entraña una puesta en discusión de la norma y de la acción del Legislativo mismo.

Al Ministerio Fiscal corresponde, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 124.1 de la Constitución “promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad” que, obviamente comienza por la legalidad constitucional que conlleva la defensa de la primacía de la norma constitucional frente a cualquiera otra que haya podido incidir contrariamente en ella.

Ahora bien, la legalidad constitucional supone asimismo el respeto a la estructura del Estado que configura la propia Constitución y, consiguientemente, el de la delimitación competencial de cada uno de los “poderes” que dentro de aquél se configuran.

En tal sentido, el título II que trata “De las Cortes Generales”, a través del artículo 66.2 establece que “Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado”, precepto completado por el título VIII al reconocer potestad legislativa a las Comunidades Autónomas en el marco de las competencias asumidas a nivel de sus respectivos Estatutos de Autonomía.

Al elaborar las leyes —ordinarias u orgánicas— las Cámaras ejercen competencia específica dentro del marco constitucional, por lo que, en principio, atraen en su favor el juicio de constitucionalidad, siendo sólo de modo excepcional y extraordinario susceptibles de valoración negativa; por esta razón, como se ha visto en su momento, el Tribunal Constitucional ha sostenido una y otra vez la necesidad de extremar las garantías destinadas a impedir que la finalidad del tipo de procesos que examinamos sea desvirtuada por una utilización indebida de este mecanismo.

Quiere señalarse con ello que sin perjuicio de la valoración final que el Tribunal Constitucional pueda realizar de la norma al decidir la Cuestión de Inconstitucionalidad, el acceso a tal tipo de procesos ha de patrocinarse tan sólo después de un detenido y profundo examen de las circunstancias de todo orden que concurren en la norma que se dubita, oponiéndose al planteamiento de la Cuestión si la evidencia de su carácter de ser “contraria” a la Constitución no se obtiene de tal examen. La oposición al planteamiento, como es lógico, deberá ser fundada, y no a través de una simple manifestación de disconformidad con la oportunidad de acceder a la vía que corresponde a la jurisdicción constitucional.

El examen de la norma, que por el Juzgado o Tribunal ordinario se estime presuntamente dubitada, ha de verificarse partiendo incluso del estudio de las razones o motivos que llevaron al Legislativo a su elaboración, puesto que, con independencia de su carácter de elemento interpre-

tativo auténtico que puede por sí sólo desvanecer aparentes oposiciones al texto y principios constitucionales, muestran en ocasiones el marco dentro del cual la norma que —aisladamente pueda ser de forma aparente discutida— encuentre su justificación constitucional.

Basta recordar que el “marco constitucional”, al que se refiere el artículo 28.1 de la LOTC, tanto sirve para obtener el contraste desfavorable de una norma, como para respaldar y confirmar su justificación constitucional tanto al margen de los hechos objeto del proceso ordinario, como del marco legislativo en el que la norma se produce.

Para el Ministerio Fiscal, siempre dentro del trámite del artículo 35 de la LOTC supone este examen un evidente esfuerzo que no puede ni debe soslayar, incluyendo, como así deberá hacerlo, la necesaria consulta a la Fiscalía General del Estado. La brevedad del plazo conferido en aquel precepto justificará que en casos de urgencia, la consulta se lleve a cabo incluso por vía telefónica, remitiendo o señalando, según los casos, con todo detalle cuantos elementos de juicio sean necesarios para la más exacta respuesta.

No es necesario recordar que en cada uno de los supuestos, habrá de tomarse en consideración la Jurisprudencia Constitucional, hoy ya abundante, contenida tanto en las Sentencias como en los Autos, y ello no sólo en el marco de las Cuestiones de Inconstitucionalidad, sino en los muy diversos tipos de procesos, particularmente en los Recursos de Inconstitucionalidad, dado su carácter de verificación o valoración de inconstitucionalidad abstracta, como de los Recursos de amparo, puesto que en gran número de Cuestiones la presunta oposición entre norma dubitada y el texto constitucional se mueve en el marco de los Derechos fundamentales, tanto de índole general como de los especialmente protegidos por el medio que señala el artículo 53.2 de la Constitución.

Para el supuesto de promoverse la cuestión, deberán remitir con la mayor urgencia a la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional copia de las actuaciones producidas en el trámite de planteamiento de la Cuestión incluido el Auto por virtud del cual así se acordó, a fin de proceder con antelación a su estudio y elaborar las alegaciones pertinentes con arreglo al artículo 37.2 de la LOTC.

Encarecidamente se requiere de los miembros del Ministerio Fiscal el exacto cumplimiento de cuanto en esta Circular se señala, sin perjuicio de consultar a la Fiscalía General del Estado las dudas o dificultades que de su ejecución puedan derivarse.

LA PRUEBA DE ALCOHOLEMIA COMO INTEGRADORA DEL TIPO DEFINIDO EN EL ARTICULO 340 BIS A) DEL CODIGO PENAL

— Circular número 2/1986, de 14 de febrero —

— I —

Una de las conductas típicas expresadas en el artículo 340 bis a) del Código penal, es la de conducir vehículos de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Las sucesivas reformas a partir de la introducción de esta conducta en la esfera penal se han caracterizado por un mayor rigor. Si la Ley de 9 de mayo de 1950 exigió que el conductor se colocara en un estado de incapacidad para realizar el acto de conducir con seguridad, la Ley de 24 de diciembre de 1962 requería la existencia de un estado de manifiesta intoxicación etílica aunque la conducción fuere correcta, y, en fin, a partir de la Ley de 8 de abril de 1967, que incorpora el artículo 340 bis a) al Código penal, se ha eliminado incluso el carácter de que la influencia sea manifiesta. El Anteproyecto de Código Penal de 1983 (art. 334) pretende establecer nuevamente que las sustancias alcohólicas impidan conducir con la necesaria seguridad, tesis de la que se hace eco positivamente la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1984, en la que tras señalar la severidad de la norma en vigor, afirma que se están propiciando posibles modificaciones en el futuro Código al exigirse otra vez que el delito tenga que basarse, aparte del especial estado, en una real y efectiva incapacidad para conducir. Ya no es, pues, elemento del tipo el hecho de que la ingestión de alcohol impida conducir con la necesaria seguridad, ni que la influencia sea manifiesta. Es acto típico conducir bajo la *influencia del alcohol*. Para la dirección rigurosamente objetiva basta la intoxicación alcohólica de quien conduce sin que sea necesario un peligro concreto. O bien, puede pensarse, que es insuficiente conducir con un índice alcohólico determinado, debiéndose acudir a otras circunstancias ya se refieran a la técnica misma de la conducción o a las facultades o reflejos demostrados por el conductor. Pero en cualesquiera de los casos esa influencia *debe ser probada*. La prueba puede concretarse a sus efectos, que se apreciarán en el manejo del vehículo o ineptitud para conducir, pero que también puede proyectarse objetivamente sólo en la intensidad de la intoxicación alcohólica o embriaguez del conductor. En este plano objetivo —que no exige el estado de incapacidad en el conductor ni precisa la demostración de un peligro concreto— alcanza un gran valor la llamada hemoconcentración o impregnación de alcohol en sangre. Se trata de la prueba encomendada a determinar la tasa de alcoholemia, regulada por la Orden de 29 de julio de 1981. Aunque los resultados de los test alcoholométricos puedan ser vinculantes a efectos de sanción gubernativa, no escapan, sin embargo, al criterio valorativo del Juez penal para decidir sobre la existencia-inexistencia del delito, pues lo que ha de probarse no es la

tasa de alcohol en sangre sino la influencia de las bebidas alcohólicas en la conducción. A este respecto es preciso citar dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional: La de 28 de octubre de 1985 (Fundamento Jurídico 4, párrafo quinto) dice que el supuesto delictivo del artículo 340 bis a) "no consiste en la presencia de un determinado grado de impregnación alcohólica sino en la conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas". Y la de 30 de octubre de 1985 (Fundamento Jurídico 4) expresiva de que "la influencia de bebidas alcohólicas constituye un elemento normativo del tipo penal que consecuentemente requiere una valoración del Juez, en la que éste deberá comprobar si en el caso concreto el conductor se encontraba afectado por el alcohol, ponderando todos los medios de prueba que reúnan las debidas garantías procesales".

Como se ha cuestionado la constitucionalidad de la prueba de alcoholemia que regula la Orden de 29 de julio de 1981 y han suscitado problemas tanto los requisitos que condicionan su validez como las garantías que deben ser observadas durante la práctica de esta prueba, en la presente Circular se pretende aclarar tales cuestiones con fundamento especial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sin olvidar una meritoria aportación procedente de la Sección de Derechos Fundamentales de la Fiscalía de la Audiencia Territorial de Madrid.

— II —

CONFORMIDAD CONSTITUCIONAL DE LA PRUEBA
DE ALCOHOLEMIA

Parte de la doctrina científica al analizar la Orden de 29 de julio de 1981, reguladora de la prueba de alcoholemia, ha llegado a la conclusión de que en ella se vulneran algunos derechos fundamentales. Mas ha de estarse en este punto a la interpretación del Tribunal Constitucional, que en un sentido general ha declarado que "en modo alguno puede considerarse inconstitucional la previsión normativa de una prueba tendente a determinar el grado de alcohol en sangre de los conductores de vehículos de motor, según dijimos en el Auto 62/1983, de 16 de febrero, y ello sin perjuicio de que la *forma de realización* de dicha prueba pueda presentar aspectos de relevancia constitucional, como se señaló en el Auto 37/1984, de 30 de enero" (Sentencia de 7 de octubre de 1985, Fundamento Jurídico 3).

Aparte esta declaración genérica, el Tribunal Constitucional ha particularizado, examinando si la prueba de alcoholemia conculca concretos derechos fundamentales acogidos en la Constitución.

1. De un lado, ha establecido que la investigación del grado de impregnación alcohólica no vulnera el *derecho de la integridad física* del artículo 15 de la Constitución, pues "como sostiene el Ministerio Fiscal con apoyo de la decisión de 13 de diciembre de 1979 de la Comisión Europea de Derechos Humanos, ni aun el examen de sangre constituye

una ingerencia prohibida por el artículo 15, y menos la investigación mediante aparatos de detección alcohólica del aire respirado" (Sentencia de 4 de octubre de 1985). Y otra Sentencia, la de 7 de octubre de 1985, contempla la decisión del recurrente de someterse a una nueva prueba con el alcoholímetro de precisión, y afirma que es supuesto radicalmente distinto al que dio lugar a la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 13 de diciembre de 1979, en la que se sostiene que si bien la ejecución forzosa de un análisis de sangre constituye una privación de libertad, esta privación es, en el caso considerado, legítima y no contraria al artículo 5 de la Convención.

2. Que en orden a la eventual violación del *derecho a la libertad personal* expresado en el artículo 17.1 de la Constitución, la Sentencia de 7 de octubre de 1985 dice que "no es esta la situación —la de detenido— de quien conduciendo un vehículo de motor es requerido policialmente para la verificación de una prueba orientativa de alcoholemia, porque ni el así requerido queda sólo por ello detenido en el sentido constitucional del concepto..., ni se exorbitan las funciones propias de quienes tienen como deber la preservación de la seguridad del tránsito, y en su caso —en mérito a lo dispuesto en el artículo 492, 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— la detención de quien intentare cometer un delito o lo estuviere cometiendo. En otros términos, la verificación de la prueba que se considera, supone para el afectado un sometimiento no ilegítimo, desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía, sometimiento al que incluso puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad y seguridad del tránsito". Este mismo fundamento jurídico tercero de la sentencia, concluye que "la verificación misma de las pruebas no configura el supuesto de detención" y que "sólo a partir de la apreciación del resultado positivo del examen pericial practicado puede hablarse en rigor de detención".

3. Sobre si existe o no violación, con la prueba de la alcoholemia, del *derecho a no declarar* (art. 17,3) o del *derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable* (art. 24,2), la Sentencia de 4 de octubre de 1985 ha dicho que "el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar y a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17,3 y 24,2 de la Constitución". Y la de 7 de octubre de 1985 estableció que la realización misma del análisis no entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria del afectado y si sólo la verificación de una pericia técnica de resultado incierto.

— III —

ALCANCE, REQUISITOS Y VALOR PROBATORIO
DEL TEST ALCOHOLOMETRICO1. *Presupuestos y garantías que han de revestir la prueba de alcoholemia*

La regularidad técnica en la práctica de los análisis de alcoholemia es esencial para la producción de ulteriores efectos probatorios. He aquí algunas notas indispensables.

a) Se trata de un acto voluntario, pues no existe obligación legal de someterse a la prueba de precisión sobre el grado de impregnación alcohólica ni a la de análisis de sangre, sin perjuicio de la infracción administrativa en que se pudiera incurrir con la negativa (art. 8 de la Orden de 29-7-1981 y art. 52 del Código de la circulación, porque tal sanción no representa una coacción ilegítima sino la coercibilidad propia del Derecho. En consecuencia, nadie puede ser compelido coercitivamente con *vis física* a la verificación de estos tipos de análisis (Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de octubre de 1985, Fundamento Jurídico 3), pero no hay ejecución forzosa de la investigación del alcohol cuando simplemente se invita a ello y voluntariamente se acepta (Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de octubre de 1985, Fundamento Jurídico 3).

b) Es preciso efectuarla mediante aparatos de detección alcohólica del aire espirado que estén autorizados oficialmente (art. 3 de la Orden de 29 de julio de 1981 y Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de octubre de 1975).

c) Si la prueba es positiva (impregnación alcohólica superior a 0,80 gramos por 1.000 cm³ de alcohol en sangre) el interesado tiene derecho a una segunda prueba con aparato de precisión, así como a la contrastación de los resultados por análisis clínicos (art. 4 de la Orden de 29 de julio de 1981). No se impone, pues, la segunda prueba o el análisis de sangre, sino que deben efectuarse sólo a petición del interesado.

d) Dada la imposibilidad de su reproducción en el juicio oral ha de estar rodeada de las máximas garantías de fiabilidad, por lo que se infringe el derecho a la defensa del interesado:

a') Si no fue informado por los agentes policiales de las posibilidades que la reglamentación vigente le ofrece de solicitar la práctica de una segunda medición y del análisis de sangre, deber que ha de entenderse derivado del artículo 24,2 de la Constitución (Sentencias del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1985, Fundamento Jurídico 2, 28 de octubre de 1985, Fundamento Jurídico 5, y de 30 de octubre de 1985, Fundamento Jurídico 2).

b') Si el resultado de la prueba no aparece firmado por el interesado (Sentencia de 28 de octubre de 1985, Fundamento Jurídico 5).

Pero conforme a la Sentencia de 7 de octubre de 1985 (Fundamento Jurídico 3) la realización de esta prueba no requiere de las garantías inscritas en el artículo 17.3 de la Constitución, dispuestas específicamente

en protección del detenido y no de cualquiera que se halle sujeto a las normas de policía de tráfico. Tampoco se ostenta derecho a que se le indique por los agentes el fin al que se encamina la práctica de la prueba.

2. *La utilización del test alcoholométrico contenido en el atestado como prueba en la fundamentación del fallo*

La utilización del test alcoholométrico como medio de prueba, cuando se ajuste estrictamente a su normativa, no supone una aplicación análoga en perjuicio del acusado (Sentencia de 30 de octubre de 1985, Fundamento Jurídico 4). Tal test puede ser favorable o adverso al imputado, pero ¿el hecho de su incorporación al atestado, siendo desfavorable, es condición suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia?, ¿o en tales casos, en cuanto forma parte del contenido del atestado, ha de calificarse como simple denuncia e inhábil para destruir la presunción de inculpabilidad del conductor afectado?

a) El atestado en abstracto no ratificado es un acto pre-procesal inidóneo para introducir los hechos activamente en la sentencia.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre este punto se inició con la Sentencia de 28 de julio de 1981, conforme a la cual el atestado tiene en principio únicamente valor de denuncia como señala el artículo 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y no basta para que se convierta en prueba de confesión con que se dé por reproducido en el juicio oral, razón por la cual la mera aportación de un atestado no constituye la actividad probatoria necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia elevada por el artículo 24.2 de la Constitución a la categoría de derecho fundamental. De igual modo, la Sentencia de 3 de octubre de 1985 (Fundamento Jurídico 1, inciso tercero), recogiendo la doctrina de otra Sentencia, la de 30 de enero de 1984, y la del Auto de 28 de marzo de 1984, declara que el atestado policial tiene un valor de denuncia y no de prueba, y para que se convierta en auténtico elemento probatorio en el proceso no basta con que se dé por reproducido en el juicio oral, sino que es preciso que sea reiterado y ratificado ante el órgano judicial, normalmente mediante la declaración testifical de los agentes policiales firmantes del atestado. La falta de carácter probatorio del atestado no ratificado deriva del artículo 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no desvirtuado por otros preceptos legales, que sólo admiten el valor de ciertas diligencias preparatorias o sumariales como pruebas anticipadas a las que se practiquen en el juicio oral (art. 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y art. 8 de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre), sino que se explica también porque los actos de investigación policiales que constan en los atestados no son diligencias sumariales. La Sentencia de 28 de octubre de 1985 (Fundamento Jurídico 2) dice que los Tribunales ordinarios no están autorizados en principio a formar su convicción respecto de la prueba sobre la base de los atestados policiales realizados con anterioridad a la fase sumarial, sin la necesaria inmediación y contradicción, atestados a los que sólo puede atribuirse el valor de una denuncia. Y, en fin, la de 30 de octubre de 1985 (Funda-

mento Jurídico 2, inciso primero) entiende que el atestado policial no constituye un medio de prueba de los legalmente establecidos, ni puede calificarse de prueba al carecer de los requisitos de inmediación y contradicción que diferencian un medio de prueba de un mero acto de investigación.

b) ¿La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas resulta probada a través del test de alcoholemia realizado por los agentes policiales cuando en él se han cumplido los requisitos reglamentarios aunque no se haya ratificado en el juicio oral? Al atestado que contenga concretamente los resultados de las pruebas de impregnación alcohólica, si no ha sido ratificado, tampoco cabe asignarle valor probatorio absoluto y directo. Esta materia no ha sido ajena a las decisiones del Tribunal Constitucional, y si, ciertamente, hay coincidencia en resaltar que estos atestados revisten algunas peculiaridades, no existe unanimidad en lo relativo a su posible eficacia probatoria.

a') De un lado está la Sentencia de 3 de octubre de 1985. En ella, tras afirmarse en general que el atestado no ratificado carece de valor probatorio, agrega que tal conclusión "tiene que ser matizada en aquellos casos en que en el atestado y en las diligencias policiales no se producen simples declaraciones de los inculpados o de los testigos, sino que se practica —preconstituyéndola— una prueba a la que puede asignarse *lato sensu* un carácter pericial, cuando concurre además la circunstancia de la imposibilidad de su repetición posterior. En este caso, aun dejando en claro que el atestado debe ser en el correspondiente juicio ratificado por los agentes que lo hayan levantado, hay que atribuir a su contenido no sólo el valor de denuncia para llevar a cabo nuevas actividades probatorias sino un alcance probatorio por sí mismo siempre que haya sido practicada la prueba pericial preconstituida con las necesarias garantías" (Fundamento Jurídico 1, inciso último).

b') Pero existen otras dos sentencias sobre este concreto tema: Las de 28 de octubre de 1985 y 30 de octubre de 1985. En la primera de ellas se expresa que "no cabe desconocer la peculiaridad del atestado que incluye la realización de la denominada prueba de impregnación alcohólica. De un lado, contiene el resultado de un test practicado con ayuda de instrumental técnico especializado al que puede atribuirse el carácter de prueba pericial *lato sensu*, y aun cuando no constituye el único medio posible de investigación del supuesto delictivo, su carácter objetivo le proporciona una especial relevancia. De otro, resulta prácticamente imposible reproducir durante el juicio oral la prueba realizada mediante los aparatos oficialmente autorizados, por referirse a una situación que no persiste hasta la celebración de la vista de la causa". Seguidamente la sentencia expone que "las anteriores consideraciones no pueden, empero, llevar a la conclusión —sostenida por el Ministerio Fiscal? de que en este supuesto el atestado adquiere automáticamente valor probatorio desde el punto de vista procesal", para concluir después afirmando que "la simple lectura o reproducción en el juicio oral del atestado en que consten los resultados del test alcoholométrico no puede por sí misma servir de fundamento a un fallo condenatorio; es preciso en tales casos

que el test sea avalado o complementado en el curso del proceso para que pueda convertirse en prueba de cargo" (Fundamento Jurídico 4). Por su parte, la Sentencia de 30 de octubre de 1985 establece que es preciso reiterar que aun reconociendo la peculiaridad del atestado que contiene los resultados de la prueba de impregnación alcohólica, derivada del carácter técnico de la misma y de la imposibilidad de reproducirla en el juicio oral, no cabe concluir que dicho atestado adquiera por ello automáticamente valor probatorio desde el punto de vista procesal.

3. *Elementos de prueba que han de complementar el test de la alcoholemia para su eficacia en juicio.*

Como las diligencias constitutivas del atestado tienen el valor procesal de denuncia, es claro que precisarán de una ulterior actividad probatoria dentro del procedimiento penal. También el test de alcoholemia incorporado al atestado policial al no tener la condición de medio de prueba ha de ser objeto de prueba. Y para ello, aparte la comparecencia de posibles testigos, nada mejor que la declaración de los agentes policiales en el sumario y en el juicio oral, y no sólo para ratificar los datos del test de alcoholemia, sino, eventualmente, para confirmar los signos externos de la intoxicación del conductor, sobre todo si no se acepta de modo absoluto la naturaleza de delito de riesgo objetivo para el que prevé el artículo 340 bis a), supuesto en que no sería bastante la existencia de un determinado número de miligramos de alcohol en sangre.

En esta línea, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de octubre de 1985 (Fundamento Jurídico 2) denegó el amparo, pues existían elementos probatorios desvirtuadores de la presunción de inocencia, dado que el Juez penal "había contado con una prueba documental —la utilizada como cauce para traer los resultados de la investigación del grado de impregnación alcohólica— y con una prueba testifical que no sólo avaló aquella investigación, sino que comprendió además otros datos respecto a la conducción por el acusado bajo el efecto de bebidas alcohólicas".

Por su parte, otra Sentencia del Tribunal Constitucional, la de 28 de octubre de 1985, ha establecido lo siguiente: "que el atestado policial, al tener mero valor de denuncia respecto al hecho constatado y al autor, debe ser objeto de ratificación en el juicio oral para que pueda considerarse prueba legítima de cargo, ya sea con relación a las declaraciones de los funcionarios, de los testigos o de los imputados" (Fundamento Jurídico 4), inciso primero); y con referencia explícita a la prueba de la alcoholemia, dice que "es preciso que el test sea avalado o complementado en el curso del proceso para que pueda convertirse en prueba de cargo; este criterio ha sido mantenido por este Tribunal en diversas ocasiones; y en el mismo sentido de garantizar la fiabilidad de la mencionada prueba y su valor probatorio en el proceso penal han de entenderse las vías señaladas por la jurisprudencia de los Tribunales españoles —como la declaración en el juicio oral de los funcionarios que levantaron el atestado o la práctica del test alcoholométrico en presencia judicial— así como las medidas previstas en otros ordenamientos encaminadas a complementar dicha prueba con la confirmación de sus resul-

tados a través de métodos que proporcionan un grado mayor de precisión, como la práctica médica de un análisis de sangre, la conservación de las muestras y el envío de los resultados a la autoridad judicial competente; dentro de esta línea cabe considerar los análisis clínicos previstos reglamentariamente en nuestro ordenamiento" (Fundamento Jurídico 4, párrafo final). Por último, el Fundamento Jurídico 5 de esta sentencia se expresa del siguiente modo: "el contenido del atestado no fue ratificado por los agentes de Tráfico, ni en la fase de instrucción ni en el juicio oral, y en el proceso no figura prueba alguna de cargo que avale o complementa el resultado del test, por lo que no puede, por consiguiente, estimarse en este caso que el test de alcoholemia realizado por la Guardia Civil de Tráfico constituya esa mínima actividad probatoria de cargo producida con las adecuadas garantías procesales que ha de servir de base para desvirtuar la presunción de inocencia".

En el mismo sentido que la anterior, la Sentencia de 30 de octubre de 1985, expresa que "la simple lectura o reproducción en el juicio oral del atestado en el que consta el resultado de la prueba alcoholométrica no puede servir por sí misma de fundamento a un fallo condenatorio; en tales casos el test tiene que ser avalado o complementado en el curso del proceso para que pueda convertirse en prueba de cargo, y como la actividad probatoria realizada se limitó a la confesión del inculpado en el juicio oral, que no versó sobre el resultado del test alcoholométrico, no puede afirmarse que el test de alcoholemia efectuado por la Guardia Civil de Tráfico constituya una prueba de cargo producida con las adecuadas garantías procesales que pueda servir de base para desvirtuar la presunción de inocencia" (Fundamentos Jurídicos 2 y 3).

— IV —

CONCLUSIONES PRACTICAS

Hasta aquí se han analizado, desde una perspectiva constitucional, dos aspectos que se juzgan fundamentales: uno está representado por los presupuestos dirigidos a confirmar que las pruebas de detección alcohólica se han realizado con las máximas garantías, y otro, que han concurrido los requisitos indispensables para que aquéllas adquieran valor probatorio. Ahora, y ya en el orden práctico, tenemos que referirnos a la forma en que ha de constar la prueba de impregnación alcohólica y a las circunstancias necesarias para que las investigaciones alcoholométricas constituyan la mínima actividad probatoria excluyente de la presunción de inocencia.

1. En los partes de alcoholemia, ya procedan de las Policías municipales o de la Guardia Civil de Tráfico, es imprescindible que consten las siguientes notas:

- Nombre y apellidos del sometido a la prueba.
- Matrícula del vehículo conducido.
- Identificación suficiente de los agentes policiales actuantes.

- Especificación del alcoholómetro de precisión utilizado en la práctica de la prueba.
- Lugar y fecha —con expresión de la hora, día y año— en que la prueba se verificó.
- Resultado de las pruebas efectuadas.
- Constancia de haberse informado al interesado del derecho que le asiste a realizar una segunda prueba con aparato de precisión con un intervalo de diez minutos, del derecho a contrastar los resultados mediante análisis clínicos, así como de la sanción administrativa que acarrea la negativa a practicar la prueba.
- Conformidad, en su caso, del sometido a la detección alcohólica con los resultados obtenidos, así como la firma del mismo.

2. Como el hecho de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, recogido en el dato objetivo del grado de alcoholemia incorporado al atestado ha de probarse para que pueda quedar eliminada la presunción de inocencia, en la instrucción del procedimiento penal y en el juicio oral deberán constar como diligencias:

- Confesión o reconocimiento de la ingestión alcohólica previa a la conducción por parte del interesado.
- Declaración durante el proceso o en el juicio oral de los agentes policiales que intervinieron en la retención del conductor y en la prueba de alcoholemia, para, en este último caso, que confirmen su resultado y los requisitos que la hacen eficaz.
- Declaración de los posibles testigos que puedan ratificar el test alcoholométrico merced a los signos externos de una posible embriaguez en el conductor.

Por la Fiscalía General del Estado se dará traslado al Ministro del Interior del contenido de la presente Circular, a efectos de que pueda ser conocida y, especialmente observadas sus conclusiones prácticas, por los funcionarios que de él dependen relacionados directamente con la circulación vial; por su parte y con la misma finalidad apuntada, los Fiscales en sus respectivas provincias la transmitirán en armonía con el artículo 4, 4.º del Estatuto a las Jefaturas de las Agrupaciones de la Guardia Civil de Tráfico y de la Policía Municipal.

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS DELITOS COMETIDOS EN AERONAVES ESPAÑOLAS DURANTE LA NAVEGACION AEREA

— Consulta número 1/1986, de 14 de febrero —

— I —

El objeto de la Consulta formulada cuenta con los siguientes hechos:

1. Cuando, aproximadamente, habría transcurrido una hora del despigue en Málaga de un avión de líneas aéreas españolas con destino a Nueva York, un grupo de pasajeros, norteamericanos de nacionalidad,

realizaron actos que, sin afectar a la seguridad del vuelo, eran contrarios al buen orden y disciplina que debe observarse a bordo de la aeronave, desobedeciendo incluso las órdenes expresas dadas por el Comandante. Este, a su regreso a España, puso los hechos en conocimiento del órgano que estimó era competente.

2. Con los antecedentes suministrados, la asesoría jurídica de la Subsecretaría de Aviación Civil informa en el siguiente sentido:

— Que se trata de actos que ponen en peligro el buen orden y la disciplina a bordo, a los que son de aplicación el artículo 1 del Convenio de Tokio de 14 de septiembre de 1963.

— La competencia para conocer de los hechos corresponde, de acuerdo con el artículo 3 del Convenio, a la jurisdicción española.

— Los hechos pueden ser constitutivos de un delito de los previstos en el artículo 20 de la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea de 24 de diciembre de 1964.

— Que debe remitirse toda la documentación al Fiscal General del Estado para que a su vista resuelva sobre las actuaciones penales y teniendo en cuenta la necesidad de extradición para el castigo de los hechos.

El Director General de Aviación Civil, el 23 de julio de 1985, remitió la documentación a esta Fiscalía con la indicada finalidad del posible ejercicio de acciones penales.

3. Estudiados los antecedentes por esta Fiscalía, junto con la documentación se dirigió el 2 de agosto de 1985 un escrito al Fiscal de la Audiencia Nacional “porque pudiendo ser los hechos constitutivos del delito tipificado en el artículo 20 de la Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea de 24 de diciembre de 1964 en relación con el artículo 1 del Convenio de Tokio de 14 de septiembre de 1963, a fin de que disponga el ejercicio de las acciones penales oportunas, por ser la Audiencia Nacional la competente para conocer de los hechos y posible petición de extradición de los pasajeros que resulten autores conforme a los artículos 1, apartado 1 e) y 2, 3c) de la Ley orgánica 12/1983, de 16 de noviembre, que modifica la competencia de dicha Audiencia, e incluso también, aunque no hubiera entrado en vigor, por si se entendiera que aún no ha comenzado el procedimiento, de conformidad con los artículos 23 y 65 e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

4. Con independencia de la oportunidad o no de iniciar una investigación, al Fiscal destinatario de aquel escrito la preocupan, una vez estudiado con detenimiento el caso, los problemas relacionados con la competencia que del hecho dado pueden extraerse. A los fines de la Consulta los hechos son sintetizados así: presuntas infracciones penales que afectan a la disciplina interior de la nave, cometidas en el espacio aéreo internacional y dentro de un avión de pasajeros con pabellón español. Y agrega después que el punto de conexión de la competencia de los Juzgados Centrales y la Audiencia Nacional con los hechos está representado por el artículo 4.º, 1, e) del Real Decreto-Ley 1/1977 de 4 de enero,

redactado por Ley orgánica 12/1983, de 16 de noviembre, en cuanto les atribuye jurisdicción para los delitos cometidos *fuera del territorio nacional*.

Así resulta claro que a los delitos cometidos fuera del territorio nacional se extiende la competencia de los Juzgados Centrales y la Audiencia Nacional; pero acontece que la expresión *territorio nacional* no cuenta con perfiles jurídicos inequívocos, pues junto a la plataforma territorial fija (suelo, mar territorial, espacio aéreo circundante) existen enclaves móviles o discontinuos (buques, aeronaves, embajadas) que se asimilan al estricto territorio del Estado y sobre los cuales ejerce éste su soberanía y en particular su poder de jurisdicción. Conectado todo esto con la competencia de la Audiencia Nacional, la cuestión suscitada es si estos enclaves (fundamentalmente las aeronaves) son *territorio nacional*, o por el contrario *están fuera del territorio nacional*. El ordenamiento jurídico no contiene sobre este punto una orientación clara; la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, al delimitar el ámbito espacial de la jurisdicción penal señala dos bloques diferenciados en su artículo 23; en el primero de ellos dice que "en el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españolas, sin perjuicio de lo previsto en los Tratados Internacionales en los que España sea parte"; en el segundo párrafo del artículo 23 se expresa que "asimismo conocerá (la jurisdicción española) de los hechos previstos en las leyes penales españolas como delitos, aunque hayan sido cometidos fuera del territorio nacional" siempre que concurren las condiciones que se relacionan.

Con estos últimos antecedentes legislativos se concluye que, a efectos de competencia de la Audiencia Nacional, el giro "fuera del territorio nacional" cuenta con un doble significado. Uno es amplio, equivalente a todo el espacio exterior a la plataforma territorial fija (está compuesta por el suelo territorial, el mar y el espacio aéreo circundante); esta interpretación parece más congruente con la perspectiva finalista de la articulación de las competencias de la Audiencia Nacional. El otro significado es más estricto, y conforme a él serían eliminados del término "fuera del territorio nacional" los enclaves a los que la ficción jurídica confiere asimilación al territorio del Estado; este modo de entender aquella expresión daría lugar a una más clara concreción de los límites competenciales y el condicionado espacial del artículo 65.1 e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial estaría referido exclusivamente a los supuestos de extraterritorialidad previstos en el artículo 23.2 de la referida Ley.

— II —

El ámbito espacial en el que despliegan sus efectos las normas penales está determinado por el principio de territorialidad (art. 8.1 del Código civil), de donde se infiere que, en principio, sólo se aplicarán a las infracciones cometidas dentro del territorio del Estado salvo los supues-

tos de eficacia ultraterritorial expresamente regulados. Entendido en sentido técnico-jurídico el concepto de territorio, excede de la tierra firme y el mar territorial, extendiéndose la soberanía estatal en sentido vertical también *usque ad sidera*; así, el artículo 1.º de la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960 declara que el espacio aéreo situado sobre el territorio español y su mar territorial están sujetos a la soberanía del Estado español. Mas adentrándonos ya en materia propia de la Consulta para referirnos a las aeronaves que navegan por el espacio aéreo ¿también forman parte del territorio con la consiguiente aplicación del ordenamiento jurídico español? Es necesario distinguir entre naves españolas y extranjeras, y dentro de las primeras entre aeronaves del Estado y privadas.

A las aeronaves extranjeras sólo mientras se encuentren en territorio de soberanía española o en espacio aéreo a ella sujeto les serán aplicadas las disposiciones penales, de policía y seguridad pública vigentes en España (art. 7 de la Ley de 21 de julio de 1960).

Esta misma ley, centrándose ya en las aeronaves españolas, considera aeronaves del Estado: las militares (entendiéndose por tales las que tengan como misión la defensa nacional o estén mandadas por un militar comisionado al efecto) y las aeronaves no militares destinadas exclusivamente a servicios estatales no comerciales (art. 14); y se reputan *aeronaves privadas* las demás no comprendidas en el artículo anterior (art. 15).

La aeronave de Estado española se considerará territorio español cualquiera que sea el lugar o espacio donde se encuentre (art. 6, párrafo primero); las demás aeronaves, esto es, las privadas, estarán sometidas a las leyes españolas cuando vuelen por espacio aéreo libre, pero cuando sobrevuelen territorio extranjero sólo rige la ley española si a ello no se opusieren las leyes del país subyacente (art. 6, párrafo segundo). A las aeronaves privadas está dedicado el Convenio de Tokio de 14 de septiembre de 1963 (ratificado por España el 25 de septiembre de 1969 y en vigor desde el 4 de diciembre de 1969). Es aplicable a las infracciones cometidas a bordo de cualquier aeronave mientras se halle en vuelo en la superficie de alta mar o en la de cualquier otra zona situada fuera del territorio de un Estado (art. 1.º, 2); el Estado de matrícula de la aeronave será competente para conocer de las infracciones y actos cometidos a bordo (art. 3.º, 1).

La aeronave a que se contraen los hechos de la Consulta, debe ser incluida entre las de naturaleza privada, porque, sin ser militar, su destino es ajeno a los servicios estatales no comerciales, y al discurrir por espacio aéreo internacional o libre está sometida a las leyes españolas.

Con carácter más absoluto esta regla está recogida desde la perspectiva del Derecho privado en el artículo 10.2 del Código civil, en el cual se someten las aeronaves —variantes de las antiguas *res in transitu*— a la ley del lugar de su abanderamiento o pabellón nacional, que regirá el régimen de propiedad, derechos reales limitativos y de garantía y condiciones de transferencia y formas de publicidad.

— III —

Las posibles infracciones delictivas cometidas durante el vuelo de la aeronave están atribuidas a la jurisdicción española. Si la separación entre territorio español en sentido estricto y otros ámbitos espaciales en los que impera la soberanía española se halla expresada en el artículo 23,1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, también es patente su identidad a efectos de aplicación de las normas jurídicas penales, pues corresponde “a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españolas, sin perjuicio de lo previsto en los Tratados internacionales en los que España sea parte”. Pero ¿a qué jurisdicción española se está refiriendo este precepto? La Ley penal y procesal de Navegación Aérea de 24 de diciembre de 1964 estableció una jurisdicción militar propia (arts. 76 y sigs.) competente para conocer de todos los delitos y faltas cometidos *hallándose en vuelo* una aeronave, ya sea por los tripulantes o por los pasajeros; la situación de hallarse en vuelo comienza cuando la aeronave se pone en movimiento con su propia fuerza motriz, y termina cuando realizado el aterrizaje queda aquélla inmovilizada y parados los motores (art. 11, 4). Las infracciones que recoge esta Ley son de muy diversa naturaleza, y entre ellas se encuentran bajo la rúbrica de delitos contra el tráfico aéreo, los de sedición (artículos 20-27), y en el capítulo de delitos contra la seguridad, los de insulto al mando (arts. 45-47), atentados y desacatos (art. 48) y desobediencia (arts. 49-50).

Sin embargo, tras la vigencia de la Constitución Española y su declaración contenida en el artículo 117.5 —con la que estaba en contradicción la Ley de 24 de diciembre de 1964— y de la modificación introducida en el Código de Justicia Militar por Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, se ha operado una gran restricción en la aplicación o atribución de hechos al conocimiento de la jurisdicción militar aeronáutica. Sirvan de ejemplo los Autos de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1983, 5 de julio de 1984 y 8 de noviembre de 1984. En todos ellos se trataba de aeronaves privadas españolas que sufrieron accidentes con numerosas víctimas cuando se hallaban en vuelo, unas veces en sentido técnico y otras en su significación real, pero siempre sobre el espacio aéreo español. Y sin excepciones se ha declarado que correspondía conocer a la jurisdicción ordinaria y no a la jurisdicción aeronáutica militar. Este es el razonamiento: “En virtud de los principios imperantes en la Constitución Española de 1978 (arts. 117.5), Ley penal y procesal de Navegación Aérea (art. 76) y Código de Justicia Militar reformado el 6 de noviembre de 1980 (art. 9, 3.º), en estos casos es competente la jurisdicción ordinaria. En primer lugar, por el fuero atractivo de la misma, expresado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 10 y siguientes). En segundo lugar, por excepción, la jurisdicción militar —en este caso la aérea— es la competente para conocer de los delitos que se cometan en el espacio aéreo español cuando los hechos atenten a la soberanía española, causen un perjuicio al tráfico o

normas aéreas de las aeronaves militares o a las extranjeras que por compromisos militares internacionales, sobrevuelen territorio español. En tercer lugar, porque la jurisdicción aérea no es una jurisdicción especial independiente, sino que es una jurisdicción militar especializada que actúa en determinados casos en lugar del Consejo de Guerra. Por fin, porque los hechos de naturaleza común, como el caso que nos ocupa, serán sometidos según el artículo 16.1 del Código de Justicia Militar, aunque sean cometidos por militares, al conocimiento de la jurisdicción ordinaria cuando los hechos no afectan al buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas.

En esta misma línea se hallan las más recientes disposiciones. En efecto, y después de la formulación de la Consulta, se ha promulgado la Ley Orgánica 1/1986, de 8 de enero, sobre supresión de la jurisdicción penal aeronáutica, en cuyo artículo 1, párrafo primero se establece que “se suprime la jurisdicción penal aeronáutica regulada en el Libro II de la Ley penal y procesal de Navegación Aérea de 24 de diciembre de 1964”; y seguidamente agrega esa misma norma que “los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria conocerán de los delitos y faltas tipificados en el Libro I de dicha Ley”.

— IV —

Si el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial determina la extensión y los límites en general de la jurisdicción española en el orden penal, el artículo 65 de esa misma Ley, situado ya en el campo de la competencia, expresa en su párrafo 1, apartado e) que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá de los delitos cometidos fuera del territorio nacional cuando, conforme a las Leyes o a los Tratados internacionales, corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles, añadiendo el artículo 88 que los Juzgados Centrales instruirán las causas cuyo enjuiciamiento compete a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y que las fallarán cuando la Ley lo disponga. Con una redacción análoga, el artículo 4.1 e) del Real Decreto-Ley 1/1977, de 4 de enero, había dispuesto que en el orden judicial penal la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales conocerán de los delitos cometidos fuera del territorio nacional cuando, conforme a las Leyes, corresponda su enjuiciamiento a los Tribunales españoles.

De las aludidas normas se infiere que los Juzgados Centrales y la Audiencia Nacional son los únicos órganos jurisdiccionales competentes para conocer de los delitos cometidos fuera del territorio nacional. Pero como es notorio que la expresión referida no cuenta con un significado único se hace necesario individualizarla por resultar trascendental a los fines de dar una solución ajustada a la Consulta. A tales fines hay que entender que la frase fuera del territorio nacional significa no solamente fuera del territorio en su valoración estricta o material (fuera del suelo, del mar territorial) sino también fuera de nuestro territorio, aunque a éste lo contemplemos en sentido jurídico o más amplio (aeronaves, embarcaciones); la Ley, con aquel giro gramatical, está aludiendo a los

delitos ejecutados en territorio perteneciente a la soberanía de otro Estado. De ahí, pues, que con la frase *fuera del territorio nacional* se esté delimitando la competencia de la Audiencia Nacional a los supuestos de extraterritorialidad pura, o lo que es igual para los casos singulares en que se aplica la Ley española aunque los hechos delictivos determinantes hayan sido concluidos en territorio extranjero. Y esto es lo que acontece en virtud de la aplicación de los principios complementarios al de territorialidad permisivos de la eficacia ultraterritorial de la Ley Penal, que son: el de la personalidad (aplicable a los nacionales que delincan en el extranjero y concurren determinadas circunstancias), el real (con vigencia para los delitos que comprometan los intereses del Estado cometidos en el extranjero por españoles o extranjeros) y en el de justicia internacional (con proyección en los llamados delitos internacionales cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional). Con arreglo a esta interpretación los delitos cometidos en las aeronaves privadas españolas en el espacio aéreo internacional no se deben incluir en ningún caso entre los cometidos fuera del territorio nacional cuyo conocimiento incumbe a la Audiencia Nacional.

La conclusión que precede se nos presenta como exacta si relacionamos el artículo 65.1 e) con el artículo 23, ambos de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En el primero está la frase cuestionada *fuera del territorio nacional* delimitadora de la *competencia* de la Audiencia Nacional; en el artículo 23.1 viene a afirmarse que la jurisdicción española conocerá, conforme al principio de territorialidad, de los delitos cometidos en territorio español o a bordo de buque o aeronaves españolas; y en el artículo 23, párrafo 2, 3 y 4 se atribuyen a la jurisdicción española el conocimiento de los delitos cometidos *fuera del territorio nacional*, dándose acogida a los principios antes señalados: personal (art. 23.2), real (art. 23.3) y de defensa (art. 23.4). De ahí el que resulte evidente que en el giro *fuera del territorio nacional* del artículo 65.1 e) no se contengan incondicionalmente los delitos cometidos en aeronaves en espacio aéreo internacional, pues para ello está previsto el artículo 23.1 en donde se equiparan a los cometidos en el territorio nacional estricto. Mas si tal expresión la conducimos no a la actual Ley Orgánica del Poder Judicial, sino a la de 1870, vigente al tiempo de la promulgación del Real Decreto-Ley 1/1977, de 4 de enero, cuyo artículo 4.1 e) contiene también el término *fuera del territorio nacional*, también debe concluirse que se hacía referencia a delitos cometidos en el extranjero, como se desprendía de los artículos 336, 339 y 340 de la anterior Ley Orgánica del Poder Judicial.

Conforme a lo expuesto, los delitos que hayan tenido lugar en aeronaves nacionales durante su vuelo por espacios aéreos a los que se extiende la jurisdicción española no son de los cometidos fuera del territorio nacional, razón por la que, en tales casos, no deberá aplicarse sin más la regla atributiva de competencia contenida en los artículos 65.1 e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 4.1 e) del Real Decreto-Ley 1/1977, de 4 de enero. La Audiencia Nacional sólo sería competente si atendida la naturaleza de los delitos, se tratara de alguno de los que conoce en exclusiva cualquiera sea el lugar del territorio nacional en que se hayan ejecutado. En los demás supuestos —entre los que debe incluirse

el que constituye el objeto específico de la Consulta— serán competentes los Juzgados de Instrucción y las respectivas Audiencias Provinciales, y ello tanto por la interpretación restrictiva que el Tribunal Supremo ha venido dando a la parcialmente derogada Ley de 24 de diciembre de 1964 como por la declaración contenida en el artículo 1, párrafo segundo de la Ley Orgánica 1/1986, de 8 de enero, expresiva de que “en los delitos o faltas cometidos en vuelo, la competencia vendrá determinada por el lugar del 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”.

OCUPACION, DESTRUCCION Y COMISO DE ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICOS EN EL PROCESO PENAL

— Consulta número 2/1986, de 21 de marzo —

— I —

LOS TERMINOS DE LA CONSULTA

Somete V. E. a Consulta un hecho que si, materialmente, es muy simple, en el orden jurídico no deja de suscitar cuestiones. Se trata de lo siguiente: los miembros de la Policía Judicial, al instruir atestados, muchas veces recogen efectos, instrumentos y pruebas del delito, que, en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, son puestos a disposición de la autoridad judicial competente para iniciar el procedimiento que corresponda. Pero cuando el objeto o los efectos del delito ocupados sean sustancias estupefacientes o psicotrópicas, se les presenta la duda de si han de entregarlas en el Servicio de Control de Estupefacientes o dependencias periféricas del Ministerio de Sanidad y Consumo, o si tal entrega deberá hacerse en el Juzgado instructor junto al atestado.

Se hace notar que a favor de la primera solución parece estar la Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas en vigor sobre estupefacientes y se adaptan al Convenio de 1961 de las Naciones Unidas, ya que su artículo 31 establece que “las sustancias estupefacientes decomisadas a los delincuentes e infractores de contrabando serán entregadas al Servicio de Control de Estupefacientes”. Y, al contrario, en apoyo de que el destinatario de la entrega sea la autoridad judicial, aparte del artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, están los artículos 334 y siguientes de esa misma norma procesal, conforme a los cuales el Juez instructor debe ordenar la recogida de las cosas objeto del delito; y también, el preámbulo de la Ley 4/1984, de 9 de marzo, modificativa del artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se cita como justificación de la reforma “el notable

incremento que en los últimos tiempos han experimentado *las piezas de convicción intervenidas por la autoridad judicial, singularmente drogas y explosivos*".

En opinión del Fiscal que formula la Consulta, la aparente contradicción entre el artículo 31 de la Ley de 8 de abril de 1967 y las normas antes citadas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se resuelven fácilmente:

— Si se da al contenido central del artículo 31 ("las sustancias estupefacientes *decomisadas*") un sentido técnico-jurídico, y en interpretación estricta del mismo, sólo debe referirse a los estupefacientes cuyo comiso hubiere sido acordado ya por el Juzgado o Tribunal en la sentencia una vez adquirida la cualidad de firme.

— Pero cuando se trate del acto inicial de intervención de drogas por la Policía Judicial a presuntos delincuentes, en observancia de las reglas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deberán entregarse con el atestado en el Juzgado de Instrucción que resulte competente.

Así resuelto el tema de la autoridad u órgano a quien deba hacerse la entrega, plantea otro: el de la conservación o destrucción de los estupefacientes. Y afirma que el Juez puede acordar la conservación del todo o de parte de la droga intervenida o la destrucción total o parcial; la ejecución de cualesquiera de estos actos incumbirá, bien al Servicio de Control de Estupefacientes o al que asuma sus funciones en el Ministerio de Sanidad y Consumo en Madrid, o a los órganos de las dependencias administrativas periféricas o autonómicas de la provincia en que radique el órgano jurisdiccional. Cree oportuna la decisión de conservar, porque al tratarse de sustancias que pueden tener aplicación farmacéutica, sería antieconómica su destrucción y porque, con ese proceder, se posibilita, una vez acordado el comiso de la droga, que por la Administración se dé a la misma el destino más conveniente dentro de las previsiones legales.

— II —

LOS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTROPICOS PROVINIENTES DEL DELITO SON EFECTOS DE ILICITO COMERCIO

Según se desprende de los artículos 27 y 48 del Código penal, el comiso es una pena accesoria que lleva aparejada la pérdida de los efectos que provinieren del delito y de los instrumentos con que se hubiere ejecutado. La naturaleza de los efectos del delito condiciona las consecuencias de la pena accesoria de comiso, pues si aquellos son de *licito comercio* el comiso es facultativo y puede ser parcial (art. 48, inciso segundo), pero si los objetos del delito ocupados son de *ilicito comercio*, el comiso es obligatorio y total. También los efectos civiles del comiso son distintos en uno y otro caso. Siendo los bienes decomisados de *licito comercio*, su destino es cubrir las responsabilidades civiles derivadas del delito, por lo que, a través de la venta forzosa, se transformarán en dinero, y como en ningún caso éste pasa al patrimonio del responsable, si el valor en venta superase el *quantum* de la indemnización o si el con-

denado fuere solvente, el producto de la enajenación ingresará en las arcas del Tesoro. Si, al contrario, los efectos objeto del comiso fueren de *ilícito comercio*, como dice el artículo 8.º, “se les dará el destino que dispongan los reglamentos, o, en su defecto, se inutilizarán”.

Aunque en perspectiva lógica no ofrece dudas la naturaleza de efectos de ilícito comercio para las sustancias estupefacientes y psicotrópicas productos de un tráfico ilegal, es necesario justificarla en un orden jurídico, porque el artículo 48 del Código penal no expresa qué deba entenderse por efectos de *ilícito comercio*. Creemos que deben reputarse como tales no sólo aquellas cosas que estén fuera del comercio de un modo absoluto (*res extracommercium*), sino también aquellas otras cuya transmisión no es libre y que por estar sujetas a limitaciones o prohibiciones y no ser objeto de tráfico ilícito (art. 1.271 del Código civil) conllevan la nulidad del acto y el comiso de las mismas (art. 1.305 del Código civil). Luego si la ilicitud relativa está representada en el radio del artículo 48 del Código penal, los estupefacientes y psicotrópicos objetos del delito definido en el artículo 344 del Código penal, se someterán al régimen de los efectos de ilícito comercio, porque aunque su extracomercialidad no lo sea de modo incondicionado, al ser géneros prohibidos (arts. 2, 2.º de la Ley de 8 de abril de 1967 y 2, 2.º del Real Decreto 2.829/1977, de 6 de octubre) su tráfico está limitado por prohibiciones legales de adquirir, enajenar, fabricar y producir (Ley de 8 de abril de 1967 para los estupefacientes y Real Decreto de 6 de octubre de 1977 para las sustancias psicotrópicas).

Pero es que, además, existen disposiciones de distinto rango en las que está previsto el comiso total de los estupefacientes. En efecto, el comiso de estupefacientes y psicotrópicos procedentes de tráfico ilegítimo es sanción que hallamos en la legislación internacional. Así, el artículo 37 del Convenio de las Naciones Unidas de 1961 dispone que “todo estupefaciente, sustancias y utensilios empleados en la comisión de los delitos mencionados en el artículo 36 (sanciona todos los actos de posesión y tráfico) o destinados a tal fin, podrán ser objeto de aprehensión y decomiso”. Un precepto paralelo a éste, y referente a las sustancias psicotrópicas, es el contenido en el artículo 22.3 del Convenio de Viena de 21-2-1971. La Ley española de 8-4-1967, en su artículo 31, añade a las sustancias estupefacientes decomisadas, porque al tratarse de artículos estancados (art. 30, 1) están sujetos a la sanción accesoria de comiso (artículo 27 de la anterior Ley de Contrabando aprobada por Decreto de 16-6-1964). Y en la vigente normativa sobre contrabando (Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio), está expreso el comiso de los bienes y efectos que constituyan el objeto del delito de contrabando (art. 5), naturaleza esta que se asigna a la posesión y tráfico de estupefacientes (art. 1, tres) por cualquiera de los actos enumerados en el artículo 1, uno, al tratarse de artículos o géneros prohibidos (art. 3, dos). Este comiso tendrá los efectos que para las cosas de ilícito comercio señala el artículo 48 del Código penal, tanto porque el artículo 7 de esta Ley, al disponer que los géneros intervenidos podrán ser enajenados, lo supedita a que este sea el destino final de los bienes, como porque para fijar el destino de lo decomisado es aplicable el Derecho penal común (art. 9). Y por último,

indiquemos que en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, es medida de seguridad (art. 5, 16.ª) la *incautación en favor del Estado* del dinero, efectos e instrumentos que procedan. Entre otras, a los traficantes de drogas declarados en estado peligroso, les es aplicable la medida de incautación del dinero y efectos procedentes (art. 6, 6.º, b); el artículo 17, 1.º del Reglamento de la Ley de Peligrosidad, precisa que la incautación a favor del Estado de los efectos que procedan implicará su ocupación. Se trata de una ocupación definitiva cuando haya declaración de peligrosidad, pues conlleva la venta de los efectos e instrumentos si son de lícito comercio, ingresándose el producto en el Tesoro, y si su comercio es ilícito se inutilizarán si alguna disposición especial no previene otro destino (art. 17, 2.º del Reglamento).

En resumen, al comiso de estupefacientes y psicotrópicos debe dársele el tratamiento prevenido para los efectos del delito que no sean de lícito comercio. Pero como en el Código penal el comiso es una pena y no medida de seguridad, ¿qué sucede con los estupefacientes y psicotrópicos intervenidos en tanto llega el momento de ejecutar la pena accesoria de comiso?, ¿qué destino, provisorio por supuesto, deberá darse a los objetos decomisables ocupados en tanto se transforman en objetos decomisados? Quedan así planteadas las cuestiones más importantes que se extraen de la Consulta: la ocupación, puesta a disposición judicial y conservación de los objetos decomisables de ilícito comercio y el destino definitivo de éstos tras haber recaído resolución judicial inimpugnable.

— III —

LA OCUPACION Y CONSERVACION DURANTE EL PROCESO A DISPOSICION DEL JUEZ O TRIBUNAL DE LOS EFECTOS DEL DELITO

1. Objeto y caracteres de la ocupación

Las sustancias estupefacientes y psicotrópicas procedentes de tráfico ilegal que se intervengan constituyen el objeto mismo de la infracción (objeto material del delito), y aún cuando en la letra del artículo 48 del Código penal son decomisables únicamente los efectos que provengan del delito, en esta expresión deben tener cabida todos los *producta sceleris*, por lo que al ser la ocupación el antecedente lógico-jurídico del comiso, deberá extenderse tanto a los objetos materiales empleados para facilitar o ejecutar el delito, como al provecho o producto del acto delictivo y a las cosas cuya posesión, fabricación o venta constituya delito. La Ley de Enjuiciamiento Criminal, con su terminología tan variada, permite una interpretación amplia del artículo 48 del Código penal, con lo que *efectos provenientes del delito* serán no sólo los así designados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 282, 286, 327, 334, 336, 337, 338, 567, 574, 620, 844) sino también los que denomina *cuerpo del delito* (arts. 334, 339, 367, 391, 699) o *piezas de convicción* (arts. 622, 626, 629, 631, 634, 635, 654, 688, 712, 726, 742, 844). Así, no sólo el objeto material propio

del delito que define el 344 (sustancias estupefacientes y psicotrópicas), sino cualquier efecto o instrumento que tenga relación con el delito (*instrumenta et producta delicti*) deben ser ocupados y puestos a disposición de la autoridad judicial.

La ocupación de los efectos del delito, cualesquiera sea su naturaleza, puede efectuarse directamente por el Juez instructor (arts. 334 y sgts. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) o por la Policía judicial antes de la iniciación del proceso cuando realiza los actos de investigación (artículo 282). La ocupación, acto de coerción limitativo de las facultades dominicales, consiste en la privación de la posesión de todos los efectos que provengan del delito, cumpliendo esta indisponibilidad una doble función: en el orden procesal atribuye al Juez un eficaz control sobre los objetos y en un plano sustancial los sujeta al eventual comiso. Esta adquisición para el proceso penal de las cosas pertenecientes al delito, tiene asignados fines probatorios y conservativos, lo que presupone que han de permanecer durante el proceso a disposición del Juez o Tribunal.

2. Conservación y custodia durante el proceso

Una vez consumada la entrega, la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece unas normas generales referentes a la conservación durante el sumario a disposición del instructor (arts. 367, 620) y otras especiales sobre esa misma puesta a disposición para las diversas fases del proceso penal ordinario: a la conclusión del sumario deberán remitirse las piezas de convicción al Tribunal (arts. 622, 626) a fin de que puedan ser examinadas por el Ministerio Fiscal y las partes al tiempo de la instrucción (art. 629) y de la calificación (art. 654); y ya durante el juicio oral, serán colocadas en el local en que se celebre (art. 688), para que puedan ser reconocidas por los testigos (art. 712) y examinadas por el propio Tribunal (art. 726).

Pero alguna de estas normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que por supuesto no distinguen sobre cuál sea la naturaleza de los efectos del delito ocupados, están modificadas o complementadas por recientes disposiciones; conforme a ellas, la puesta a disposición judicial de los efectos del delito no presupone de modo necesario que el Juzgado instructor sea el encargado de su custodia material, ni que la totalidad de las piezas de convicción deban conservarse hasta después de dictada sentencia.

a) De un lado, contamos con el Decreto de 15 de octubre de 1976, que organizó en los Decanatos de Madrid y Barcelona un Depósito judicial a donde deben ser remitidos por los respectivos Juzgados de Instrucción los objetos intervenidos y los efectos del delito con el fin de conservarlos allí de modo unificado y de custodiarlos (art. 1), hasta que, concluso el procedimiento, se les dé el destino que determine la sentencia o el que estuviere señalado en la Ley (art. 2, 2.º), y si no existiere norma legal que imponga un destino determinado, los objetos de ilícito comercio intervenidos recibirán el destino que fijen los reglamentos (artículo 2, 4.º, B). Por otra parte, la Orden de 14 de julio de 1983, creó en los Decanatos de los Juzgados de Bilbao, Sevilla, Valencia y Zará-

goza, los Depósitos judiciales establecidos por el Decreto de 15 de octubre de 1976, en donde habrán de depositarse, custodiarse y conservarse los objetos intervenidos y efectos del delito hasta que sean reclamados por los Juzgados depositantes (art. 3, d) para darles el destino que en derecho proceda (art. 9). Para el resto de los Juzgados de Instrucción no comprendidos en el Decreto de 15 de octubre de 1976 ni en la Orden de 14 de julio de 1983, regirán las normas comunes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre conservación y custodia de los efectos del delito durante la etapa sumarial.

Aun con las peculiaridades señaladas para el efectivo depósito, tras estas normas las piezas de convicción han de conservarse a disposición del Tribunal hasta la conclusión del proceso. Por ello, en estricta interpretación de ciertos artículos contenidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 688, 712, 726), el Tribunal Supremo, en Sentencia de 1 de febrero de 1983, ha declarado, refiriéndose a la ocupación de 15 gramos de heroína, que su presencia al inicio de las sesiones del juicio oral es *absolutamente preceptiva*, y con mayor razón si alguna de las partes ha solicitado expresamente en su escrito de conclusiones provisionales la presencia de las piezas de convicción, bien como prueba directa, inmediata o independiente que deba examinar *de visu* el Tribunal sentenciador de instancia, bien como complemento de otras pruebas personales para cuyo normal desenvolvimiento se precisa la exhibición de las piezas susodichas.

b) Particularmente ahora, puede decirse que cuando se trate de la ocupación de estupefacientes y psicotrópicos llevada a cabo por la Policía judicial, deberán ser puestos de modo inmediato a disposición del instructor, pero no sin antes haber concretado y descrito suficientemente en el atestado el peso, volumen, unidades y demás características externas de aquellos productos. Resulta claro que en un orden jurídico-procesal, el único destinatario directo de la entrega de los efectos del delito intervenidos es el Juez que conozca de la causa, pero no es menos cierto que el término *puesta a disposición judicial* que emplea el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no debe significar que a la *aprehensión* haya de seguir necesariamente una entrega material de lo intervenido en los locales del Juzgado instructor para su custodia. Antes nos hemos referido a las excepciones representadas por el Decreto de 15 de octubre de 1976 y la Orden de 14 de julio de 1983, supuestos ambos en que no coinciden el órgano judicial a quien se confía materialmente el depósito y conservación, y aquel otro a cuya disposición se hallan los efectos del delito. Ahora debemos aludir al artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal según la redacción dadas por la Ley de 9 de marzo de 1984. Su párrafo primero expresa que "los instrumentos, armas y efectos a que se refiere el artículo 334 se sellarán, si fuere posible, y se acordará su retención, conservación o envío al organismo adecuado para su depósito". Es de destacar que para los efectos del delito en general, frente a la retención y conservación por el propio instructor, está previsto aquí el "envío al organismo adecuado para su depósito"; señalemos también que al remitirse esta norma al artículo 334 sólo parece contemplar

los efectos ocupados directamente por el Juez. De cualquier modo, aparece en él la compatibilidad entre la puesta a disposición judicial de los efectos del delito con el depósito y custodia en otro organismo no judicial. La expresión legal se conforma con decir que el organismo será el "adecuado", determinación que, en un orden lógico, estará condicionada por la naturaleza de las piezas de convicción objeto de entrega. Para estupefacientes y psicotrópicos debe excluirse la custodia judicial directa dado que el artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal quiere que se haga envío de ellos a otros organismos, porque al menos por ahora, la generalidad de las dependencias judiciales no reúnen los acondicionamientos necesarios para una eficaz custodia de lo depositado, y menos aún para la conservación de las notables cantidades de estupefacientes que con tanta frecuencia se aprehenden; por ello debe resolverse que la entrega tenga lugar en la sede de los organismos adecuados para que el depósito y la conservación cumplan sus fines propios: evitar el quebrantamiento y el deterioro mientras se decide sobre la eventual destrucción en trámite sumarial o sobre el destino legal una vez recaída sentencia. Esos organismos adecuados del artículo 338 no serán otros que los dependientes del Ministerio de Sanidad y Consumo especialmente dispuestos para esos menesteres, entre otras razones porque ya el artículo 31 de la Ley de 8 de abril de 1967 prevé la entrega definitiva en ellos de los estupefacientes que hayan sido objeto de comiso, y aunque nada se diga de los meramente decomisables, el depósito, ya sea para su conservación provisional o para su definitiva destrucción, deberá realizarse también en las dependencias que correspondan del Ministerio de Sanidad y Consumo.

Mas, como antes se apuntaba, en el nuevo texto del artículo 338 se cita el artículo 334, con lo que, en puro rigor literal, parece darse a entender que el tratamiento previsto en el artículo 338 para los efectos del delito únicamente se extenderá a aquéllos que el Juez haya recogido por sí. Sin embargo, nada se opone a que la totalidad de los efectos provinientes del delito, y en especial también los intervenidos por miembros de la Policía judicial en ejecución de actos de investigación, estén sujetos a las prescripciones que, sobre conservación, depósito y destrucción, establece aquella norma. Es más, para los estupefacientes y psicotrópicos ocupados por los agentes policiales, bastará con su puesta a disposición judicial pero depositándose directamente en las dependencias del Ministerio de Sanidad y Consumo sin necesidad de una previa entrega material en el Juzgado de instrucción. En estas hipótesis, a la ocupación por la Policía judicial de estupefacientes y psicótrofos procedentes de tráfico ilegal, deberán seguir las siguientes actividades:

— Los estupefacientes y psicótrofos procedentes de tráfico ilícito intervenidos por la Policía judicial, serán entregados en depósito, pero a disposición judicial, en los Servicios farmacéuticos dependientes de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios adscritos a las Direcciones Comisionadas o Direcciones provinciales de Sanidad y Consumo de cada Comunidad Autónoma.

— Los referidos Servicios farmacéuticos, en el momento de recibir los estupefacientes y psicótrofos intervenidos por la Policía judicial, le-

vantarán un acta, cuyo original enviarán al Juzgado competente para la instrucción, y en la que se harán constar la descripción y el peso exacto de las sustancias, los datos relativos a la aprehensión, las diligencias policiales a que ha dado lugar la intervención y el órgano judicial a cuya disposición se encuentra lo depositado.

— La *traditio* real a estos organismos tendrá como finalidad su custodia y análisis para identificar y valorar los principios activos de las sustancias.

— Efectuados los análisis correspondientes, los laboratorios de estupefacientes de las Comunidades Autónomas recibirán su informe a los Servicios farmacéuticos que solicitaron el dictamen para que, por su conducto, sean enviados a la autoridad judicial.

— Los estupefacientes y psicótrópos depositados en los Servicios farmacéuticos se conservarán con las garantías adecuadas de seguridad a disposición del Juez o Tribunal que entienda de la causa.

— IV —

DESTRUCCION DURANTE EL SUMARIO DE LOS EFECTOS DEL DELITO SI SU CONSERVACION O CUSTODIA REPRESENTA UN PELIGRO REAL O POTENCIAL

El fundamental riesgo, así como el valor y aumento considerable de las sustancias intervenidas cuya tipicidad se halla en el artículo 344 del Código penal, impone especiales cautelas dirigidas a evitar la desaparición o la alteración de lo ocupado; de ahí que su depósito y conservación se encomiende a Organismos integrados en la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, ya se trate del Servicio de Control de estupefacientes, de las Direcciones Comisionadas o de las Direcciones Provinciales de Sanidad y Consumo, referidos con anterioridad. En ellos, se asegura no sólo la absoluta inmovilización sino también una mayor vigilancia, con lo que la puesta a disposición judicial será real y verdadera en trances de adoptarse cualesquiera de las resoluciones legalmente previstas para los objetos de ilícito comercio. Pero la genérica conservación de estos efectos hasta la conclusión del proceso, es medida que, al menos para estupefacientes y psicótrópos, se sustituye por la destrucción en fase sumarial a partir de la vigencia de la Ley 4/1984, de 9 de marzo, que al tiempo que da nueva redacción al artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modifica implícitamente todas aquellas normas procesales que parten de la conservación *in natura* de las piezas de convicción hasta la terminación del proceso penal (entre otros, artículos 620, 622, 626, 629, 654, 688, 712, 726). El fundamento del cambio que experimenta el artículo 338 —destrucción facultativa en lugar de conservación preceptiva— se extrae del preámbulo de la ley y se concreta así: “el notable incremento que en los últimos tiempos han experimentado las piezas de convicción intervenidas por la Autoridad judicial, singularmente drogas y explosivos, y los gravísimos problemas de todo or-

den que está planteando a los organismos encargados de su almacenamiento y custodia”.

El tránsito desde la conservación imperativa hasta la destrucción en la fase instructoria se actúa a través de una facultad que compete al Juez, bien sea por decisión propia o a instancias del Ministerio Fiscal; tal facultad de disposición que supone la extinción material de los objetos de ilícito comercio no es una facultad excepcional sino que ha de desenvolverse en el plano de la normalidad, sobre todo cuando recaiga sobre estupefacientes y psicótrpos. Precisamente por presentar la facultad de ordenar la destrucción la naturaleza señalada, en la Instrucción de esta Fiscalía General del Estado de 28 de noviembre de 1984, se encarecía no sólo la necesidad de informar favorablemente a la destrucción cuando el dictamen preceptivo le sea solicitado al Ministerio Fiscal, sino de instar directamente dicha medida a la autoridad judicial cuando se tuviere noticia de casos que la hicieren aconsejable; Instrucción cuyo cumplimiento fue recordado por otra de 10 de diciembre de 1985 al haberse tenido conocimiento de que pese a la reforma del artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se lleva a cabo con la frecuencia y regularidad que sería de desear la destrucción de estupefacientes intervenidos como objetos del delito. Y en el mismo sentido, la Comunicación procedente de la Presidencia del Tribunal Supremo dirigida a Juzgados y Tribunales correspondiente al 27 de enero de 1986, en la que tras resaltar la modificación del artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal recuerda la facultad que el mismo atribuye a los Jueces y Tribunales de ordenar la destrucción durante la tramitación del proceso penal de estupefacientes y psicótrpos, a fin de evitar el peligro que su almacenamiento representa.

En síntesis, lo que el artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal quiere como norma para los efectos de ilícito comercio, siempre que concursan los presupuestos que examinaremos, es su destrucción durante la instrucción sumarial, con lo que los preceptos generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que imponen su conservación a disposición del Tribunal, habrán de ir referidos exclusivamente a los efectos cuya conservación o almacenamiento no entrañe un peligro real o potencial. Mas si esta anticipada destrucción representa una facultad conferida al titular del órgano jurisdiccional, su ejercicio legítimo se subordina a la estricta observancia de las formalidades dispuestas en el artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para garantizar los derechos del inculpado y el buen fin del proceso penal. Son las siguientes:

— Que se trate de efectos de ilícito comercio. Que la destrucción está prevista como posible únicamente para los efectos de ilícito comercio, se desprende tanto del preámbulo de la Ley —que cita explosivos y drogas— como de la propia norma al referirse al peligro real o potencial que entrañen los que vayan a ser objeto de destrucción. Además así resulta indirectamente del artículo 338, párrafo último, en donde la alternativa a la conservación si ésta resultare difícil para los efectos de ilícito comercio, es la venta durante el proceso.

— Que resulte necesaria o conveniente ponderando el peligro que comporte su almacenamiento o custodia. Este peligro integrador de la

facultad de destrucción debe estar en función de la naturaleza y cantidad de las drogas intervenidas, porque, evidentemente, no entraña iguales dificultades el almacenamiento de unas decenas de gramos de hachís que la de decenas de kilogramos de este producto, ni la custodia de unos pocos gramos de heroína que la de centenares de gramos.

— La audiencia al Ministerio Fiscal y al propietario, si fuere conocido o a la persona en cuyo poder fueron hallados los efectos cuya destrucción se pretende.

— Decidida judicialmente la destrucción, pero antes de que esta medida se ejecute, y como garantía de los derechos del inculpado, es imprescindible dejar muestras suficientes de las sustancias intervenidas, y proceder, si no se hubiere hecho ya, a la total identificación de las mismas, quedando constancia en autos de la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de los efectos a destruir. Tanto la toma de muestras como la identificación de las sustancias estupefacientes o psicotrópicas intervenidas, se hará constar mediante diligencia extendida por el fedatario judicial y en la que pueden intervenir los imputados o sus defensas.

Por último, indicar que como la destrucción es en realidad un comiso anticipado y no cabe el comiso parcial para los efectos de ilícito comercio (art. 48, párrafo segundo, del Código penal), aquella será siempre total, no siendo obstáculo a ello el que haya de dejarse "muestras suficientes" según dispone el artículo 338, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Elimina, además, la posibilidad de una destrucción parcial para los efectos de ilícito comercio el hecho de que para ellos la destrucción es la única alternativa legal a la conservación. La destrucción parcial sólo será viable cuando los efectos ocupados sean de distinta naturaleza jurídica.

— V —

DESTINO DE LOS EFECTOS DE ILICITO COMERCIO A LA CONCLUSION DEL PROCESO

Ya para la fase de ejecución de la pena accesoria, el artículo 48 del Código penal, dispone que a los efectos objeto del comiso, cuando fueren de ilícito comercio, se les dará el destino que dispongan los reglamentos o, en su defecto, se inutilizarán. Así, es manifiesto que uno de los destinos finales sólo está mediatamente determinado (lo que dispongan los reglamentos) y que el otro está directamente determinado *ex lege*: la inutilización. Durante el sumario, por exigencias del artículo 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la opción legal es más precisa, pues sólo es dable o conservarlos o decidirse por la destrucción si se advirtiera un peligro real a causa del almacenamiento o custodia de los efectos de ilícito comercio. Mas como no existen reglamentos específicos que concreten el destino efectivo que deba acordarse en la sentencia para los estupefacientes y psicotrópicos objeto del delito, el tema no deja de ofrecer dificultades. Sólo conocemos que la Ley administrativa de 8 de abril de 1967 (art. 31) dispone que las sustancias estupefacientes decomisadas

serán entregadas al Servicio de Control de Estupefacientes, y que, como antes se expuso, al referirse a estupefacientes *decomisados*, esa entrega es posterior a una sentencia firme. Admitiendo que, con relación al Código penal, la Ley de 8 de abril de 1967 tenga el carácter de reglamento, resultaría que la entrega a un órgano administrativo sería el único destino previsto reglamentariamente, con lo que la sentencia no debería especificar más, y así se hace, e incluso de modo implícito, en la generalidad de las resoluciones que se limitan a decir "dése a los efectos ocupados el destino legal". Pero no debe olvidarse que en el artículo 48 del Código existe, eventualmente, otro destino legal: la inutilización que en nuestro caso recae sobre los estupefacientes y psicotrópicos. La redacción del párrafo correspondiente "o, en su defecto, se inutilizarán", plantea la duda de si la inutilización es medida subsidiaria o alternativa; o lo que es igual, si decidir sobre la inutilización procede en defecto de disposiciones reglamentariamente (en cuyo supuesto la inutilización es subsidiaria) o en defecto de dar en la sentencia el destino previsto en los reglamentos (hipótesis en que la inutilización es alternativa).

Esta dualidad de destinos es reciente en nuestra historia legislativa. Para el Código penal de 1870 (art. 63), no existía más que un destino, pues los efectos provenientes del delito que se decomisaren "se venderán si son de lícito comercio o *se inutilizarán si son ilícitos*". Lo mismo, el Código penal de 1932. En el Código de 1928, en el que el comiso era medida de seguridad (art. 91, 3.º), se decía que "los objetos decomisados... se inutilizarán si fueren ilícitos, salvo que los reclame un Museo oficial y no hubiese inconveniente legal para entregárselo". Es a partir del Código penal de 1944 cuando aparece en el artículo 48 la frase "se les dará el destino que dispongan los reglamentos o en su defecto se inutilizarán".

Mas conviene ahora que insistamos sobre un extremo interpretativo que puede resultar decisivo para precisar el destino de estupefacientes y psicotrópicos una vez concluido el procedimiento. Durante el sumario, y en casos singulares, frente a la *conservación* se puede optar por la *destrucción* de ciertos efectos decomisables, pero a partir de la sentencia firme se inutilizarán. La destrucción es una alternativa judicial para los estupefacientes a acordar durante la instrucción sumarial, y su *inutilización* es otra posibilidad que se atribuye al Juez, una vez que la sentencia sea firme. Destruir e inutilizar no son conceptos equivalentes. La destrucción a pesar de que se adopte durante el sumario, tiene un mayor rango material y jurídico. Destrucción es término que está equiparado en nuestro ordenamiento jurídico a extinción (Cfr. arts. 1.122, 2.º, 1.182 y 1.589 del Código civil) o desintegración de los elementos principales o estructurales de la cosa, a su inexistencia; al contrario, en su sentido gramatical, inutilizar es hacer, generalmente de manera intencionada, que una cosa quede inservible para su función, con lo que la inutilización presupone tan sólo la modificación de la función, pudiendo lo inutilizado reportar otra utilidad; inutilizar para el destino asignado representa no la destrucción sino una transformación física y química. Si es éste el

verdadero concepto de la expresión legal *inutilización*, en la realidad viene a resultar intrascendente que en la parte dispositiva de las sentencias se acuerde la expresa *inutilización* de las drogas decomisadas o se decida dar a tales sustancias el *destino legal*, porque el resultado último en cualesquiera de esas dos hipótesis, si no absolutamente idéntico, tendría una gran semejanza práctica. Justifiquemos ahora la precedente afirmación. El “destino legal” del objeto del comiso, como se ha visto, no puede ser otro que el de la entrega material al Servicio de Control de Estupefacientes (art. 31 de la Ley de 8 de abril de 1967), pero no la entrega para su necesaria destrucción —término este que no hallamos en esta ley—, sino para la finalidad que más convenga a los intereses estatales, pues no en vano el Estado, merced al comiso, se ha convertido en titular de esos bienes; serán, pues, los organismos que reciban los estupefacientes y psicotrópicos decomisados los que decidan sobre su destino efectivo, atendidas la naturaleza y posibilidades de utilización legítima, por lo que “el destino legal” tanto puede ser la conservación como la transformación en productos de normal uso médico o farmacéutico o la real destrucción de lo decomisado; en principio parece que así como la generalidad de los psicotrópicos comercializados no son incompatibles con la conservación o en su caso con la inutilización legal, la alternativa para los estupefacientes sería la inutilización o mejor la destrucción total para aquellas sustancias que carezcan en absoluto de indicaciones médicas o justificación terapéutica. Todo esto, repetimos, cuando en la sentencia, sin más especificaciones, se diga que procede dar a los objetos decomisados el “destino legal”. Pero si en su parte dispositiva se expresare que lo procedente es la “inutilización”, como este giro no coincide con el de destrucción material, la entrega de productos estupefacientes y psicotrópicos para su inutilización por los órganos administrativos encargados del control de aquéllos, no se separará en un todo de la entrega que precede al destino legal; en consecuencia, con la eliminación de los principios activos objeto de atención preferente en el narcotráfico, se han inutilizado para su función ilegal pero operándose una conversión en sustancias de eventual uso clínico. Hay en este hecho inutilización, pero también conservación física y destrucción jurídica dada su absoluta indisponibilidad.

— V —

CONSIDERACIONES FINALES

Como resumen de lo expuesto en la resolución de la Consulta, el Ministerio Fiscal velará para que durante la tramitación de los procedimientos incoados por delitos de tráfico de estupefacientes y psicotrópicos, se cumplan estas previsiones:

1. A los fines del destino contemplado en los artículos 48 del Código penal y 338 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los efectos de ilícito comercio, deberá asignarse esta naturaleza a las sustancias es-

tupefacientes y psicotrópicas objeto del delito definido en el artículo 344 del Código penal.

2. Cuando en la realización de actos de investigación criminal sean recogidos por la Policía judicial productos estupefacientes y psicotrópicos, aun quedando estos necesariamente a disposición de la autoridad judicial, deben ser entregados para su custodia en los Servicios farmacéuticos dependientes de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios. De igual modo, cuando se trate de esos efectos del delito intervenidos directamente por los Jueces de Instrucción, éstos podrán enviarlos a aquellos organismos en concepto de depósito conforme al artículo 338, párrafo primero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3. Durante la instrucción de los procedimientos penales, a los Jueces instructores, mediando las circunstancias que prevé el artículo 338, párrafo 2.º y 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se les concede la facultad de decidir sobre la destrucción de estupefacientes y psicotrópicos, cumpliendo previamente las formalidades requeridas en aquella norma en garantía de los derechos del inculpaado y del buen fin del proceso penal. Ante tal medida adoptada por el Juez, la audiencia al Ministerio Fiscal es indispensable, sin perjuicio de que pueda promover la destrucción cuando los hechos investigados así lo aconsejen.

4. Pronunciada sentencia, y cuando no se hubiere llevado a cabo la destrucción durante el sumario, en ella puede resolverse dar a los objetos sobre los que el comiso recae, bien el destino dispuesto en los reglamentos u ordenar su inutilización, pero, en cualquier caso y una vez que la sentencia sea firme, deberá ordenarse, si antes no se hubiere hecho, la entrega a los organismos insertos en el Ministerio de Sanidad y Consumo ya aludidos, los cuales, atendida a la naturaleza específica de los estupefacientes y psicotrópicos, pueden optar entre su conservación *in natura*, su transformación en productos de utilidad médica o farmacéutica o su verdadera destrucción material.

5. El Ministerio Fiscal cuidará de modo especial que una vez acordada la destrucción durante el sumario, ésta se lleve a cabo efectivamente; y si es en la sentencia cuando se resuelve dar el destino legal a estupefacientes y psicotrópicos intervenidos, procurará que tras adquirir aquélla la cualidad de firme los actos necesarios para su ejecución se comuniquen sin dilaciones a los Servicios farmacéuticos en que se hallen depositados.

Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Barcelona

COMIENZO DE LA TENTATIVA Y ESTUPRO INCESTUOSO

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo
de 19 de julio de 1984)

Dra. ELENA FARRE TREPAT

Profesora colaboradora

Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. La calificación de estupro incestuoso. 1.1. El estupro incestuoso. 1.2. El delito de abusos deshonestos no violentos.—2. El comienzo de la tentativa. 2.1. Criterios de interpretación doctrinales. 2.2. Criterios de interpretación jurisprudenciales.—3. El comienzo de la tentativa en el estupro. 3.1. Naturaleza del delito de estupro. 3.2. El comienzo de la tentativa en los delitos de mera actividad. 3.3. Concreción del criterio expuesto.—4. Conclusión.

S.T.S. de 19 de julio de 1984

En el día de autos el procesado, impulsado por el ánimo de yacer con su hija, mayor de doce años y menor de dieciocho, la encerró en una habitación y le ordenó que se echara sobre la cama boca arriba. La intervención, en aquel momento, de un hermano de la víctima, pudo evitar que lograra realizar su propósito.

Estos hechos fueron considerados por el T. S. constitutivos de un delito de estupro del artículo 434 párrafo 2.º del Código penal en grado de tentativa, concurriendo además la agravante de reiteración (1). Se condenó al procesado a la pena de 50.000 pesetas de multa.

(1) Cabe destacar la utilización en la sentencia del término «reiteración», aun después de la derogación del artículo 10,14 por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio y la fusión de la reiteración y la reincidencia en la agravante 10,15 del C. p., referida a la reincidencia.

1. LA CALIFICACION DE ESTUPRO INCESTUOSO

1.1. EL ESTUPRO INCESTUOSO

La primera cuestión que plantea la sentencia comentada es la relativa a la subsunción de estos hechos en la figura del estupro incestuoso en alguno de sus grados de realización. Los delitos de estupro en general han sido objeto de una importante reforma, en la Ley 46/1978, de 7 de octubre, que ha afectado sensiblemente a la figura que examinamos, atribuyéndole unas connotaciones diferentes a las de su anterior regulación.

Por una parte, cabe considerar que *se ha ampliado el ámbito de los posibles sujetos, activo y pasivo, del delito*. Actualmente pueden serlo tanto el hombre como la mujer, lo cual puede deducirse del texto legal, que utiliza los términos «persona» y «otra» para referirse a los sujetos del delito en el estupro de prevalimiento y «ascendiente o hermano del estuprado», en la figura que nos ocupa (2). Esta modificación se ha interpretado como un reflejo de la variación en el objeto jurídico que se pretende proteger a través de estas tipicidades (3).

La ampliación del ámbito de los sujetos ha comportado también una *ampliación del ámbito de las conductas prohibidas*, que deberá tenerse en cuenta en la interpretación de los términos «acceso carnal», que utilizan los artículos 434, párrafo 1.º y 435 del Código penal. Tradicionalmente se habían asimilado a «yacimiento», en un sentido equivalente al empleado en la violación, es decir, como relación heterosexual con sujeto activo masculino y sujeto pasivo femenino, por tanto, como coito vaginal (4). Aún actualmente defiende esta interpretación un sector doctrinal y jurisprudencial (5). Sin embargo, después de la reforma y debido a la ampliación del ámbito de los sujetos activo y pasivo, no queda excluida la posibilidad de incluir entre los comportamientos típicos del estupro la penetración no vaginal, es decir, el coito anal, tanto heterosexual como homosexual (6).

(2) En este sentido GÓZÁLEZ RUS, *La violación en el Código Penal español*, Granada, 1982, pp. 342 s.; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 6.ª ed., corregida y puesta al día, Sevilla, 1985, pp. 354 s. y 358, y SILVA, Ana Isabel, *Consideraciones sobre la reforma de los delitos de estupro y rapto*, C.P.C., núm. 8, 1978, pp. 90 s. Sobre la regulación de estos delitos con anterioridad a la reforma, MORILLAS CUEVAS, *El delito de estupro-incesto*, A.D.P.C.P., 1977, pp. 301 ss.

(3) «Aunque no se haya cambiado el enunciado del título, que sigue hablando de los delitos contra la honestidad, parece que la tendencia es la de contemplar delitos que ataquen única y exclusivamente la libertad sexual de los individuos» (SILVA, Ana Isabel, *Consideraciones*, C.P.C., núm. 8, 1978, p. 91).

(4) Un importante sector doctrinal mantiene, en cambio, una concepción más amplia del yacimiento, comprensiva tanto del acto contra naturaleza como del vaginal. (Sobre ello véase GÓZÁLEZ RUS *La violación*, pp. 332 ss.).

(5) En este sentido BOIX REIG, *El delito de estupro fraudulento*, Madrid, 1979, p. 298 y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte Especial*, 8.ª ed., Madrid, 1980, p. 178, y las Sentencias de 25 de marzo de 1980; 11 de noviembre de 1980; 5 de diciembre de 1980 y 14 de octubre de 1982.

(6) En este sentido, MUÑOZ CONDE, *P. E.*, p. 335 s. y las SS. de 7 de marzo de 1980 y 22 de junio de 1984.

La reforma ha reducido, por otra parte, el número de conductas prohibidas al limitar, en el estupro de prevalimiento, la *edad del sujeto pasivo a la comprendida entre los 12 y los 18 años* y al requerir, además, que concurra, en todo caso, una relación o situación, que origine la superioridad del sujeto activo frente al sujeto pasivo y que el sujeto activo consiga el acceso carnal *prevaliéndose de esta relación o situación de superioridad*.

Dada la relación de dependencia que existe entre el párrafo primero del artículo 434 y el párrafo segundo, cabe extender los citados requisitos a la figura del estupro incestuoso, precisándose para su concurrencia no sólo la relación familiar descrita en el texto legal, sino también la situación de prevalimiento de la superioridad existente entre el sujeto activo y el sujeto pasivo (7).

A estos elementos del tipo se refiere la sentencia comentada al señalar la necesidad de que «el inculpado, como aquí acontece, tenga ascendiente sobre la víctima y ésta no se encuentre en condiciones de resistir con la misma libertad de quien no esté en esa situación de inferioridad, precisamente en base a que en ese ascendiente va implícita la coacción moral que el agente o, en este caso, el padre utiliza para el logro de sus lúbricos deseos...». De todo ello parece desprenderse que el Tribunal Supremo deriva de la simple relación parental la existencia de una relación o situación de superioridad, así como el abuso o prevalimiento de la misma por parte del sujeto activo, sin comprobar su efectiva concurrencia. En esta sentencia el T. S. prosigue la línea mantenida por la Sentencia de 5 de junio de 1981, en la que se afirmó que el «prevalimiento de superioridad siempre se presume en esta clase de estupros incestuosos». Sin embargo, después de la reforma de 1978, no puede dejar de probarse, además de la concurrencia de la relación parental entre ambos sujetos, la situación de prevalimiento del sujeto activo respecto al sujeto pasivo, la cual, por otra parte, es posible que se dé frecuentemente en estas relaciones familiares.

1.2. EL DELITO DE ABUSOS DESHONESTOS NO VIOLENTOS

Puesto que el acceso carnal no ha llegado a realizarse —no se describe ni tan sólo contacto físico entre los sujetos—, no cabe considerar el delito de estupro incestuoso consumado. El Tribunal Supremo se plantea la distinción entre el delito de abusos deshonestos consumados y el estupro de prevalimiento en grado de tentativa, que debe buscarse en la parte subjetiva del tipo, ya que en el aspecto objetivo ambas figuras coinciden. En el plano teórico la distinción es clara y no ofrece lugar a dudas: en el delito intentado de estupro el propósito del sujeto activo es el acceso carnal, o, como indica la sentencia, «el elemento interno o intencional del agente como ánimo de yacer». En cambio, éste no debe concurrir en el delito de abusos deshonestos.

(7) Así también MUÑOZ CONDE, P. E., p. 358.

En la práctica, sin embargo, la distinción no siempre es sencilla, por la dificultad que entraña conocer la intencionalidad del autor. Para resolver esta cuestión el T. S. acude, al igual que en otros casos que plantean la misma problemática (8), al examen de las circunstancias que rodean el hecho, deduciendo de ellas la voluntad que impulsaba al agente.

En el supuesto que nos ocupa constituye un hecho probado que el sujeto activo «tuvo el propósito de yacer con su propia hija y a tal propósito dirigió toda su actuación», por lo que debe descartarse un posible delito de abusos deshonestos. Debiera tenerse en cuenta, no obstante, que dadas las circunstancias del caso, es decir, la ausencia de tocamiento sexual, la única tipicidad que podría concurrir en lugar del estupro intentado, son unos abusos deshonestos también en grado de tentativa. Este hecho en nada varía lo expuesto anteriormente en relación al delito de abusos deshonestos consumados, pero nos acerca al tratamiento de la tentativa en los delitos de mera actividad, cuestión que examinaremos más adelante.

En *conclusión* puede, pues, afirmarse que en los hechos examinados concurren los diversos elementos que conforman la figura del estupro incestuoso (9). Veamos en tercer lugar, si realmente existe ya un comienzo de ejecución del delito o, contrariamente, no concurre por completo el tipo de la tentativa de estupro incestuoso.

2. EL COMIENZO DE LA TENTATIVA

Sin duda alguna la determinación del comienzo de la tentativa de delito constituye uno de los temas más conflictivos del Derecho penal. Desde muy antiguo la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado de esta cuestión y, si bien puede afirmarse que la discusión no ha sido en absoluto infructuosa, sería ingenuo negar que la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos no está definitivamente resuelta (10).

2.1. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DOCTRINALES

El artículo 3, párrafo 3.º del Código penal señala que la tentativa comienza «cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores...». Con la finalidad de interpretar el texto legal, la doctrina ha aportado diversas teorías. Veamos a continuación las más significativas:

(8) Sobre los criterios que utiliza el T. S. para delimitar el delito intentado o frustrado de homicidio y las lesiones consumadas, véase mi tesis doctoral: *Problemas fundamentales de la tentativa en el Derecho Penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, 1985, p. 90 (en prensa); así como *Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución* (Comentarios a la Jurisprudencia Penal del T. S.) A.D.P.C.P. 1986, fascículo I, pp. 269 ss.

(9) El delito de estupro incestuoso constituye una de las figuras típicas, cuya incriminación es más debatida. (Sobre ello, MORILLAS, *El delito de estupro-incesto*, A.D.P.C.P., 1977, pp. 293 ss.

(10) Sobre esta problemática, ampliamente mi tesis doctoral: *Problemas fundamentales de la tentativa en el Derecho Penal*, pp. 181 ss.

2.1.1. Los penalistas españoles más antiguos se manifestaron partidarios de posiciones subjetivas, declarándose a favor de la teoría de la *equivocidad o univocidad de los actos*, que tanta repercusión ha tenido en la jurisprudencia del T. S., y de la *teoría del «dolus ex re»*. La primera precisa, para considerar un acto como ejecutivo, que sea inequívoca su tendencia a un hecho criminal (11), mientras que la segunda requiere, además, que del mismo pueda inferirse el delito que se quería cometer (12).

2.1.2. La *teoría objetivo-formal* ha colaborado a recuperar, para el comienzo de la tentativa, la seguridad jurídica perdida con las teorías subjetivas, ya que las mismas conducen a ampliar excesivamente la ejecución. Esta conocida posición considera que hay que partir del verbo activo con el que la Ley expresa la acción delictiva y que en los delitos de varios actos, con la ejecución del primero ya debe considerarse iniciada la tentativa (13). La teoría objetivo-formal es demasiado rigurosa en la interpretación del comienzo de la tentativa y su aplicación conduce a negar la tentativa en un amplio número de delitos: no sólo en los delitos de mera actividad, sino también en muchos delitos de resultado.

2.1.3. Con el fin de resolver los inconvenientes que plantea la teoría objetivo-formal han surgido las *teorías objetivo-materiales*, que amplían el ámbito de la tentativa más allá de las acciones típicas a acciones próximas a éstas. Han sido varias las formas de aparición de las teorías objetivo-materiales. En nuestro país, algunos autores se han manifestado partidarios de la *teoría del peligro o riesgo inminente*

(11) «De igual suerte que en la preparación criminosa podrá quedar en duda a cuál delito se enderezaban los actos de ejecución, pero si es cierto que propendía a un delito, existe un conato. No es aquí cuestión del ser sino del conocer. Y la incertidumbre relativa a los delitos posibles mediante tales actos, se resuelve por la regla que otorga preferencia a la suposición más benigna. La univocidad de su tendencia a un acto criminal es, pues, objétese lo que se quiera, bajo el punto de vista ontológico, el único criterio que la ciencia puede suministrar a la práctica para discernir los actos preparatorios de la tentativa» (CARRARA, *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*, traducción, prólogo y notas de V. ROMERO GIRÓN, 2.ª ed., 1926, p. 102).

(12) En este sentido puede ser interpretados PACHECO, *El Código Penal*, concordado y comentado, T. I, 1986, p. 93; DE VIZMANOS-ÁLVAREZ, *Comentarios al Código Penal*, T. I, 2.ª ed., 1853, p. 24; GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *Código Penal de 1870*, T. I, 1870, p. 78; VIADA, *Código Penal reformado de 1870*, 4.ª ed., T. I., 1890, p. 35. Y más recientemente QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Madrid, 1966, p. 54, y CUELLO CALÓN, *Derecho Penal, Parte General*, 18.ª ed., revisada y puesta al día por CAMARGO, Barcelona, 1981, p. 641.

(13) A favor de esta posición se han manifestado ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1949, p. 410; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte General*, 9.ª ed. revisada y puesta al día por SERRANO GÓMEZ, Madrid, 1985, p. 783 y CREZEZO MIR, *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Valladolid 1964, pp. 19 y 22, quien no rehúsa otros criterios interpretativos como la fórmula de Frank y el peligro al bien jurídico protegido (ob. cit., p. 21).

para el bien jurídico (14). Cabe citar, además, por la repercusión que ha tenido, la conocida fórmula de Frank, según la cual «existe ya un principio de ejecución en todos los momentos de actividad, que en virtud de su necesaria conexión con la acción típica, aparecen como partes integrantes de ella, según la concepción natural» (15).

2.1.4. A pesar de los inconvenientes que plantean las teorías subjetivas, éstas contribuyeron a poner de relieve la imposibilidad de determinar correctamente el comienzo de la tentativa sin tener en cuenta el plan del autor. Las teorías objetivo-materiales han sido posteriormente completadas con este elemento subjetivo, dando lugar a las teorías mixtas (16).

2.1.5. El inconveniente de las teorías objetivo-materiales, aún en su configuración objetivo-subjetiva, reside en ampliar demasiado el ámbito de la ejecución a acciones todavía muy alejadas de las acciones típicas. Para evitar este problema ha surgido la teoría, denominada de la *inmediatez de los actos*, que limita el comienzo de la tentativa a aquellas acciones que, según el plan del autor, se encuentran tan estrechamente vinculadas a la acción ejecutiva, que sin eslabones intermedios esenciales pueden desembocar en la fase decisiva del hecho (17).

En resumen puede, pues, afirmarse que la discusión doctrinal ha conseguido dar sus frutos. Por una parte, se admite de forma unánime, que la tentativa siempre da comienzo con el inicio de las acciones típicas, pero además, también da comienzo con la práctica de aquellas acciones que se encuentran íntimamente unidas a la acción típica.

2.2. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIALES

La jurisprudencia del T. S. ofrece en la determinación del comienzo de la tentativa un panorama ciertamente confuso. Varias de las posiciones aportadas por la doctrina han encontrado acogida en las sentencias del T. S.; sin embargo, es difícil extraer de su estudio unas directrices que se apliquen con regularidad y, en su lugar, abundan los silencios y las contradicciones.

(14) En este sentido FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, T. I., 1946, p. 56, y LUZÓN DOMINGO, *Derecho Penal del Tribunal Supremo*, T. II, p. 38.

(15) *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetz*, 18.ª ed., 1931, § 43, núm. II, 2, b.

(16) Una posición mixta, concretamente la fórmula de Welzel, ha tenido acogida en el nuevo Código penal alemán, que en su párrafo 22 señala el comienzo de la tentativa en el momento en que «según la representación del autor se inicia directamente la realización del tipo».

(17) En términos parecidos se expresan en nuestra doctrina GIMBERNAT, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, Madrid, 1979, página 113, y MIR PUIG, *Adiciones a la traducción del Tratado de Derecho Penal de H.-H. Jescheck*, T. II, Barcelona, 1981, p. 722 y *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Barcelona, 1985, p. 291.

2.2.1. Sin duda alguna la *posición dominante* en nuestra jurisprudencia es aquella posición *subjetiva*, según la cual la tentativa comienza con la realización de los actos, que «revelan el propósito delictivo del autor» (18), o bien, como prefiere más recientemente, con aquellos actos que manifiestan de forma «inequívoca o unívoca» la finalidad delictiva del agente (19). Sin embargo, en otras sentencias el T. S. ha rechazado abiertamente la validez de la teoría subjetiva, por considerar que la misma comporta una excesiva ampliación de la tentativa en detrimento de la preparación (20). En este sentido el Tribunal Supremo ha acogido también otros criterios contrapuestos a aquellos subjetivos.

En efecto, en numerosas sentencias se acude a la denominada *teoría objetivo formal*, considerando como ejecutivos aquellos actos que «suponen la realización del verbo activo, que rige la figura delictiva» (21), lo cual no ha constituido un obstáculo para acudir a otros criterios cuando se ha estimado necesario castigar actos todavía no pertenecientes a la esfera del tipo. En este sentido en ocasiones ha afirmado el T. S. la concurrencia de un acto ejecutivo, por implicar el hecho de un «atentado real», o bien «un peligro inminente y directo» contra el bien jurídico protegido (22). Se ha acogido, por lo tanto, a criterios *objetivo-materiales*, que en alguna ocasión han comportado una ampliación excesiva del ámbito de la tentativa.

Por último, sobre todo recientemente, ha acudido el T. S. a *teorías mixtas*, es decir, a la combinación de criterios objetivos materiales con la consideración del plan del autor (23).

2.2.2. Se observa, pues, que en relación al comienzo de la tentativa el T. S. mantiene una posición vacilante y, con frecuencia, contradictoria. No sigue en este punto un único criterio, sino que ha acudido a diversidad de ellos. Esto no sólo se pone de manifiesto al comparar las diversas sentencias entre sí, sino que incluso en una misma sentencia ha acudido a diversos criterios. Junto a ello, es importante poner de relieve que el Tribunal Supremo no siempre argumenta sus decisiones con relación a esta problemática. Al contrario, son muchas las sentencias en las que se limita a considerar los hechos como punibles o impunes sin aportar para ello ningún apoyo teórico. Cabe, pues, afirmar que la falta de unificación de criterios existente en nuestra jurisprudencia, en un ámbito de tan sutil delimitación como es la distinción entre los actos preparatorios y ejecutivos, comporta un evidente peligro para la seguridad jurídica.

(18) En este sentido, entre otras, las SS. de 6 de julio de 1935; 31 de marzo de 1952; 2 de julio de 1955; 4 de febrero de 1959; 3 de junio de 1969, y 21 de diciembre de 1978.

(19) Así la S. de 6 de octubre de 1976; 21 de diciembre de 1978; 24 de junio de 1970 y 22 de mayo de 1976, entre otras.

(20) Así, en la S. de 9 de noviembre de 1973.

(21) SS. de 6 de octubre de 1976; 10 de octubre de 1978 y 24 de enero de 1980, entre otras.

(22) SS. de 24 de junio de 1970; 20 de febrero de 1975; 24 de enero de 1980 y 10 de octubre de 1973.

(23) En este sentido, entre otras, las SS. de 9 de junio de 1973.

3. EL COMIENZO DE LA TENTATIVA EN EL DELITO DE ESTUPRO

Con frecuencia se ha negado la posibilidad de tentativa en los delitos de mera actividad. Por esta razón, nos referimos en primer lugar a la naturaleza del delito de estupro, como delito de mera actividad o de resultado, antes de introducirnos propiamente en el comienzo de ejecución.

3.1. NATURALEZA DEL DELITO DE ESTUPRO

En base a las modalidades de la acción los delitos se subdividen en delitos de mera actividad y delitos de resultado, según que el tipo requiera o no que aquélla vaya seguida de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta (24). En el delito de estupro de prevalimiento la conducta que se prohíbe es el acceso carnal, cuando concurren además las circunstancias descritas anteriormente. Por consiguiente, es preciso conocer el contenido de dichos términos y, en concreto, el grado de realización necesario para que el acceso carnal se considere integrado. La expresión «acceso carnal» se ha asimilado tradicionalmente a la de «yacimiento». Por ello, sin olvidar las consecuencias, ya citadas, que ha comportado la reforma, en el sentido de ampliar las conductas comprendidas en el estupro, vamos a examinar las posiciones doctrinales que han surgido en torno al mismo.

La posición más estricta en relación al yacimiento considera necesaria no sólo la penetración, sino también la «seminatio intra vas» (25). Frente a ella, una segunda concepción amplia del mismo sostiene que es suficiente la simple aproximación de sexos, es decir, el simple contacto directo de los órganos genitales masculinos y femeninos (26). Entre una y otra se encuentra la posición aceptada mayoritariamente, según la cual hay yacimiento cuando se produce la penetración del órgano sexual masculino en el genital femenino, ya sea total o parcial (27).

En relación al tema que nos ocupa, cabe observar que sólo una interpretación estricta de los términos «acceso carnal», en el sentido de exigir no sólo la introducción del órgano sexual masculino, sino además la eyacuación, confirmaría la naturaleza de delito de resultado del estupro. Por el contrario, tanto la interpretación amplia como la mayoritaria conducen a la conclusión de que el mismo constituye un delito de mera actividad. Efectivamente, la consumación del estupro no requiere ningún resultado separado espacio-temporalmente de la conducta y la simple realización de la misma, en las circunstancias indicadas, conduce al desarrollo total del tipo penal.

(24) MIR PUIG, D. P., p. 164.

(25) Una exposición amplia de estos criterios en GONZÁLEZ RUS, *La violación*, pp. 321 ss.

(26) En este sentido MUÑOZ CONDE, P. E. pp. 344 s. Véase también GONZÁLEZ RUS, *La violación*, pp. 323 s.

(27) Por todos, GONZÁLEZ RUS, *La violación*, pp. 324 ss.

3.2. LA TENTATIVA EN LOS DELITOS DE MERA ACTIVIDAD

Durante años se ha venido sosteniendo, por parte de un importante sector doctrinal y jurisprudencial, que la tentativa no es posible en los delitos formales de un solo acto instantáneo. Se argumenta que estos delitos se consuman con la mera realización de la actividad prohibida, y, por ello, la tentativa no es posible, pues en ellos el comienzo de la ejecución del delito implica la consumación (28). Lo cierto es, sin embargo, que cuando el Tribunal Supremo se ha planteado la cuestión, ha admitido la tentativa en los delitos formales en más ocasiones que la ha negado. Y, no obstante, siempre que la ha admitido, ha creído necesario justificar su decisión. Después de leer la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este punto no puede más que afirmarse, como ya hizo la S. de 17 de marzo de 1978, que «tales supuestos no son tan raros y escasos, ya que se ha sancionado en este sentido en numerosas ocasiones». Se ha admitido la tentativa de abusos deshonestos (29), allanamiento de morada (30), cohecho (31) y omisión del deber de socorro (32). La tentativa de estupro incestuoso se ha admitido en un caso (33), en que el padre «trató de realizar el coito con la niña, levantándole el viso y tocándole con la mano sus órganos genitales y diciéndole que no tuviera miedo, que no le haría nada, sin que llegara a realizar su intento por haber huido atemorizada la niña».

Considero que la posición mantenida por el Tribunal Supremo, en el sentido de admitir la tentativa en los delitos de mera actividad, es correcta. El rechazar la posibilidad de las formas de imperfecta ejecución en estos casos es una consecuencia necesaria a la que conduce la teoría objetivo-formal en los delitos de un sólo acto instantáneo (34). Pero esta conclusión no es comprensible si se acepta que la tentativa puede empezar en un momento anterior a la acción típica, es decir, si se parte de una teoría objetivo-material para delimitar los actos preparatorios de los ejecutivos.

3.3. CONCRECIÓN DEL CRITERIO EXPUESTO

La fórmula expuesta anteriormente para la determinación del comienzo de la tentativa no aporta sino las líneas generales para la so-

(28) En este sentido ANTÓN ONECA, *D. P.*, p. 411, y QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios*, p. 54.

(29) Entre otras, en las SS. de 27 de marzo de 1972; 6 de mayo de 1974; 23 de abril de 1976; 21 de junio de 1976, y 21 de enero de 1978.

(30) SS. de 13 de noviembre de 1961; 27 de mayo de 1968 y 28 de mayo de 1969.

(31) SS. de 21 de enero de 1947 y 31 de octubre de 1955.

(32) En la S. de 20 de diciembre de 1976.

(33) S. de 4 de junio de 1960. Se refiere a ella MORILLAS en *El delito de estupro incesto*, A.D.P.C.P., 1977, p. 320.

(34) MIR PUIG, *Adiciones*, t. II, p. 724; también admiten la tentativa en los delitos de mera actividad RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, pp 140 s., y GARCÍA PABLOS, *Tentativa y frustración en el delito de asociación ilícita*, Rev. Fac. de Derecho, Univ. Complutense, vol. XVIII, núm. 49, pp. 70 ss.

lución de los problemas que, sobre esta delimitación, se plantean en el caso concreto (35). La misma precisa, por tanto, de una ulterior concreción, que debe realizarse en atención a cada delito previsto en la parte especial. Si nos detenemos en la figura del estupro, que es el tema que nos ocupa, observamos que pueden producirse en relación a la misma, entre otros, los siguientes estadios de realización.

3.3.1. *La simple proposición* por parte del sujeto activo al sujeto pasivo para realizar la conducta descrita en el tipo, no constituye todavía tentativa de delito. Puede suceder que el autor no piense llevar a cabo el acceso carnal hasta un momento posterior. En este caso, entre el hecho de convencer a la víctima para que se preste al acceso carnal y el acceso carnal mismo, median todavía varios actos que pueden ser más o menos numerosos. También puede darse el caso de que el autor repita su proposición en varias ocasiones, hasta que el sujeto pasivo acceda. La tentativa sólo comienza cuando han transcurrido todos los actos intermedios y se inicia la actividad íntimamente unida a la acción típica. Incluso si la intención del autor es llevar a cabo el acceso carnal de forma inmediata, no puede aceptarse una tentativa de delito si, según su plan, se precisa todavía la aceptación explícita del sujeto pasivo. Por ejemplo, el jefe que abusando de su situación de superioridad, propone a la secretaria la realización del trato carnal inmediatamente después de que ella acepte.

3.3.2. Tampoco constituye tentativa de delito de estupro *el buscar la ocasión propicia o el momento más adecuado* para llevar a cabo el acceso carnal. El citarse con la víctima para unos días o unas horas más tarde; el hacer salir del despacho a otras personas para quedarse a solas con el subordinado o bien el echar de casa a otros familiares para quedarse a solas con el menor, que en ella permanece, no constituyen todavía tentativa de estupro de prevalimiento, ni siquiera en el caso de que ya se cuente con la aprobación del sujeto pasivo para la realización del trato carnal, pues, entre estos hechos y la conducta típica, existen todavía una serie de actos intermedios.

3.3.3. *El buscar el lugar más adecuado* para llevar a cabo el estupro, no constituye todavía una tentativa del mismo, pues este acto no puede ser considerado como un inicio directo de la realización del delito. El encaminarse a un lugar apartado del bosque o bien el buscar la habitación de la casa donde se pretenden realizar los actos incestuosos, no constituye sino una preparación de la situación en la que se desarrollarán los hechos típicos.

3.3.4. De forma general puede afirmarse que la *realización de ciertos tocamientos* sobre el cuerpo del sujeto pasivo dará lugar a la tentativa del delito de estupro. Estos constituyen hechos inmediatamente unidos a la acción descrita por el tipo, de forma que entre estas acciones y la típica no se da ningún acto intermedio. Es impor-

(35) Así, también, RÜDOLPHI, *Zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch*, JUS, 1973, p. 23.

tante recordar aquí que si el autor lleva a cabo los tocamientos sin el propósito de yacer, éstos constituirán abusos deshonestos consumados. Pero puede suceder que lo que inicialmente constituía unos abusos deshonestos, se convierta en una tentativa de estupro al surgir en el autor la intención de realizar el acceso carnal. También puede ocurrir que el sujeto activo inicie el contacto físico con el propósito de yacer, pero condicionando la prosecución de su actuación a la reacción del sujeto pasivo. También aquí habrá que aceptar el comienzo de la ejecución del delito de estupro, con independencia de que posteriormente pudiera apreciarse en algún caso un desistimiento voluntario del mismo (36).

3.3.5. Por último, cabe apreciar también una tentativa de delito a partir del momento en que se puede considerar creada *la situación que desembocará en la realización de la conducta típica, sin actos intermedios esenciales*. Es difícil establecer criterios generales sobre el momento en el que debe considerarse que concurre esta situación, aunque, conforme a lo expuesto anteriormente, cabe exigir mínimamente, que ambos sujetos se encuentren ya en el lugar planeado a tal efecto, y, por otra parte, si el conseguir la aceptación del sujeto pasivo constituye un paso intermedio en el plan del autor, necesario para conseguir su propósito, también deberá exigirse que el mismo se haya producido.

Tras la exposición de algunos de los estadios de realización que pueden surgir en torno al delito de estupro puede observarse a primera vista que el supuesto examinado en la sentencia que comentamos se encuentra próximo a la frontera entre la preparación y la ejecución. La solución del caso nos parecería clara, en el sentido de considerar comenzada la tentativa, si, por ejemplo, el autor, antes de la intervención del hermano de la víctima, hubiese iniciado el contacto físico con su hija. Y, en cambio, la tesis de la preparación debería imponerse, si todavía no se hubiese concretado, por ejemplo, el lugar de los hechos. Sin embargo, para poder delimitar exactamente la fase preparatoria de la ejecutiva es preciso llevar a cabo un análisis minucioso de las circunstancias concretas que concurren en el caso, y que, por lo tanto, deben ser conocidas exactamente. Sólo a través del conocimiento, todo lo más concreto posible, de la situación que se examina, es posible deducir correctamente si la conducta que se juzga constituye aquella inmediatamente anterior a la acción típica, es decir, si se ha iniciado ya la fase ejecución. En relación al supuesto estudiado es posible afirmar que no se posee el conocimiento de la situación suficiente, que permita concluir la existencia de tentativa o bien de preparación. Si, por ejemplo, en el momento de irrumpir el hermano en la habitación, ambos sujetos acaban de entrar en ella y de darle el padre la orden a su hija de que se echase sobre la cama, nos encontraríamos todavía en la fase preparatoria ya que faltan aún algunos actos hasta la realización de la acción típica. Conforme a lo ex-

(36) Sobre la voluntad condicionada de realizar la acción, mi tesis doctoral, *Problemas fundamentales*, pp. 119 ss.

puesto anteriormente también estaríamos en la preparación si, al entrar en la habitación y cerrar la puerta, el sujeto activo aún no hubiese manifestado su propósito de llevar a cabo el delito y pretendiera convencer a su hija para la realización del acto, constituyendo la aceptación de ésta un acto intermedio necesario según el plan del autor. En cambio, habría de considerarse los actos realizados como constitutivos de tentativa si, encontrándose la muchacha sobre la cama, el plan del autor fuese iniciar inmediatamente la acción típica. La sentencia comentada adolece, pues, de un examen suficientemente detallado de los hechos, que permita justificar verdaderamente una solución en un sentido o en otro.

Por otra parte, tampoco puede estimarse correcta la argumentación jurídica que se aporta en la sentencia. El Tribunal Supremo expone que «los actos meramente preparatorios ... son actos que tendiendo a preparar la ejecución no la integran todavía aunque se refieran al delito proyectado, pero sin afectar al sujeto pasivo y sin generar tampoco riesgo alguno para el bien jurídico protegido, razón por la cual, por su peculiar naturaleza indeterminada y equívoca, ha dicho ya esta Sala, no lesionan normalmente precepto legal y resultan atípicos...». El T. S. parece, pues, inclinarse en este caso por la teoría objetivo-material del peligro o riesgo inminente para el bien jurídico protegido, así como por la teoría subjetiva de la equivocidad de los actos. A mi parecer, ambas posiciones son incorrectas para determinar el comienzo de la tentativa. El peligro o riesgo inminente que la acción crea para el bien jurídico constituye el fundamento de la punición de la tentativa, sin embargo, es preciso reconocer que no logra aportar un criterio preciso para la delimitación general entre acciones preparatorias y ejecutivas. La teoría de la equivocidad, por su parte, tampoco puede estimarse correcta, ya que no es posible afirmar la «equivocidad» de todos los actos preparatorios.

4. CONCLUSION

En conclusión, no cabe, pues, considerar correcta la solución del T. S. en el sentido de entender como ejecutivos de un delito de estupro intentado los actos realizados por el agente, ni tampoco convienen los argumentos que se invocan para llegar a ella. Surgen reparos en relación a algunos de los aspectos planteados en la sentencia. En primer lugar, parece evidente que, después de la reforma del año 1978, no es suficiente en el estupro incestuoso la simple verificación de la relación de parentesco, como parece desprenderse de la sentencia, sino que además es necesaria la comprobación del abuso de superioridad existente en el caso concreto.

En segundo lugar, la posibilidad de la tentativa no debe condicionarse en el delito de estupro, así como en ningún otro supuesto típico, a la naturaleza del mismo como delito de mera actividad o de resultado. Tras la superación de la teoría objetivo-formal esta cuestión puede considerarse resuelta en el sentido de afirmar la posibilidad de tentativa tanto en los delitos de mera actividad como en los delitos

de resultado. Cabe, pues, plantearse la tentativa de un delito de estupro incestuoso, cuya naturaleza es la de delito de mera actividad.

En tercer lugar, y en relación al comienzo de la tentativa, cabe afirmar que la distinción entre preparación y ejecución sólo puede llevarse a cabo mediante un estudio detenido de las concretas circunstancias que concurren en el supuesto examinado. Sin embargo, el relato fáctico que se aporta en la sentencia es insuficiente para calificar los hechos como constitutivos de tentativa o de preparación.

Por último, no puede aprobarse el recurso de la sentencia a la teoría del peligro y de la equivocidad de los actos, para delimitar la fase preparatoria de la ejecutiva. Por una parte, dado que ambas posiciones conducen a resultados incorrectos, tendentes generalmente a ampliar el ámbito de la tentativa. Por otra parte, pone de manifiesto, una vez más, la falta de unificación de criterios existentes en esta materia en la jurisprudencia. Más bien cabe observar que en esta sentencia se procede, como en otras ocasiones, a la simple enumeración de algunos de los criterios doctrinales existentes, sin que se pretenda orientar, a través de alguno de ellos, la solución del problema concreto. Ciertamente no es esperable que algún criterio doctrinal pueda aportar, en este ámbito, algo más que simples orientaciones a la solución del caso concreto. El desoír a la dogmática significa, sin embargo, el renunciar de antemano al mínimo de seguridad jurídica que aquélla nos puede aportar en la determinación del comienzo de la tentativa.

Jurisprudencia Constitucional

PUBLICADA EN NOVIEMBRE-DICIEMBRE DE 1985
Y ENERO-FEBRERO DE 1986 Y CON APLICACION
EN MATERIA PENAL

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR GARCIA
U. A. M.

I) CONSTITUCION

ARTÍCULO 14

Principio de igualdad

El Tribunal Constitucional ha declarado en múltiples ocasiones a partir de la Sentencia 49/1982, de 14 de julio ("Boletín Oficial del Estado" de 4 de agosto, FJ 2) que el principio de igualdad impone que un mismo órgano no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

En el presente caso, la mera lectura de las Sentencias del Tribunal Supremo citadas en la demanda evidencian que el Auto impugnado no ha vulnerado el principio de igualdad, pues el caso que aquí se plantea no es sustancialmente idéntico a los allí examinados. En efecto, y ello es importante, la diferencia que presenta el supuesto contemplado en este recurso de amparo es que se suscita si la existencia de una mínima actividad probatoria que pueda entenderse de cargo —a partir de la cual es aplicable la libertad del Juez en la apreciación de la prueba—, ha de ser de cargo precisamente en relación al delito por el que se ha sido condenado, de forma tal que a partir de ella el Juez pueda efectuar las inferencias lógicas que estime pertinentes, siempre que no sean irracionales, absurdas o arbitrarias, y llegar a la conclusión de que tal tipo de delito ha sido cometido por el imputado, y esta diferencia en el supuesto planteado da lugar a que no podamos entender violado el principio de igualdad.

(Sentencia de 21 de octubre de 1985. R. A. 254/84.—"B. O. E." de 26 de noviembre de 1985.—Ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morant.)

Desde sus primeras resoluciones interpretando el principio enunciado en el artículo 14 de la Constitución, ha declarado este Tribunal que la norma que establece la igualdad de todos ante la ley impera también sobre el legislador, no pudiendo éste establecer entre situaciones subjetivas semejantes diferencias que no se orienten a un fin constitucionalmente lícito y que, en su articulación normativa, no se acomoden razonablemente al sentido mismo de esta singularización. La distinción así, entre los supuestos traídos a la comparación, ha de apoyarse en una razón suficiente, faltando la cual se habrá de entender producida la discriminación constitucionalmente impedida. Si aquel fundamento existe, por el contrario, si no descansa la diferencia controvertida en la simple voluntad de distinguir, no podrá este Tribunal, sin entrar en el dominio del legislador, proceder a ulteriores indagaciones acerca de la corrección de la opción concreta incorporada a la norma ni, por lo mismo, hacer declaración alguna en orden a hipotéticas formulaciones del precepto distintas a la actual y que, expresando una decisión igualmente legítima, acaso mitigasen o matizasen la diferenciación cuestionada. Como se dijo en la Sentencia 75/1983, de 3 de agosto (fundamento jurídico 7), no es preciso, para considerar respetado el principio de igualdad, que el trato desigual sea el único, ni siquiera el mejor de los instrumentos imaginables, ya que no es función de este Tribunal formular juicios técnicos ni tampoco de mera oportunidad acerca de los actos y disposiciones del poder público.

(Sentencia de 19 de diciembre de 1985. R. A. 615/85.—“B. O. E.” de 15 de enero de 1986.—Ponente: Francisco Rubio Llorente).

ARTÍCULO 17.3

Derecho del detenido. Conducción en estado de embriaguez

La queja del actor se concreta, pues, en la afirmación de que no han sido respetados sus derechos como detenido con ocasión de la práctica de las pruebas para las que fue requerido por la Policía Autónoma. Ha de reiterarse que éste sería el único hecho del que podría haber resultado la lesión hoy afirmada, porque si la prueba en cuestión pudo realizarse válidamente sin la concurrencia de las exigencias dispuestas por el artículo 17.3 de la Constitución, el ulterior e hipotético desconocimiento de estas mismas exigencias en el curso de la detención —infracción, por lo demás, no apreciada en el procedimiento a quo y de la que no hay indicios en las actuaciones— para nada afectaría a lo que ha de resolverse en este recurso, en el que, como hemos dicho, lo relevante es sólo la regularidad constitucional en el modo de obtención de la prueba.

Para nuestro análisis hemos de partir de la consideración de que los derechos declarados en el artículo 17.3 de la norma fundamental corresponden al “detenido”, esto es, a quien haya sido privado provisionalmente de su libertad por razón de la presunta comisión de un ilícito penal y para su puesta a disposición de la autoridad judicial en el plazo

máximo de setenta y dos horas, de no haber cesado antes la detención misma, según prescribe el núm. 2.º del mismo artículo. Las garantías exigidas por el artículo 17.3 —información al detenido de sus derechos y de las razones de su detención, inexistencia de cualquier obligación de declarar y asistencia letrada— hallan, pues, su sentido en asegurar la situación de quien, privado de su libertad, se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal, procurando así la norma constitucional que aquella situación de sujeción no devenga en ningún caso en productora de la indefensión del afectado. No es esta situación, sin embargo, la de quien, conduciendo un vehículo de motor, es requerido policialmente para la verificación de una prueba orientativa de alcoholemia, porque ni el así requerido queda, sólo por ello detenido en el sentido constitucional del concepto, ni la realización misma del análisis entraña exigencia alguna de declaración autoincriminatoria del afectado, y sí sólo la verificación de una pericia técnica de resultado incierto y que no exorbita, en sí, las funciones propias de quienes tienen como deber la preservación de la seguridad del tránsito y, en su caso, en mérito de lo dispuesto en el art. 492, 1.º de la L.E.Cr., la detención de quien intentare cometer un delito o lo estuviere cometiendo. En estos términos, la verificación de la prueba que se considera supone, para el afectado, un sometimiento, no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía, sometimiento al que, incluso, puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción, en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad y seguridad del tránsito (art. 1.º *in fine* de la Orden de 29 de julio de 1981). La realización de esta prueba, por lo tanto, así como la comprobación de otro modo por agentes del orden público de la identidad y estado de los conductores, no requiere de las garantías inscritas en el artículo 17.3 de la norma fundamental, dispuestas específicamente en protección del detenido y no de quienquiera que se halle sujeto a las normas de policía de tráfico.

Lo anterior nos lleva, así, a concluir que no se produjo en este caso vulneración alguna de los derechos del recurrente recogidos en el artículo 17.3 con ocasión de la realización de las pruebas de alcoholemia llevadas posteriormente al proceso penal. La verificación misma de las pruebas —único aspecto a considerar aquí por su incidencia ulterior en la condena penal— no configura el supuesto de “detención” contemplado en aquel precepto constitucional ni ha de rodearse, por ello, de unas garantías llamadas a tutelar una situación bien distinta y que, por lo demás, resultarían de satisfacción hartamente difícil en un caso como el que se considera. Tampoco ostentaba derecho fundamental alguno el hoy demandante, como se le hizo saber en la Sentencia dictada en apelación, a que se le indicara expresamente por los agentes el fin al que se encaminaba la práctica de la prueba, alegato este que parece basarse en un inexistente derecho a la ignorancia del ordenamiento. Y es igualmente irrelevante, de otra parte, lo aducido en orden a cómo no fue informado previamente el actor de su derecho a no someterse a las pruebas controvertidas. Sin perjuicio de que, según consta en autos, el demandante no

se negó a la realización de la pericia, es lo cierto que la advertencia así reclamada carece de todo fundamento normativo, debiendo someterse al examen en cuestión el requerido para ello, y sin perjuicio, porque la cuestión es ya diferente, de que nadie pueda ser coercitivamente compelido, con *vis* física, a la verificación de este tipo de análisis. En relación con todo ello conviene recordar también que no se debe a la imposición policial, sino a la propia iniciativa del hoy recurrente, la decisión de abandonar el lugar de los hechos para someterse a una nueva prueba con el alcohómetro de precisión, supuesto radicalmente distinto a aquel que dio lugar a la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 13 de diciembre de 1979, que la representación del recurrente atribuye, sin duda por error, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la que, por lo demás, se sostiene que si bien la ejecución forzosa de un análisis de sangre constituye una privación de libertad, esta privación es, en el caso considerado, legítima y no contraria al artículo 5 de la Convención.

Sólo, en definitiva, a partir de la apreciación del resultado positivo del examen pericial practicado puede hablarse, en rigor, de detención del demandante, porque sólo entonces hubo ya indicios de la posible consumación por el mismo del tipo descrito en el núm. 1.º del artículo 340 bis, a) del Código penal. La regularidad de la detención desde aquel momento es cuestión ya ajena al presente proceso, que puede, así, resolverse constatando que la obtención policial de la prueba no fue antijurídica y que, por lo mismo, no quedó viciado, al considerarla, el enjuiciamiento penal al que fue sometido el demandante.

(Sentencia de 7 de octubre de 1985. R. A. 20/85.—“B. O. E.” de 5 de noviembre de 1985.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva

Pues bien, uno de estos derechos es el que “todas las personas tienen ... a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales”, según dice el artículo 24.1 C. E.; ello es así no sólo por la dicción literal del citado artículo (“todas las personas...”), sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándola, según exige el artículo 10.2 de la C. E. de conformidad con el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con el artículo 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y con el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, textos en todos los anales de derechos equivalente al que nuestra Constitución denomina tutela judicial efectiva es reconocida a “toda persona” o a “todas las personas”, sin atención a su nacionalidad. Por consiguiente, en el caso que examinamos, la nacionalidad alemana o española de quien nos pide amparo es irrelevante para otorgarlo o denegarlo.

(Sentencia de 30 de septiembre de 1985. R. A. 14/85.—“B. O. E.” de 5 de noviembre de 1985.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

El amplio contenido del artículo 24.1 de la CE en relación a la tutela judicial que protege al justiciable, alcanza, como con reiteración ha expuesto este Tribunal, a la formulación de los recursos ordinarios y extraordinarios procesales concedidos por las Leyes, y entre ellos al recurso de casación penal, por constituir —entre otras— la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el “tribunal superior” en la vía criminal que ha de revisar las Sentencias de instancia, a que se refiere el artículo 14.5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, que según el artículo 10.2 de la CE, forma parte de nuestro ordenamiento a efectos de la regulación e interpretación de los derechos fundamentales. Correspondiendo al recurso de casación la depuración y control del Derecho en su aplicación por los Tribunales de instancia, asegurando el indispensable sometimiento de las decisiones de éstos a la Ley y unificando la interpretación jurisprudencial, a la vez que erigiéndose en un valioso medio para aplicar, defender y velar por el derecho a la tutela judicial efectiva en su más amplio contenido; establecida en el artículo 24.1 de la CE como ya indicaron las Sentencias de este Tribunal Constitucional números 17/1985, de 9 de febrero y 60/1985, de 6 de mayo.

El derecho al recurso procesal legalmente establecido supone dentro de la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE, el derecho a la formulación y admisión ante nuevas instancias jurisdiccionales de las pretensiones desestimadas por el Tribunal “a quo”, con mayor o menor amplitud de conocimiento; pues tal norma contiene un mandato positivo a su reconocimiento; pero excepcionalmente esta facultad de recurrir no impide la presencia, en el orden procesal, de alguna causa impeditiva prevista en la Ley, que evite la aceptación del recurso por no concurrir los requisitos esenciales establecidos normativamente, siempre que no vayan contra el contenido esencial del derecho, que deben hacer acatar todos los poderes públicos por su indudable primacía.

Dentro de estos límites, los requisitos de condición formal son los más frecuentes y delicados, y se manifiestan, como expresó la Sentencia 17/1985, cuando el legislador teniendo en cuenta la naturaleza y finalidad del proceso, y en aras de la certeza y seguridad jurídica, exija que los supuestos de hecho de los que se derivan consecuencias jurídicas se manifiesten o se hagan constar respetando ciertos formalismos, y determinando que tales consecuencias no se tendrán por producidas cuando no se hagan observando aquélla.

Ahora bien, tales exigencias formales, que cumplen por lo general una misión trascendente en la ordenación del proceso, sólo deben causar la grave consecuencia de inadmisión del recurso, obstaculizando la tutela judicial efectiva, luego de haberse tenido por el juzgador presente, que este derecho fundamental, contiene un mandato positivo que obliga a interpretarlas en su regulación legal en el sentido más favorable para su efectividad, y además, que no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, debiendo procurar los Jueces y Tribunales, en su aplicación concreta, hacerles valer, sin menoscabar innecesariamente la realización de dicho derecho fundamental, cuyo objetivo final prioritario es la obtención de una resolución de fondo sobre la pretensión, por lo que la interpretación que

realicen de ellas debe ser esencialmente restrictiva por tratarse de causas de inadmisión —en este sentido las Sentencias 65/1983, de 14 de marzo, 57/1984, de 10 de mayo, 69/1984, de 11 de junio, y las ya indicadas 17 y 60/1985.

Por otro lado, dichos requisitos formales no pueden regularse arbitrariamente, sino que han de responder a la naturaleza del proceso y a las finalidades que justifiquen su existencia, lo que debe tenerse en cuenta al tratar de aplicarlos, eludiendo cualquier exceso formalista que los convierta en meros obstáculos procesales y en fuente de incertidumbre e imprevisibilidad para la suerte de las pretensiones en debate, pues el derecho a la tutela judicial no puede ser comprometido y obstaculizado mediante la imposición de formalismos enervantes o acudiendo a interpretaciones o aplicaciones de reglas disciplinarias de los requisitos y formas de las secuencias procesales en sentido que, aunque puede aparecer acomodado al tenor literal del texto en que se encierra la norma, son contrarios al espíritu y finalidad de ésta, y, desde luego, no ajustados a una consideración de tales reglas interpretadas a la luz del artículo 24.1 de la CE —Sentencias 69/1984 y 17 y 65/1985.

En el recurso de casación el cumplimiento de las exigencias formales tiene una más acusada importancia, porque el formalismo es imprescindible y hasta consustancial con su peculiar contenido, dada la peculiar reglamentación de su estricto ámbito material por los límites de actuación que lo enmarcan, así como la necesaria precisión procesal del alcance del recurso en correlación con las causas admitidas en número limitado para su posible ejercicio, y dentro de las cuales la Sala que conozca del recurso debe actuar ordenando y facilitando su labor en pos de alcanzar el examen del fondo de las cuestiones propuestas en el recurso.

Siendo preciso diferenciar en orden al alcance y consecuencias de tales óbices formales operantes en el procedimiento, de un lado, el rigor formal justificado por la propia naturaleza y contenido de la casación, y de otro, el exceso de formalismo, que por su manifestación exacerbada y extensión rigorista indebida, dificulte y obstaculice el posible buen fin del proceso que siempre es prevalente por su finalidad resolutoria de intereses en conflicto. Por ello, sólo debe operarse en los supuestos de incumplimiento grave de los ritos procesales esenciales con la declaración de nulidad o de inexistencia del acto lesivo, por atacar radicalmente y sin posibilidad de enmienda las normas imperativas que ordenan el procedimiento, mientras que si se trata de meras irregularidades instrumentales de contenido menor y alcance limitado, no pueden generar la inadmisión de la casación, por ser actos imperfectos que no afectan al núcleo esencial del recurso, y que únicamente en casos determinados requerirán, según criterio judicial ponderado, la mera subsanación convalidante de la indicada irregularidad, con mayor razón, en la casación penal formulada por el condenado, en que ha de seguirse criterios de superior protección para el abocado a sufrir sanciones criminales que limiten derechos esenciales.

(Sentencia de 8 de octubre de 1985. R. A. 110/85.—“B. O. E.” de 5 de noviembre de 1985.—Ponente: Angel Escudero del Corral.)

Es muy abundante la doctrina de este Tribunal en relación con el contenido del artículo 24.1 de la CE, en cuanto establece el derecho de los ciudadanos a obtener de los Jueces y Tribunales la tutela judicial efectiva, entre otras manifestaciones, a través de la formulación de recursos ordinarios y extraordinarios, exponiéndose en ella y en orden al recurso de casación penal que el órgano que conoce de él es el "Tribunal Superior" a que se refiere el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, que, a tenor del artículo 10.2 de la CE debe tenerse en cuenta para la interpretación de dicho precepto constitucional, y que corresponde en esencia a tal recurso, la depuración y control del Derecho en su aplicación por los Tribunales de instancia, asegurando que sus decisiones sean conformes a la Ley, y unificando la interpretación jurisprudencial, y que, como tal recurso, en su regulación por las leyes procesales, por su carácter limitado y especial naturaleza, está enmarcado con la presencia de ciertos formalismos que regulan su contenido, exige que para la debida efectividad de dicho derecho a la tutela judicial efectiva, la interpretación legal de las normas procesales se realice en el sentido más favorable a su efectividad, no convirtiendo toda irregularidad procesal en un obstáculo insalvable y enervante para la prosecución del procedimiento, debiéndose de favorecer la consecuencia de la finalidad prioritaria del proceso, que es la obtención de una resolución de fondo, y teniendo, por tanto, que evitarse las interpretaciones restrictivas que cercenen la admisión del recurso extraordinario, y eludir cualquier exceso formalista que actúe como mero obstáculo procesal; por lo que, en definitiva, sólo el incumplimiento grave y cierto de ritos procesales esenciales, por atacar radicalmente y sin posibilidad de enmiendas las normas imperativas que ordenan el procedimiento de casación, son las que pueden determinar la declaración de su inadmisión, mientras que si se trata de meras irregularidades instrumentales de contenido menor y de alcance limitado, no pueden determinar el rechazo de la admisibilidad, por ser actos imperfectos que no afectan al contenido esencial del recurso, y que, únicamente, en casos muy determinados requieren si fuera preciso, según criterio judicial ponderado, de una subsanación convalidante de la referida irregularidad, que debe impulsarse de oficio el Tribunal, con mayor razón aún, en el ámbito de la casación penal interpuesta por un condenado por delito, en que han de adoptarse los criterios de la máxima amplitud, porque se dirige al buen fin de evitar la definitiva imposición de penas o sanciones penales que limitan esenciales derechos humanos (doctrina, la expuesta, coincidente con la formulada de manera general en las Sentencias de este Tribunal, 65/1983, de 14 de marzo; 57/1984, de 10 de mayo; 69/1984, de 11 de junio, y especialmente, para la casación penal en los números 17/1985, de 9 de febrero; 60/1985, de 6 de mayo, y la de 8 de octubre de 1985).

(Sentencia de 18 de octubre de 1985. R. A. 631/84.—"B. O. E." de 8 de noviembre de 1985.—Ponente: Angel Escudero del Corral.)

Como este Tribunal ha declarado repetidamente, el derecho a la tutela judicial reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución supone el

obtener una decisión fundada en Derecho respecto a una pretensión, sea o no favorable a las pretensiones del actor, y en este caso es obvio, por lo indicado, que la fundamentación que se da no tiene relación con el fallo que, así, carece de base jurídica; ya que se fundamenta una afirmación (que la conducta culpable consistía en la falta de adopción de medidas de seguridad por la empresa en la reparación de la cubierta, en 1981) y se falla confirmando una resolución sin relación con esa afirmación (que la imprudencia consistió en falta de vigilancia en las obras de 1980).

El Auto dictado con ocasión del recurso de aclaración no puede, sin duda, remediar esta situación, ya que este recurso, como señala el artículo 161 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puede dirigirse a que se aclare algún concepto oscuro, suplir cualquier omisión que contenga las Sentencias o rectificar alguna equivocación importante; pero no a que se altere radicalmente la misma fundamentación de la Sentencia. En el presente caso, añadir la consideración de que "la imprudencia consistió además en la colocación defectuosa de la placa que se rompió, por parte de uno de los condenados, y la falta de vigilancia de esta operación por el otro", como se hace en el Auto de aclaración, no puede suplir la ausencia de una fundamentación mínimamente congruente con el fallo.

(Sentencia de 18 de octubre de 1985. R. A. 347/85.—"B. O. E." de 8 de noviembre de 1985.—Ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morant.)

El artículo 24.1 de la Constitución reconoce el derecho de todas las personas a obtener 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 Tribunal ha interpuesto el citado precepto en muy reiteradas ocasiones y ha indicado que este derecho fundamental comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho, sea o no favorable a las pretensiones del actor, que podrá ser de inadmisión cuando así lo acuerde el Juez o Tribunal en aplicación razonada de una causa legal, si bien el Tribunal ha precisado que el contenido normal del derecho es el de que se produzca una decisión de fondo, a cuyo efecto las leyes han de interpretarse de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental, y dado que la inadmisión ha de producirse en aplicación razonada de una causa legal, según se ha indicado, el Tribunal ha entendido que el derecho fundamental queda afectado cuando la resolución de inadmisión se basa en una interpretación distinta de la expuesta o es arbitraria o irrazonable (Sentencia 19/1983, 69/1984, 11/1982 y 68/1983).

En el presente caso la pretendida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se plantea en relación con la admisión del recurso de casación, lo que suscita el problema de si tal derecho comprende el de recurrir a un Juez o Tribunal distinto del que dictó la primera resolución, es decir, el derecho a un doble pronunciamiento. El Tribunal ha declarado, con carácter general, que no incluye el derecho a un doble pronunciamiento salvo cuando la Ley lo establezca, y todo ello sin per-

juicio de las peculiaridades en materia penal (Sentencia 4/1984). En efecto, en materia penal el legislador debe prever un sistema de recursos aplicable en todo caso, dado, de una parte, que el artículo 24.1 de la Constitución ha de interpretarse de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 10.2, el cual establece que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, y, de otra, que el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo previsto por la Ley”, por ello, como precisa la Sentencia 42/1982, si bien estas consideraciones no son suficientes por sí mismas para crear recursos inexistentes, sí obligan a entender que entre las garantías del proceso penal se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorables de un recurso de ese género todas las normas del derecho procesal penal de nuestro ordenamiento.

Las consideraciones anteriores acreditan la pertinencia de apurar las posibilidades de recurso de casación, aun teniendo en cuenta su carácter extraordinario y los motivos tasados que pueden fundamentarlo, especialmente —en cuanto aquí interesa— como cauce de protección de derechos fundamentales, entre los que se encuentra la presunción de inocencia; por lo demás, debe señalarse que en esta línea se ha movido la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, y que el propio legislador ha sido sensible a estas cuestiones, y ha ido ampliando sucesivamente el ámbito del recurso de casación, si bien la Sala ha de partir de la legislación reguladora de dicho recurso en el momento en que fue dictado el Auto impugnado, sin tomar en consideración la modificación del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal llevada a cabo por Ley 6/1985, de 27 de marzo, ni la nueva regulación introducida por la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, cuyo artículo 5.4 establece que “en todos los casos en que según la Ley proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción del precepto constitucional...”.

(Sentencia de 21 de octubre de 1985. R. A. 254/84.—“B. O. E.” de 26 de noviembre de 1985.—Ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morant.)

Problema más complejo es el suscitado por la segunda de las razones que el recurrente ofrece en apoyo de la pretensión, esto es, la de que, dada su condición de ciudadano, el cargo que ocupa y la naturaleza de los hechos que originaron su querrela, ha resultado ofendido por el delito y, en consecuencia, ha de ser dispensado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la obligación de prestar fianza para la admisibilidad de su querrela.

Supuesto implícito de toda esta argumentación es el de que la acción popular que consagra la Constitución (art. 125) y ya con anterioridad a ella, la L.E.Cr. (art. 101) es un derecho para el cual el ciudadano puede recabar la "tutela judicial efectiva" que, ahora ya como derecho fundamental, garantiza el artículo 24.1 de la CE. Como es obvio, esta reconducción del contenido del artículo 125 de la Constitución al enunciado del artículo 24 de la Ley Fundamental, mediante la que se intenta buscar para aquél la protección del amparo constitucional, que sólo para los derechos consagrados en los artículos 14 a 30 ha sido instituida, descansa a su vez en una identificación entre el derecho procesal en el que la acción pública o popular consiste con los derechos o intereses legítimos de carácter sustantivo para los que, en el entendimiento común, se garantiza la tutela judicial efectiva. Esta identificación no es en sí misma rechazable, pero no puede ser aceptada cuando se establece de modo incorrecto y pretende ser utilizada como un instrumento para alterar la configuración legal del derecho mismo que se pretende hacer valer. Puede aceptarse, y ello justifica la admisión a trámite de un recurso constitucional de amparo basado en ese fundamento, que entre los derechos e intereses legítimos para los que, como derecho fundamental, se tiene el de recabar la tutela judicial efectiva, figura el de ejercitar la acción pública en su régimen legal concreto, pero en modo alguno puede extraerse de la conexión entre derecho de acción y derecho constitucional la necesidad de configurar aquél de manera distinta, como no puede hacerse derivar del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los derechos sustantivos la necesidad de alterar la configuración legal de éstos.

En nuestro Derecho el ejercicio de la acción popular está sujeto a la prestación de fianza en la cuantía que fijare el Juez o Tribunal para responder de las resultas del juicio (art. 280 de la L.E.Cr.), obligación de la que se dispensa a quienes hubieran resultado ofendidos por el delito, esto es, aquéllos a quienes éste directamente dañe u ofenda. En el presente caso, el recurrente no pretende ser titular de derecho alguno que directamente haya resultado dañado u ofendido por el delito que dio origen a su querrela y que es actualmente objeto de averiguación en un sumario en el que, siendo perseguible de oficio, está personado el Ministerio Fiscal. Ni su interés como simple ciudadano, en la correcta actuación de los poderes públicos, ni su interés como funcionario en el buen y legal funcionamiento de la Corporación a la que sirve permiten, en contra de lo que él pretende, otorgarle la condición de ofendido por un delito que, de existir, en nada ha afectado a su propia esfera jurídica.

Cosa bien distinta es la, de que, dada la finalidad que explica la obligación legal de prestar fianza y la especial relación que el recurrente guarda con las personas y los hechos que dieron lugar a su querrela, la cuantía de la fianza haya de ser fijada en términos proporcionados a sus circunstancias personales y su interés, como ya indicaba la Audiencia Provincial de Huelva en el Auto que resuelve el recurso de apelación. No habiéndose deducido ante nosotros, sin embargo, pretensión alguna

en relación con ello, sería impertinente cualquier consideración al respecto.

(Sentencia de 29 de octubre de 1985. R. A. 82/85.—“B. O. E.” de 26 de noviembre de 1985.—Ponente: Fernando Rubio Llorente.)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a un doble pronunciamiento

“El Tribunal ha declarado, con carácter general, que no incluye el derecho a un doble pronunciamiento salvo cuando la ley lo establezca, y todo esto sin perjuicio de las peculiaridades en materia penal. En efecto, en materia penal el legislador debe prever un sistema de recursos aplicables en todo caso, dado, de una parte, que el artículo 24.1 de la Constitución ha de interpretarse de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 10.2, el cual establece que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, y, de otra, que el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior conforme a lo previsto en la Ley (Sentencia 140/1985, de 21 de octubre, “B. O. E.” de 26 de noviembre. FJ.2). Partiendo, pues, de que el derecho al recurso de casación, en los términos establecidos por la Ley, forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, debe recordarse que el Tribunal ha señalado reiteradamente que el contenido normal del derecho es el que se produzca una decisión de fondo, a cuyo efecto las leyes han de interpretarse de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del Derecho constitucional.

(Sentencia de 21 de enero de 1986. R. A. 116/85.—“B. O. E.” de 12 febrero de 1986.—Ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morant.)

ARTÍCULOS 24.2 y 117.1

Juez ordinario predeterminado por la ley

Los Jueces de Peligrosidad y Rehabilitación Social y la Sala de Apelación, si bien son órganos jurisdiccionales especializados, están creados previamente por la norma jurídica, que ha definido sus ámbitos jurisdiccionales y sometido a un régimen orgánico que garantiza los caracteres definidores que señala el artículo 117.1 de la CE.

(Sentencia de 14 de febrero de 1986. R. A. 746/84.—“B. O. E.” de 5 de marzo de 1986.—Ponente: Jerónimo Arozamena Sierra.)

Derecho a la defensa. Ejecución de sentencia

Conviene señalar que el presente recurso recae sobre la supuesta indefensión sufrida por el recurrente en la fase de ejecución de un juicio de faltas en lo relativo a la responsabilidad civil. Ahora bien, esta cuestión tiene suficiente contenido constitucional para ser objeto de un proceso de amparo, pues como ha declarado reiteradamente este Tribunal (Sentencia núm. 32/1982, de 7 de junio, y otras posteriores), el derecho a la tutela judicial efectiva, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, que reconoce el artículo 24.1 de la Constitución, comprende el derecho a que el fallo judicial se cumpla, pues lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en meras declaraciones de intenciones. Y es también evidente que por aplicación del mismo precepto constitucional, el derecho a la ejecución supone el de ejercitar en esa fase del proceso la defensa correspondiente a la protección de los propios derechos e intereses, cuando tal defensa resulta necesaria. Ello ocurre, para lo que aquí interesa, cuando la ejecución versa sobre una suma de dinero cifrada en moneda extranjera, cuando la equivalencia de esta moneda en moneda nacional no está determinada ni es inequívocamente determinable por una simple operación aritmética a partir de datos indiscutibles, como puede ser la cotización oficial de la moneda extranjera. Si ello no ocurre, la fijación de la equivalencia habrá de hacerse en forma contradictoria, para asegurar la defensa de las partes. En este sentido, adquiere relevancia constitucional y no puede calificarse de cuestión de mera legalidad la distinción que hacen los artículos 927 y siguientes de la LEC (aplicables al caso por remisión expresa del artículo 948 de la L.E.Cr.) entre la ejecución que recae sobre cantidad determinada y líquida, y la que versa sobre cantidad no líquida así como la diversa regulación que para cada caso establece, pues mientras en el primero no es necesaria la contradicción por ser indiscutible la cantidad objeto de la ejecución, la discusión es, en cambio, posible en el segundo supuesto, por lo que su determinación debe someterse al correspondiente debate entre las partes.

(Sentencia de 17 de diciembre de 1985. R. A. 751/85.—“B. O. E.” de 15 de enero de 1986.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

Derecho a la defensa. Nombramiento de letrado

Este Tribunal ha señalado (Sentencia 30/1981, de 24 de julio, “B. O. E.” de 13 de agosto, FJ.3), que el derecho a la defensa y asistencia de Letrado que el parágrafo segundo del artículo 24 de la CE reconoce de forma incondicionada a todos, es por tanto predicable en el ámbito procesal penal. A ello hay que añadir que el Convenio de Roma en su artículo 6.3. c., y el Pacto Internacional de Derechos Cíviles y Políticos, en su artículo 14.3. d, al referirse a los derechos mínimos que deben garantizarse a todo acusado, incluye entre ellos el de ser asistido por su defensor de su elección. Por lo que el derecho a la defensa

y asistencia de letrado, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución, interpretado de acuerdo con los textos internacionales mencionados, por imperativo del artículo 10.2 de la misma, comporta de forma esencial el que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa, máxime cuando la actuación procesal se supedita al requisito de la postulación.

(Sentencia de 21 de enero de 1986. R. A. 116/85.—“B. O. E.” de 12 de febrero de 1986.—Ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morant.)

Derecho a no declarar contra sí mismo. Pruebas de Alcoholemia

Para apoyar su alegato de que la Sentencia ha violado el derecho a la presunción de inocencia arguye también el recurrente que la condena se ha basado exclusivamente en el resultado de la investigación policial, esto es, en los actos de detección alcohólica, y como esta investigación no constituye —afirma— prueba, o es una prueba no permitida, o es una prueba prohibida (pues todo esto se afirma en la demanda o en el posterior escrito de alegaciones), la presunción de inocencia no ha quedado desvirtuada. Bajo esta compleja alegación, expuesta sin la debida precisión, se plantea, ante todo, una acusación de inconstitucionalidad de la investigación del grado de impregnación alcohólica, que el recurrente relaciona con el mandato constitucional del artículo 24.2 en la parte que proclama el derecho “a no declarar contra sí mismos”, y que puede también situarse en el marco del artículo 17.3, y que el Ministerio Fiscal estudia desde una perspectiva de mayor amplitud, pues analiza —para llegar a una conclusión negativa— la cuestión de estas investigaciones de impregnación alcohólica desde los artículos 17 (derecho a la libertad personal), 15 (derecho a la integridad física), 17.3 (no obligación de declarar) y 24.2 (no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable). Con todo, la congruencia no obliga más que a examinar la acusación de violación del artículo 24.2, aunque a poco que se medite se desvanece toda duda respecto a los otros puntos tratados por el Ministerio Fiscal, pues, como él sostiene (con apoyo en la decisión de 13 de diciembre de 1979 de la Comisión Europea de Derechos Humanos) ni aún el examen de sangre constituye una injerencia prohibida por el artículo 15, por lo menos la investigación mediante aparatos de detección alcohólica del aire expirado, y en los otros aspectos aludidos (los de los artículos 17 y 24) basta para que se desvanezca toda duda de constitucionalidad con el hecho de que no hubo una ejecución forzosa de la investigación de alcohol, pues el ahora recurrente fue invitado a someterse a esta investigación y voluntariamente aceptó, y declinó otras investigaciones, entre ellas la del análisis de sangre. La cuestión no es, propiamente, si el sujeto estaba obligado a prestarse a la investigación sobre su grado de impregnación alcohólica, pues se prestó voluntariamente a ello; la cuestión es si prestado voluntariamente a tal investigación hubo violación de alguno de los derechos antes aludidos referen-

tes a la libertad de declarar o no declarar, lo que, obviamente, no ocurre, pues la libertad no fue constreñida. Pero es que además el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar, y declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndole una colaboración no equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución.

(Sentencia de 4 de octubre de 1985. R. A. 855/84.—“B. O. E.” de 5 de noviembre de 1985.—Ponente: Jerónimo Arozamena Sierra).

Presunción de inocencia

En el área en que nos movemos en este recurso —el de la prueba desvirtuadora de la 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 pruebas inculpativas. Sin embargo, la valoración de las pruebas y, en definitiva, la fijación del “factum” de la Sentencia, según los criterios de apreciación de las pruebas que la Ley encomienda al Tribunal sentenciador (art. 741 L.E.Cr.), no es algo que pertenezca al ámbito del recurso de amparo, sino a la exclusividad jurisdiccional del Juez y Tribunal que conozcan de la causa en juicio oral —o en la apelación—, según la primera afirmación constitucional del artículo 117.3. Ciertamente que es indispensable para realizar esta valoración contar con medios probatorios, traídos al proceso con las debidas garantías procesales, pero realizada esta aportación probatoria, no corresponde a un proceso de garantías constitucionales, como es el de amparo, realizar un nuevo análisis y valoración, sino que la función del Tribunal Constitucional se contrae a verificar si la valoración fáctica se ha realizado sobre pruebas traídas al proceso penal. Pues bien, en el caso ha contado el Juez penal con una prueba documental (la utilizada como cauce para traer los resultados de la investigación del grado de impregnación alcohólica) y con una prueba testifical que no sólo avaló aquella investigación, sino que comprendió además otros datos respecto a la conducción por el acusado bajo el efecto de bebidas alcohólicas. Con esto es claro que ni la acusación se montó sin medios probatorios ni éstos, por lo demás, se limitaron a las pruebas de detección alcohólica.

(Sentencia de 4 de octubre de 1985. R. A. 855/84.—“B. O. E.” de 5 de noviembre de 1985.—Ponente: Jerónimo Arozamena Sierra).

Si, efectivamente, la decisión judicial en el presente caso implica una declaración de culpabilidad, la consecuencia a extraer de la anterior constatación no es dudosa. Según reiteradamente ha declarado este Tribunal (Sentencias 31/1981 y 56/1982, entre otras), la presunción de inocencia

sólo puede ser destruida por una Sentencia condenatoria que, a su vez, ha de apoyarse, para considerar ciertos los hechos que se imputan al condenado, en pruebas de cargo que el Juez aprecia con entera libertad, pero de las que en modo alguno cabe prescindir. Cuando de una prueba testifical se trata, es preciso, además, que el testimonio se preste o se ratifique ante la autoridad judicial. Como evidencia el resumen anterior de las actuaciones seguidas en el presente caso ante el Juzgado de Peligrosidad y Rehabilitación Social de Palma de Mallorca, las medidas adoptadas respecto del recurrente no se apoyan en prueba alguna digna de tal nombre, sino en una declaración recogida en el atestado policial, a la que, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no se le puede otorgar otro valor que el de una simple denuncia. El derecho que al recurrente asiste de ser tenido por inocente habría sido, por tanto, ignorado y la decisión que lo conculcó debería ser, en consecuencia, anulada. Esta decisión se apoya, sin embargo, como antes indicábamos, en la hipótesis de que la decisión impugnada hubiese declarado la culpabilidad de aquel a quien impone no una condena, sino unas medidas de seguridad, hipótesis que es necesario analizar con mayor detalle.

— La existencia de otro proceso sobre los mismos hechos y las insinuaciones del Ministerio Fiscal acerca de lo inadecuado de la práctica seguida en la ejecución de las medidas de seguridad a la naturaleza de éstas, llevó a la Sala al convencimiento de que necesitaba más elementos de juicio para fundamentar su decisión. De estas diligencias resulta que en el proceso penal seguido contra el recurrente por los mismos hechos ha recaído Sentencia condenatoria —aún no firme— basada en pruebas no presentadas ante el Juzgado de Peligrosidad y Rehabilitación Social y que, de otra parte, las medidas de seguridad se ejecutan, normalmente, mediante la reclusión de los a ellas sujetos en los mismos establecimientos en los que se cumplen las condenas de privación de libertad. Esta última anomalía (difícilmente conciliable con lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Constitución y contraria a lo prevenido en el artículo 3 de la misma Ley 16/1970) y la evidencia de que la Sentencia dictada en causa penal condenó al recurrente por los mismos hechos que motivaron la aplicación de las medidas de seguridad son, una y otra, circunstancias que no pueden ser ignoradas para resolver la cuestión abierta al término del fundamento anterior.

En el caso actual, en efecto, las medidas se aplicaron al recurrente por la realización de unos hechos (previstos en el art. 2.8 de la Ley 6/1970) que pueden ser también subsumidos, como así ha sido, en un tipo delictivo (art. 344 del Código penal). Es evidente, por tanto, que la afirmación judicial de la autoría de unos tales hechos equivale a una declaración de culpabilidad, realidad ésta que no puede quedar oscurecida por la peculiaridad del procedimiento que se considera, procedimiento no ciertamente criminal, pero que concluye con una decisión que priva al declarado culpable de su libertad y del derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional y que sólo formalmente se distingue de la pura y simple condena penal. Como quiera que aquella declaración de culpabilidad, según dijimos, no puede producirse

en violación de la presunción de inocencia, el resultado no puede ser otro, ahora, que el de estimar, en este punto, la queja del actor. Por lo demás, la violación así apreciada del derecho del recurrente a ser presumido inocente no deja de serlo por la circunstancia de que los mismos hechos entonces enjuiciados fuesen considerados probados y, como tales, constitutivos de delito en el proceso penal subsiguiente. Es del todo claro, así, que la presunción de inocencia habrá de seguir considerándose desconocida aún en el caso en que, omitida la necesaria actividad probatoria en un proceso, la resolución del mismo se hubiere adecuado a la verdad jurídica, debidamente determinada después en otro proceso diferente.

(Sentencia de 27 de noviembre de 1985. R. A. 821/84.—“B. O. E.” de 17 de diciembre de 1985.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

Derecho a la defensa

La conclusión anterior tiene que ser matizada en aquellos casos en que en el atestado y en las diligencias policiales no se producen simples declaraciones de los inculpados o de los testigos, sino que, como ocurre en el presente caso, se practicaba —preconstituyéndola— una prueba a la que puede asignarse *lato sensu* un carácter pericial, cuando ocurre, además, la circunstancia de la imposibilidad de su repetición posterior. En este caso, aun dejando en claro que el atestado debe ser en el correspondiente juicio ratificado por los agentes que lo hayan levantado, hay que atribuir a su contenido no sólo el valor de la denuncia para llevar a cabo nuevas actividades probatorias, sino un alcance probatorio por sí mismo siempre que haya sido practicada la prueba pericial preconstituida con las necesarias garantías.

Por ello, hay que plantear ahora la cuestión del valor probatorio de un documento no firmado por el interesado, y, en segundo lugar, si la prueba se realizó con las garantías procesales como exige la doctrina de este Tribunal para que pueda estimarse desvirtuada la presunción de inocencia.

Sin entrar a debatir ahora, por no ser pertinente, la constitucionalidad en abstracto de la prueba de alcoholemia, la cuestión que es menester analizar es si la práctica de aquel acto de investigación vulneró algún derecho fundamental, supuesta la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, y si en él se observaron las garantías prescritas por las disposiciones legales y reglamentarias.

En este sentido, en relación con las alegaciones del recurrente, ha de plantearse el tema de hasta qué punto la prueba de alcoholemia realizada infringió el derecho a la defensa del interesado, cuestión a la que hay que responder en sentido afirmativo desde el momento en que ni siquiera fue informado por los agentes policiales de las posibilidades que la reglamentación vigente le ofrecía de solicitar la práctica de una segunda medición y un análisis de sangre, deber que ha de entenderse derivado del artículo 24.2 de la Constitución en supuestos como el presente, en que

los agentes policiales realizan actos de investigación que pueden alcanzar valor probatorio en el proceso penal mediante su aportación al mismo por los medios legalmente adecuados.

(Sentencia de 3 de octubre de 1985. R. A. 798/85.—“B. O. E.” de 5 de noviembre de 1985.—Ponente: Luis Díez-Picazo.)

Prueba indiciaria

El alcance del derecho a la presunción de inocencia, y la determinación de su contenido esencial, puede deducirse de la propia Constitución y de la doctrina sentada por este Tribunal, siendo aquí de señalar los extremos que se exponen a continuación:

a) La presunción de inocencia es una presunción “*iuris tantum*” que puede desvirtuarse con una mínima actividad probatoria, producida con todas las garantías procesales, que puede entenderse de cargo y de la que se pueda deducir la culpabilidad del acusado, correspondiendo al Tribunal Constitucional, en caso de recurso, estimar la existencia de dicho presupuesto. Dicha estimación ha de hacerse sin entrar en el examen de los hechos que dieron lugar al proceso, y respetando el principio de libre apreciación de la prueba por parte del Tribunal de instancia (de acuerdo con el artículo 741 de la L.E.Cr.), a quien corresponde ponderar libremente los distintos elementos de prueba y valorar su significación y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo. (Sentencia 31/1981, de 29 de julio, “Boletín Oficial del Estado” de 13 de agosto. FF.JJ. 2 y 3).

b) No puede tomarse como prueba lo que legalmente no tenga carácter de tal (Sentencia 56/1982, de 26 de julio, “Boletín Oficial del Estado” de 19 de agosto, FF.JJ. 3 y 4), y Sentencia 140/1985, de 21 de octubre, “Boletín Oficial del Estado” de 26 de noviembre, F.J. 3). Debiendo tenerse en cuenta que la simple reproducción en el juicio oral no puede otorgar valor de prueba a lo que legalmente no tiene el carácter de tal, como sucede con el atestado (art. 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), según ha declarado el Tribunal en su Sentencia 31/1981, citada, F.J. 4).

c) La actividad probatoria ha de realizarse normalmente en el acto de juicio oral, afirmación que se vincula al derecho del interesado a su defensa y a un proceso público con todas las garantías, reconocidos en el artículo 24.2 de la Constitución, derechos que se traducen, en la legalidad vigente, en los principios de oralidad, inmediación y contradicción, que rigen en el proceso penal, reflejados entre otros, en el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Sentencias 145/1985, de 28 de octubre, “Boletín Oficial del Estado” de 26 de noviembre, F. J. 2, y 148/1985, de 30 de octubre, “Boletín Oficial del Estado” de 26 de noviembre, F.J. 2).

d) El Tribunal ha declarado también que el órgano judicial puede realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, siempre que no sean arbitrarias, irracionales o absurdas (Sentencia de 21 de octubre de 1985, cit. F.J. 4 *in fine*).

En conexión con lo anterior, es necesario efectuar algunas consideraciones en relación con la denominada prueba de indicios, y con la posibilidad de que a partir de la misma el órgano judicial deduzca racionalmente la veracidad de hechos no probados directamente en el juicio oral, sea que tales hechos figuren en el atestado, o en las actuaciones sumariales, o al margen de los mismos.

En este caso surge la cuestión de determinar si el órgano judicial debe razonar su actividad deductiva, cuestión a la que ha de darse una respuesta afirmativa, teniendo en cuenta que la Constitución —como ha señalado reiteradamente el Tribunal— constituye un todo en el que cada precepto adquiere un verdadero valor y sentido en función de los demás. En efecto, debe señalarse, de una parte, que el artículo 120.3 de la Constitución establece que las sentencias serán siempre motivadas, por lo que el razonamiento en virtud del cual el órgano judicial, partiendo de los indicios probados, llega a la conc'usión de que el procesado ha realizado la conducta tipificada como delito —artículo 25.1 de la Constitución— no puede ser meramente interno, sino que ha de expresarse en la Sentencia, y de otra, que ello es también una exigencia del artículo 24.1 de la Constitución, pues de otro modo ni la subsunción estaría fundada en Derecho, como exige tal precepto, según muy reiteradas declaraciones del Tribunal, ni habría manera de que el Tribunal Constitucional determinase si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo, por lo que debe afirmarse que tal derecho exige también la motivación indicada. En definitiva, en la operación deductiva deberán señalarse, en primer lugar, cuáles son los indicios probados, y, en segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal manera que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de los indicios.

La doctrina anterior, circunscrita a la denominada prueba indiciaria, no se opone al principio de libre valoración de la prueba, ni tan siquiera a su valoración en conciencia (art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), pues, como ha reiterado el Tribunal en múltiples ocasiones, la legalidad vigente ha de interpretarse de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental; y, por otra parte, valoración libre o en conciencia no equivale a valoración de indicios carente de razonamiento alguno, cuando es precisamente a través de la actividad de juicio sobre los hechos probados cómo el órgano judicial llega a deducir otros que le permiten subsumir la conducta en el tipo penal.

(Sentencia de 17 de diciembre de 1985. R. A. 429/84.—“B. O. E.” de 15 de enero de 1986.—Ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morant.)

Desde su Sentencia núm. 31/1981, de 28 de julio, este Tribunal ha señalado reiteradamente que si bien el juzgador dicta Sentencia “apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los

mismos procesados" (art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), esta apreciación en conciencia ha de hacerse sobre la base de una actividad probatoria que pueda estimarse de cargo, pues sólo la existencia de esta actividad probatoria de cargo, puede servir para desvirtuar la presunción de inocencia que beneficia a toda persona según el artículo 24.2 de la Constitución.

No basta, por tanto, que se haya practicado prueba e, incluso, que se haya practicado con gran amplitud, ni es suficiente que los órganos judiciales y la policía judicial hayan desplegado el máximo celo en averiguar el delito e identificar a su autor.

El resultado de la prueba ha de ser tal que pueda racionalmente considerarse "de cargo"; es decir, que los hechos cuya certeza resulte de la prueba practicada, acrediten la culpabilidad del acusado. Consecuencia de todo ello, es que la función del Tribunal Constitucional, cuando se alega ante él la presunción de inocencia, es verificar si ha existido esa prueba que pueda estimarse racionalmente de cargo. En caso afirmativo no le compete revisar la valoración que de tal prueba haya realizado el juzgador en conciencia, de acuerdo con el citado artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues su jurisdicción respecto a la actuación de los tribunales ordinarios se reduce a determinar si se han vulnerado o no las garantías constitucionales (art. 119.3; 123.1; 161.1.b de la Constitución y 44 y 54 de la LOTC), sin que pueda ni deba actuar como una tercera instancia.

La citada delimitación de funciones entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional no presenta especiales dificultades cuando la prueba o pruebas de cargo son directas, es decir, cuando la prueba recae inmediatamente sobre los hechos relevantes para la condena del acusado, pero plantea más problemas cuando la única prueba obtenida es la llamada indiciaria o circunstancial, es decir, aquélla que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos de delito, pero de los que se puede inferirse éstos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico, existente entre los hechos probados y los que se trata de probar. No es éste el lugar adecuado para analizar y debatir las múltiples cuestiones que tanto desde un punto de vista doctrinal como práctico, plantea la prueba indiciaria. Pero sí es preciso señalar dos puntos relevantes para la solución del presente recurso de amparo: Uno, es que el derecho constitucional a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal se pueda formar sobre la base de una prueba indiciaria. El segundo punto es que, sin embargo, el reconocimiento de la eficacia de la prueba indiciaria plantea problemas peculiares a la jurisdicción de este Tribunal, en el momento de apreciar si se ha vulnerado o no aquella presunción.

El primer punto no requiere largo examen. La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum*, que se desvirtúa por prueba en contrario. Sin duda, la prueba directa es más segura y deja menos márgenes a la duda que la indiciaria.

Pero es un hecho que en los juicios criminales no siempre es posible esa prueba directa por muchos esfuerzos que se hagan para obtenerla.

Prescindir de la prueba indiciaria conduciría, en ocasiones, a la impunidad de ciertos delitos y, especialmente, de los perpetrados con particular astucia, lo que provocaría una grave indefensión social.

El segundo punto es más delicado. El Tribunal Constitucional no puede revisar, como se ha dicho, la valoración de la prueba que haga el Tribunal, pero debe verificar si esa prueba ha existido y si puede calificarse como prueba de cargo. Cuando la única prueba practicada es la indiciaria puede surgir el problema de si nos encontramos ante una verdadera prueba de ese tipo, es decir, ante una actividad que conduce razonablemente a dar por ciertos unos hechos determinados que incriminan al acusado, o si las conclusiones a que se pueda llegar por esta vía no pasan de ser sospechas o datos de los que se desprenden visos o apariencias más o menos acusadoras de que una persona ha podido cometer un delito, pero que no constituyen una base suficientemente firme para que de ellas pueda inferirse razonablemente la culpabilidad del acusado y no suponen, por tanto, una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia consagrada por la Constitución. El Tribunal Constitucional debe enfrentarse en estos casos con la difícil tarea de verificar si ha existido una verdadera prueba indiciaria o si lo único que se ha producido es una actividad que, a pesar de su finalidad probatoria, no ha logrado más que arrojar sospechas o sugerir conjeturas sobre la culpabilidad del acusado.

Para trazar la distinción entre uno y otro supuesto, es decir, entre la existencia de una verdadera prueba indiciaria capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, y la presencia de simples sospechas, conviene recordar los criterios usualmente aceptados sobre la cuestión. Una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades. De esos hechos que constituyen los indicios debe llegarse a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano a considerar probados los hechos constitutivos de delito. Puede ocurrir que los mismos hechos probados permitan en hipótesis diversas conclusiones o se ofrezcan en el proceso interpretaciones distintas de los mismos. En este caso el Tribunal debe tener en cuenta todas ellas y razonar por qué elige la que estima como conveniente. A la luz de estos mismos criterios hay que examinar la versión que de los hechos ofrezca el inculcado. Ciertamente, éste no tiene por qué demostrar su inocencia e incluso el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea conveniente o resulte contradicha por la prueba no debe servir para considerar o culpable. Pero su versión constituye un dato que el juzgador deberá aceptar o rechazar razonablemente.

Es cierto que el artículo 242 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que regula la forma en que se han de redactar las Sentencias, no impone que se recoja en su texto el desarrollo lógico que lleva al juzgador a considerar probados los hechos que fundamentan la condena, pero también es cierto que no lo impide. Ahora bien, cuando el artículo 120.3 de la Constitución requiere que las sentencias sean "motivadas", elevando así a rango constitucional lo que antes era simple imperativo legal, ha de entenderse que esta motivación en el caso de la prueba indiciaria tiene

por finalidad expresar públicamente no sólo el razonamiento jurídico por medio del cual se aplican a unos determinados hechos, declarados sin más probados, las normas jurídicas correspondientes y que fundamentan el fallo, sino también las pruebas practicadas y los criterios racionales que han guiado su valoración, pues en este tipo de prueba es imprescindible una motivación expresa para determinar, como antes se ha dicho, si nos encontramos ante una verdadera prueba de cargo, aunque sea indiciaria, o ante un simple conjunto de sospechas o posibilidades, que no pueden desvirtuar la presunción de inocencia. Conviene advertir que no se trata de coartar la libre apreciación de la prueba que establece el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues no se impone al juzgador regla alguna sobre el valor de cada medio de prueba, es decir, no se vuelve a ningún sistema de prueba legal o tasada, sino que se le pide únicamente que exprese los criterios que han presidido la valoración de los indicios para llevarle a considerar probados los hechos constitutivos de delito. Tampoco se trata de que el juzgador tenga que detallar en la Sentencia los diversos momentos de su razonamiento, sino las líneas generales de ese razonamiento. Esta exigencia no es, por otra parte, nueva en nuestro derecho posconstitucional. La Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, relativa al procedimiento oral de delito doloso, menos graves y flagrantes, establece en su artículo 10.6 que el Juez dictará sentencia "en la que se recogerán de manera expresa las pruebas practicadas y su resultado". No es difícil ver en esta disposición una acertada aplicación de principios constitucionales, y no una peculiaridad derivada de la especial naturaleza de ese tipo de juicios.

La ausencia de las Sentencias impugnadas de esa argumentación relativa a la aplicación de la prueba indiciaria hace que deba estimarse que dichas resoluciones judiciales vulneran el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución, en cuanto no resulta de ellas que nos encontremos ante una verdadera prueba que puede estimarse de cargo y que pueda servir de base a la apreciación del juzgador, por lo que procede estimar el amparo. Debe insistirse en que esta conclusión y la estimación del amparo que comporta no supone, como es evidente, valoración alguna de este Tribunal Constitucional de los indicios recogidos en el proceso, ni de la forma en que el Tribunal sentenciador haya podido llegar, partiendo de ellos, a la responsabilidad de la acusada, ni menos aún, si cabe, opinión alguna sobre su culpabilidad o inocencia. De lo que se trata es de asegurar a la acusada la garantía formal de que el razonamiento hecho por el Tribunal conste expresamente en la Sentencia, pues sólo de ese modo es posible verificar si el Tribunal ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, que es en el presente caso lo único que compete al Tribunal Constitucional.

(Sentencia de 17 de diciembre de 1985. R. A. 558/83.—"B. O. E." de 15 de enero de 1986.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

Atestado policial

La presunción de inocencia, que el artículo 24.2 de nuestra Constitución reconoce a todos, es un derecho fundamental consistente en que cada uno de sus titulares es tenido como inocente salvo que haya pruebas de lo contrario. Se trata, pues, de una presunción *iuris tantum*, que puede ser destruida por pruebas en contra, pero sólo por pruebas, esto es, no por impresiones o apariencias no contrastadas en juicio con arreglo a las normas que regulan la actividad probatoria, y con todas las garantías inherentes a un proceso público. En consecuencia, no basta con afirmar, sea por querrela o por denuncia, que alguien es culpable, sino que es necesario a lo largo del proceso realizar la actividad probatoria necesaria, y suficiente para convertir la acusación en verdad probada, y, en cuanto tal, destructora de la inicial presunción de inocencia. Ya el autor de la exposición de motivos de la vetusta y reformada, pero vigente, Ley de Enjuiciamiento Criminal, advertía que "por la naturaleza misma de las cosas y la lógica del sistema, nuestros Jueces y Magistrados han adquirido el hábito de dar escasa importancia a las pruebas del plenario, formando su juicio por el resultado de las diligencias sumariales y no parando mientes en la ratificación de los testigos...". Aunque en el procedimiento de la Ley 10/1980 no puede hablarse con rigor técnico de unas diligencias sumariales, y aunque en este caso no se trate principalmente de la ratificación no realizada de quienes testificaron ante la policía y no ante el Juez, sino de la relativa al atestado policial, lo cierto es que las prácticas de las que se lamentaba hace más de un siglo el texto citado serían incompatibles, en la medida en que subsistieran con el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Ahora bien, "los atestados que redactaren y las manifestaciones que hicieren los funcionarios de la Policía Judicial, a consecuencia de las averiguaciones que hubiesen practicado, se considerarán denuncias para los efectos legales", según el artículo 297.1 de la L.E.Cr. No se trata de quitar valor a los atestados, sino de no valorarlos como lo que no son, como pruebas. Si se hubieran ratificado los policías (identificables fácilmente por sus placas) en el juicio oral, con la posibilidad de ser allí preguntados también por el defensor del acusado, se habría producido una verdadera actividad probatoria destinada a destruir la presunción de inocencia, y cuyo resultado hubiera debido y podido ser valorado como suficiente o no a tal efecto por el Juzgador. Pero ni se practicó tal prueba ni ninguna otra, pues no son pruebas destructoras de la presunción de inocencia las reiteradas declaraciones de inocencia del acusado, ni las declaraciones de dos propietarios de vehículos que nada dicen a favor ni en contra del acusado.

De todo esto podría inferirse acaso que fue más hábil o más diligente o más consciente de sus derechos la actuación del acusado que la de quienes lo acusaban. Este Tribunal, sin embargo, no puede formular juicios de tal naturaleza y sí sólo debe enjuiciar si se han violado o no derechos fundamentales. En el caso presente es forzoso declarar que sí se violó el derecho del recurrente a la presunción de inocencia, ya que

la Sentencia condenatoria del Juzgado de Instrucción (y lo mismo la de apelación, ya que nada nuevo se aportó ni probó en esta fase del proceso) se produjo sobre la única base del atestado y por tanto sin ningún fundamento probatorio que pudiera destruir aquella presunción. En consecuencia la Sala ha de otorgar el amparo.

Como ya dijo este Tribunal en la Sentencia de la Sala Primera de 28 de julio de 1981, fundamento jurídico quinto, el otorgamiento del amparo no puede impedir que el hoy recurrente sea juzgado por los hechos que dieron pie al proceso penal en el que se cometió la lesión a su derecho a la presunción de inocencia. Lo que ahora procede, como allí también se dijo, es “retrotraer el procedimiento al momento en que debió ser observada (la presunción de inocencia), esto es, a aquél en que a la vista de las actuaciones sumariales pueda la acusación solicitar nuevas diligencias, el sobreseimiento o proponer nueva prueba”.

(Sentencia de 16 de diciembre de 1985. R. A. 90/85.—“B. O. E.” de 15 de enero de 1986.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

Atestado policial Procedimiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes

De acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional, la presunción de inocencia, una vez consagrada en el artículo 24.2 de la Constitución, ha pasado de ser un principio general del Derecho a convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos, y exige para poder ser desvirtuada una mínima actividad probatoria, producida con las debidas garantías procesales, que de alguna manera pueda entenderse de cargo y de la que pueda deducirse, por lo tanto, la culpabilidad del procesado.

El ordenamiento procesal penal español sitúa el momento de la prueba en el juicio oral (arts. 668 a 731 de la L.E.Cr.) y, en concreto, la Ley orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, por la que se tramitó el proceso del que el presente recurso de amparo trae causa, establece en su artículo 8.º que sólo se realizarán anticipadamente y en presencia del Juez aquellas pruebas que no puedan practicarse en el acto del juicio oral.

En este sentido las diligencias anteriores, encaminadas a la averiguación del delito y a la identificación de los delincuentes, no constituyen pruebas de cargo; sólo se convierten en prueba al practicarse o reproducirse en el juicio oral, y únicamente a lo alegado y probado en él queda vinculado el Tribunal penal. Por ello el atestado policial, aunque elemento importante tanto en la fase sumarial como en la interpretación y articulación lógica de las pruebas practicadas en el juicio oral, no puede en modo alguno sustituir a éstas. El artículo 297 de la L.E.Cr. confiere al atestado el valor de denuncia y, si bien en él se establece —como recuerda el Ministerio Fiscal— que las declaraciones de los funcionarios de la Policía judicial relativas a hechos de conocimiento propio tendrán el valor de declaraciones testificales, esta afirmación ha de situarse en su debido contexto. El de la fase de averiguación o instruc-

ción sumarial. Sólo puede hablarse de prueba cuando tal actuación testifical se reitera y reproduce en el juicio oral, de modo que pueda realizarse la oportuna confrontación de la otra parte.

La restricción de la prueba testifical al juicio oral responde al principio de contradicción que inspira el procedimiento penal español y viene a formar parte del contenido de los derechos mínimos que las normas internacionales reconocen al acusado con el fin de garantizar un proceso penal adecuado (art. 6.º-3 d) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, reproducido virtualmente en el artículo 14.3.e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1961.

En el presente caso, la necesidad de una mínima actividad probatoria que pueda entenderse de cargo y que se realice con las debidas garantías procesales resulta reforzada por tratarse del ejercicio de un derecho —el de reunión y manifestación, reconocido en el artículo 21 de la Constitución— que forma parte de aquellos derechos que, según el artículo 10 de la norma fundamental, son el fundamento del orden político y de la paz social. El derecho a la presunción de inocencia en este contexto se revela no sólo como garantía procesal, sino también como garantía del ejercicio de un derecho fundamental.

Es cierto que, como señala la Audiencia Provincial, tal derecho aparece constitucionalmente limitado, pero el principio de libertad del que es una manifestación exige que las limitaciones que a él se establezcan respondan a supuestos derivados de la Constitución y que en cada caso resulte indubitablemente probado que se ha traspasado efectivamente el ámbito de libertad constitucionalmente fijado.

(Sentencia de 4 de octubre de 1985. R. A. 855/84.—“B. O. E.” de 5 de noviembre de 1985.—Ponente: Jerónimo Arozamena Sierra.)

Mínima actividad probatoria. Tipo de delito

Partiendo de todas las consideraciones anteriores, y en especial de la doctrina sobre la presunción de inocencia, el Tribunal interpretó el artículo 849 de la L.E.Cr. en su Sentencia 56/1982, antes citada, en el sentido de que no impide incluir entre los errores en la apreciación de las pruebas el que arranca de la inexistencia misma de éstas; ello no obliga a que el Tribunal de casación haga una nueva valoración de las pruebas existentes, sino a que constate su existencia, a que se verifique que se ha llevado a cabo la mínima actividad probatoria a que antes nos referíamos.

En la propia Sentencia se añadía que la valoración como prueba de lo que legalmente no puede tener carácter de tal es, sin duda, el mayor error de hecho que en la apreciación de las pruebas puede imaginar y como tal puede ser admitido para fundamentar el recurso de casación. Por tratarse, sin embargo, de una verdad “negativa”, sólo cabe exigir que se precise que la presunción de inocencia no ha quedado desvirtuada por la realización de la tan repetida “mínima actividad probatoria”, cuyos resultados han de ser valorados libremente por el juzgador de instancia.

La verificación del error alegado —proseguía la Sentencia— sólo puede hacerse mediante el examen de las actuaciones sumariales y de las actas del juicio oral que, efectivamente, sí carecen de autenticidad intrínseca o material, puede considerarse dotadas de autenticidad formal o extrínseca y, en consecuencia, si no pueden ser admitidas para sostener la verdad de las manifestaciones que en ellas se recogen, sí pueden serlo para sostener que se hicieron y, sobre todo, para sostener que no se hicieron las manifestaciones ni se realizaron las actividades que en ellas no se incluyen o de las que ellas no dan cuenta.

De acuerdo con la doctrina anterior, el recurso de casación por vía del artículo 849.2 de la L.E.Cr. procedía para valorar el error de hecho en la apreciación de las pruebas, no sólo cuando resultara de documentos auténticos —dotado de autenticidad intrínseca o material—, sino también:

En el supuesto de que se adujera que se había tomado como prueba lo que legalmente no puede tener carácter de tal.

En el caso de que se alegara que no se había producido la mínima actividad probatoria a que antes nos referíamos, interpretando a tal efecto el precepto no según su sentido originario, sino en atención a las razones ya expuestas, en el de comprender también la autenticidad formal o extrínseca.

El caso planteado por el presente recurso suscita algunas consideraciones complementarias, dados los matices que presenta. En efecto, el recurrente sólo niega que exista una mínima actividad probatoria que pueda entenderse de cargo en relación al delito de robo y no al de hurto, que admite haber cometido.

Se trata, en definitiva, de determinar si la doctrina anteriormente expuesta en torno a la presunción de inocencia se limita a configurarla como presunción *iuris tantum*, que queda desvirtuada por la realización de una mínima actividad probatoria que puede entenderse de cargo en relación a cualquier delito, dato a partir del cual la valoración de la prueba queda confiada libremente al Juez o, por el contrario, si tal actividad ha de referirse a cada uno de los elementos de hecho del tipo por el cual el Juez penal decide condenar en la Sentencia.

Este problema tiene especial importancia en los supuestos en que un mismo bien jurídico —como la propiedad— se protege mediante la tipificación de diversas conductas como delito —así el robo y el hurto—, cuya diferencia se encuentra en la existencia o no de una agravante específica (la utilización de la violencia o intimidación en las personas o el empleo de la fuerza en las cosas).

Pues bien, si la presunción de inocencia se refiere a la comisión de cualquier delito, no cabe duda de que la existencia de una mínima actividad probatoria de la que puede deducirse la culpabilidad de una persona ha de serlo en relación al delito por el que ha sido condenado y no a otro que, incluso aunque proteja el mismo bien jurídico, declare punibles conductas en parte coincidentes. En definitiva, por lo que aquí interesa, para castigar a una persona por un delito de robo —y no de hurto— deberá existir una mínima actividad probatoria de la que el

Juez pueda deducir la culpabilidad del procesado respecto al delito de robo.

(Sentencia de 21 de octubre de 1985. R. A. 254/84.—“R. O. E.” de 26 de noviembre de 1985.—Ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morant.)

Grado de ejecución

Como ya dijo esta Sala en su S. 105/1983, de 23 de noviembre, el derecho a la presunción de inocencia “no puede ser invocado con éxito para cubrir cada episodio, vicisitud, hecho o elemento debatido en el proceso penal, o parcialmente integrante de la resolución final que le ponga término, esto es, no permite desmenuzar o dilucidar cada elemento probatorio, sino que ha de merecer una consideración global para puntualizar en cada caso si ese derecho fue o no respetado concretamente en la decisión judicial condenatoria, pero teniendo en cuenta el conjunto de la actividad jurisdiccional (fundamento jurídico 10). La pretensión formulada por el demandante en el presente caso se encuentra en conexión con el citado fundamento jurídico de la mencionada Sentencia, siendo trasladable el criterio reproducido que en ella se establece al supuesto que es objeto de atención de esta Sala, dado que, justamente, la petición que se efectúa en la demanda estriba en que se declare preterido el derecho a la presunción de inocencia, no porque la condena impuesta al recurrente, globalmente considerada, carezca de fundamentación probatoria, sino porque en una parte, la atinente al grado de ejecución del delito, a juicio del recurrente, falte el soporte que avale la conclusión sentada por el Tribunal sentenciador. Como en el caso de referencia, aquí aparecen también clara que los Tribunales ordinarios, respetando la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada, llegaron a la conclusión de que tal presunción había sido desmentida por obra del conjunto probatorio practicado que dio lugar a la formulación del juicio de valor correspondiente. Atender a otro planteamiento llevaría, como hemos apuntado, a que este Tribunal discurriera por terrenos que no son de su competencia; pues es a la jurisdicción ordinaria a la que, según el artículo 117.3 de la CE, corresponde la valoración razonable de tales extremos, una vez probada suficientemente la responsabilidad criminal de quien resulta acusado de la realización de determinados hechos delictivos.

(Sentencia de 20 de enero de 1986. R. A. 556/84.—“B. O. E.” de 12 de febrero de 1986.—Ponente: Antonio Truyol Sierra.)

Pruebas de alcoholemia

Por lo que se refiere a la alegada vulneración del artículo 24.2 de la Norma fundamental, el recurrente cuestiona la validez del fallo condenatorio por basarse éste exclusivamente en el atestado policial, el cual no constituye un medio de prueba de los legalmente establecidos ni

puede calificarse de prueba al carecer de los requisitos de intermediación y contradicción que diferencian un medio de prueba de un mero acto de investigación.

En recientes Sentencias (100/1985, 103/1985 y de 28 de octubre de 1985) ha tenido ocasión este Tribunal de entrar en el fondo de la cuestión planteada, pronunciándose sobre el alcance y valor probatorio de los datos contenidos en el atestado relativos a la prueba alcoholométrica realizada, y sobre la utilización de dichos resultados como prueba exclusiva en la fundamentación del fallo.

Es preciso, pues, reiterar aquí en cuanto al primer aspecto que, aun reconociendo la peculiaridad del atestado que contiene los resultados de la denominada prueba de impregnación alcohólica, derivada del carácter técnico de la misma y de la imposibilidad de reproducirla en el juicio oral, no cabe concluir que dicho atestado adquiera por ello automáticamente valor probatorio desde el punto de vista procesal. Es necesario que se incorpore al proceso de forma tal que se satisfaga el derecho a la defensa y a un proceso público con todas las garantías, respetando en la medida de lo posible los principios de intermediación, oralidad y contradicción.

Ello implica, en primer término, que, en salvaguardia del mencionado derecho de defensa, el interesado tenga conocimiento de cuanto pueda contribuir a que la prueba en cuestión se verifique con las máximas garantías, por lo que debe ser informado de las posibilidades que la reglamentación vigente le ofrece respecto a la repetición de la misma y la realización de un análisis clínico en un centro sanitario.

Por otra parte, dada la naturaleza del test alcoholométrico y del delito previsto en el artículo 340 bis a 1.º del Código penal la incorporación del correspondiente atestado al proceso exige la realización de una actividad probatoria durante el mismo que permita contrastar su contenido en cuanto a la fiabilidad del resultado del test y el valor de éste como elemento determinante del supuesto delictivo contemplado en el citado precepto penal. Por ello, si alguno de dichos aspectos es cuestionado, la simple lectura o reproducción en el juicio oral del atestado en que consta el resultado de la prueba alcoholométrica no puede por sí misma servir de fundamento a un fallo condenatorio. En tales casos el test debe ser avalado o complementado en el curso del proceso para que pueda convertirse en prueba de cargo.

(Sentencia de 30 de octubre de 1985. R. A. 647/83.—“B. O. E.” de 26 de noviembre de 1985. Ponente: Gloria Begué Cantón.)

ARTÍCULO 25.1

Principio de legalidad. Delito de conducción en estado de embriaguez

Las conclusiones anteriores convierten en irrelevante la pretendida vulneración, alegada asimismo por el recurrente, del principio de legalidad penal consagrado en el artículo 25.1 de la Norma fundamental.

No obstante, cabe señalar que dicho principio no implica la exclusión del test alcoholométrico como medio de prueba. De un lado, el mencionado precepto constitucional se refiere a la previsión legal de los delitos y de las penas que a ellos corresponden, sin que quepa extenderlo a los medios de prueba sobre los que el órgano judicial basa su convicción. De otro, la utilización como prueba del test en cuestión no supone una aplicación analógica de la ley penal en perjuicio del acusado. Ahora bien, si es cierto que “la influencia de bebidas alcohólicas” constituye un elemento normativo del tipo penal que, consecuentemente, requiere una valoración del Juez en la que éste deberá comprobar si en el caso concreto de que se trate el conductor se encontraba afectado por el alcohol, también lo es que dicha comprobación habrá de efectuarla el Juez ponderando todos los medios de prueba que reúnan las debidas garantías procesales. Pero este último extremo no guarda relación con el principio de legalidad, sino —como estima el Ministerio Fiscal— con las garantías contenidas en el artículo 24 de la Constitución.

(Sentencia de 30 de octubre de 1985. R. A. 647/83.—“B. O. E.” de 26 de noviembre de 1985.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

Principio “non bis in idem”

El principio “non bis in idem”, al que el recurrente apela también para fundamentar su pretensión, no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa. Esta omisión textual no impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento, porque el principio en cuestión, como ha señalado este Tribunal desde su Sentencia 2/1981, de 30 de enero, fundamento jurídico cuarto, está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el artículo 25 de la norma fundamental. Es cierto que la regla “ne bis in idem” no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes (por ejemplo, como ilícito penal y como infracción administrativa o laboral), pero no lo es menos que sí impide el que por autoridades del mismo orden, y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta. Semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del “ius puniendi” del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado (Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, fundamento jurídico cuarto).

(Sentencia de 27 de noviembre de 1985. R. A. 821/84.—“B. O. E.” de 17 de diciembre de 1985.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

ARTÍCULO 117

Jurisdicción castrense

Sin embargo, conviene señalar —y así lo ha hecho este Tribunal en sus Sentencias 75/1982, de 13 de diciembre, y 111/1984, de 28 de noviembre— que el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley resulta vulnerado si se atribuye a una jurisdicción especial un asunto que corresponde conocer a la ordinaria, y que el conocimiento por parte de la jurisdicción militar de una cuestión que cae fuera del ámbito de su competencia supone no sólo la transgresión de las reglas definidoras de dicho ámbito, sino también la vulneración del mencionado derecho constitucional. En este sentido, la alegada vulneración del artículo 117 de la Constitución puede implicar la del artículo 42.2 de la misma y con ello convertirse en un motivo de impugnación susceptible de ser invocado en una demanda de amparo.

Ahora bien, esta alegación basada en la incompetencia de la jurisdicción militar para entender de la responsabilidad civil de terceros, que pudo tener relevancia constitucional en relación con la Sentencia del Consejo de Guerra, carece de ella en relación con el proceso de ejecución pues, al tratarse de una Sentencia firme, la cuestión se reduce a dilucidar si, en tal supuesto, la ejecución corresponde a la jurisdicción ordinaria —como sostiene el recurrente y en su día estimó la Audiencia Territorial con ocasión de la causa que dio lugar al auto del Tribunal Supremo que, a su vez, sirvió de fundamento a la resolución hoy impugnada en amparo— o si, por el contrario, le corresponde al órgano judicial que dictó la Sentencia, como sostiene la autoridad judicial militar y el Tribunal Supremo en el mencionado Auto. Trátase, en definitiva, de una divergencia en las posturas mantenidas que tiene su origen en las distintas interpretaciones de que es objeto la normativa legal aplicable, y esta es una cuestión que corresponde al plano de la legalidad ordinaria, ajeno a la competencia de este Tribunal Constitucional.

La recurrente alega que hasta el momento de la ejecución no pudo plantear la cuestión de la incompetencia de la autoridad judicial militar, por no haber sido parte procesal en la causa ni habersele notificado la Sentencia que puso fin a la misma, pero de las actuaciones recibidas se deduce, más bien, que la recurrente tuvo ocasión de manifestar su oposición y no lo hizo.

Es cierto que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 811, párrafo segundo del Código de Justicia Militar, sólo es parte en el procedimiento el procesado, pero también lo es que los armadores podrán por sí o por medio de sus representantes legales dirigir los escritos que estimen oportunos y proponer la práctica de pruebas que juzguen conducentes al mejor esclarecimiento de los hechos, y que frente a las resoluciones del Juez Instructor, rechazando las peticiones formuladas por los interesados, estos pueden recurrir ante la autoridad judicial. Sobre esta base la recurrente intervino en el proceso durante el procedimiento previo y durante la causa no sólo aportando datos relativos al abordaje y a las partidas determinantes de la responsabilidad civil, tanto por lo que se

refiere a los gastos de salvamento y reparación como a la valoración de la carga, sino presentando cuantos escritos consideró pertinentes en relación la anotación registral relativa a la prohibición de vender e hipotecar la susodicha motonave, sin cuestionar en ningún momento la competencia de la autoridad judicial militar y reconociendo en ellos, de forma expresa, su responsabilidad civil subsidiaria como propietaria del buque.

En efecto, en un caso basó la solicitud de levantamiento de la mencionada prohibición en el hecho de que la cantidad que había abonado a través de la Compañía aseguradora era superior a la fijada como límite de la responsabilidad civil exigible a los propietarios de buques, por lo que su responsabilidad subsidiaria como propietaria de la motonave había quedado agotada. En otro caso, al reiterar dicha solicitud —que, como la anterior, dio lugar a una resolución jurídicamente fundada de la autoridad judicial militar—, alegó que la causa había quedado resuelta por la Sentencia de 26 de mayo de 1977 y que dado el tiempo transcurrido habían prescrito las acciones que pudieran formular los cargadores en reclamación de responsabilidades civiles.

Por otra parte, al menos esta última alegación pone de manifiesto que la recurrente tenía conocimiento de la Sentencia antes de iniciarse el procedimiento de ejecución y que, por lo tanto, pudo plantear en el momento oportuno la cuestión de incompetencia que ahora aduce en apoyo de la impugnación del proceso de ejecución y, en su caso, recurrir en vía de amparo ante este Tribunal Constitucional.

Más que de indefensión y de falta de oportunidad para debatir la mencionada cuestión cabría hablar, pues, de inactividad procesal de la recurrente, máxime cuando esta había sido parte en un proceso originado por una situación de características análogas a la que ha suscitado el presente recurso de amparo.

(Sentencia de 7 de octubre de 1985. R. A. 183/81.—“B. O. E.” de 5 de noviembre de 1985.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

ARTÍCULO 120.3

Sentencias motivadas

V. Sentencias de 15 y 17 de diciembre de 1985 sobre *presunción de inocencia*.—Artículo 24.2 de la CE.

II) LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 44.1. a)

Agotamiento de los recursos utilizables dentro de la vía judicial

Como ha declarado el Tribunal en muy reiteradas ocasiones, el recurso de amparo es subsidiario, y corresponde con anterioridad a los órganos judiciales conocer de las posibles vulneraciones de derechos fun-

damentales y, en su caso, adoptar las medidas pertinentes. El recurso de amparo no es, con carácter general, una primera instancia, por lo que la previa invocación sólo es exigible cuando la pretendida vulneración se produce en una resolución contra la que no cabe recurso alguno.

(Sentencia de 18 de octubre de 1985. R. A. 347/84.—“B. O. E.” de 8 de noviembre de 1985.—Ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morant.)

ARTÍCULO 44.1 c)

Invocación del precepto constitucional vulnerado

Sin embargo, el hecho de que el artículo 44.1 c) hable de una invocación formal del derecho no se desprende que para entender cumplido el requisito legal haya de llenarse un determinado formalismo, pues el recurso de amparo no puede estar rodeado de más exigencias formales que aquellas que requiera su recto funcionamiento y, como ha dicho este Tribunal, el precepto mencionado ha de interpretarse con criterio finalista, de manera que no debe tratarse de la invocación numérica de un artículo del texto fundamental, sino del derecho cuya violación se pretende cometida. La causa de inadmisión —que en esta fase procesal es de desestimación— consiste en ser la demanda defectuosa por no cumplir el requisito de haberse invocado el derecho fundamental vulnerado tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello (art. 50.1.b. en conexión con el art. 44.1.c. de la LOTC). De no llegarse a esta conclusión se desnaturalizaría el carácter subsidiario del recurso de amparo para convertirlo en una primera instancia, sin que el principio *pro actione* pueda llegar a tal extremo que suponga una inobservancia por el Tribunal de su propia Ley Orgánica.

(Sentencia de 24 de enero de 1986. R. A. 745/84.—“B. O. E.” de 12 de febrero de 1986.—Ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morant.)

IV) CODIGO PENAL

ARTÍCULO 169

Manifestaciones ilegales

Es preciso recordar, en primer término, que la interpretación del artículo 169 del Código penal —que la Sentencia impugnada aplica con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión— ha de llevarse a cabo a la luz del mencionado artículo 21, cuya aplicación, como ha señalado este Tribunal, no puede diferirse al momento en que se dicte una Ley posterior a la Constitución desarrollando su contenido. De dicho precepto constitucional se deduce, como también ha declarado este Tribunal Constitucional en su Sentencia 36/1982, de 16 de junio, que el derecho puede ejercitarse sin necesidad de autorización previa y que las reuniones y

manifestaciones deberán ser comunicadas previamente, en la forma legalmente establecida, tan sólo en aquellos casos en que hayan de celebrarse en lugares de tránsito público, supuesto en el que únicamente podrán prohibirse cuando existan razones fundadas de alteración de orden público con peligro para persona o bienes, debiendo dicha prohibición ser motivada con la amplitud necesaria para el debido conocimiento de los interesados y la posterior defensa de sus derechos.

Por ello el tipo penal comprendido en el artículo 169 del Código penal, aplicado al hoy recurrente en amparo, ha de entenderse referido a los promotores o directores de manifestaciones y reuniones que se celebren en lugares de tránsito público, que hayan sido expresamente prohibidas y a cuya disolución no se haya procedido tras el requerimiento de la autoridad correspondiente.

(Sentencia de 4 de octubre de 1985. R. A. 855/84.—“B. O. E.” de 5 de noviembre de 1985.—Ponente: Jerónimo Arozamena Sierra.)

ARTÍCULO 329

Falso testimonio en causa civil

En el considerando primero de la Sentencia del Juzgado se dice que la autorización para proceder criminalmente “es un requisito de ineludible cumplimiento que obedece a una construcción doctrinal reiteradamente mantenida por el Tribunal Supremo, resolutoria, a falta de precepto lateralmente aplicable, del problema”. Es innegable que desde 1932 la exigencia de tal presupuesto procesal se deriva de la doctrina del Tribunal Supremo, pero no es del todo exacto el carácter doctrinal de la construcción originaria, ya que en normas anteriores al Código penal de 1932 sí que tuvo base el Tribunal Supremo para exigir tal requisito de procedibilidad. Tampoco es exacto decir que existe una falta “de precepto literalmente aplicable” como si nos halláramos ante una laguna legal que fuese necesario llenar, o ante una situación regulada por el legislador de modo incompleto, cuyas normas existentes, pero no suficientes o dispersas o no claras, el Tribunal Supremo interpretará integrándolas y construyendo sobre ellas el citado presupuesto procesal, hipótesis en la cual la jurisprudencia del Tribunal Supremo cumpliría una función integradora que habría que considerar en principio lícita (como en supuesto parecido dijimos en nuestra Sentencia 89/1983, de 2 de noviembre, fundamento jurídico tercero). En este caso, por el contrario, lo cierto es que, como se desprende de las Sentencias citadas en el anterior fundamento jurídico, el Tribunal Supremo ha reconocido con reiteración que para exigir la autorización judicial previa no se basa en ninguna norma, y así vienen también a reconocerlo las Sentencias aquí impugnadas. Ocurre, además que tal norma existió en nuestro ordenamiento, pero fue suprimida a partir del Código penal de 1932. Ni los Tribunales sentenciadores en el proceso penal previo a este de amparo han tenido norma legal alguna con fundamento en la cual exigir la autorización previa, ni la doctrina del Tribunal Supremo, único apoyo de las Sentencias aquí impugnadas tiene tampoco fundamento legal alguno.

Como la exigencia de la autorización judicial previa concedida por el Juez ante el que se prestó la declaración presuntamente constitutiva de delito de falso testimonio no viene impuesta por norma legal alguna y sí sólo por doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (anterior en todo caso a la vigente Constitución), procede declarar que tal exigencia vulnera el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 24.1 de la CE, que no puede verse trabado por decisiones judiciales no apoyadas en normas legales.

(Sentencia de 30 de septiembre de 1985. R. A. 14/85.—“B. O. E.” de 5 de noviembre de 1985.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.)

ARTÍCULO 340 bis a), 1.º

Conducción en estado de embriaguez

V. Sentencia de 7 de octubre de 1985 sobre *derechos del detenido*.—Artículo 17.3 de la CE; Sentencia de 30 de octubre de 1985, sobre *presunción de inocencia y principio de legalidad*.—Artículos 24.2 y 25.1 de la CE, y Sentencia de 5 de noviembre de 1985 sobre *presunción de inocencia y derecho a la defensa*.—Artículo 24.2 de la CE.

III) LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULOS 101 y 280

Acción popular. Fianza

V. Sentencia de 29 de octubre de 1985, sobre *derecho a la tutela judicial efectiva*.—Artículo 24.1 de la CE.

ARTÍCULO 161

Recurso de aclaración

V. Sentencia de 18 de octubre de 1985 sobre *derecho a la tutela judicial efectiva*.—Artículo 24.1 de la CE.

ARTÍCULO 297

Atestado policial

V. Sentencias de 27 de noviembre de 1985 y 16 de diciembre de 1985 sobre *presunción de inocencia*.—Artículo 24.2 CE.

ARTÍCULO 849.2

Recurso de casación

V. Sentencia de 21 de octubre de 1985 sobre *derecho a la tutela judicial efectiva*.—Artículo 24.1 de la CE.

860 PÁRRAFO 2.º y 876 PÁRRAFO 1

Recurso de Casación. Nombramiento de defensor de oficio

V. Sentencia de 21 de enero de 1986 sobre *derecho a la defensa*.—

Artículo 24.2 de la CE.

ARTÍCULO 884.4

Recurso de casación: inadmisión

Debiendo precisarse que el artículo 884.4 de la L.E.Cr. se refiere en abstracto e indeferenciadamente al incumplimiento de los presupuestos exigidos por la propia Ley para preparar e interponer los recursos de casación, y que operan como causas que determinan su no aceptación; presupuestos entre los que se encuentra el escrito de interposición del recurso ante el Tribunal Supremo, cuyos requisitos determina pormenorizadamente el artículo 874, exigiendo —entre otros— que “se consignará en párrafos numerados, con la mayor concisión y claridad, los fundamentos doctrinales y legales aducidos como motivos de casación... encabezados por un breve extracto de su contenido”.

El citado artículo 884.4 como indicó la Sentencia 60/1985 no puede aplicarse literalmente, ni aceptarse que la remisión genérica que contiene a cualquier defecto de forma del escrito de interposición del recurso, exima al Tribunal del deber de interpretarlo del modo que resulte más ajustado al sentido institucional, y con arreglo al debido desarrollo del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la CE tal y como antes quedó interpretado en su manifestación de acceso al recurso. Por ello, ha de entenderse con interpretación finalista, que la exigencia indicada del artículo 874 de la propia ordenanza procesal, de exponer los fundamentos del recurso en “párrafos numerados” se halla inequívocamente al servicio de alcanzar “la mayor concisión y claridad” en la formulación de la pretensión, que es precisamente la razón “ratio” de la misma, para facilitar la valoración y decisión de los motivos de impugnación de la Sentencia; y esta finalidad de claridad que da sentido y al que se dirige la norma, al precisar el contenido del escrito de interposición, es la que debe nutrir el criterio para determinar la gravedad y efectos de la falta de cumplimiento, o del cumplimiento menos pleno o irregular de la exigencia formal. De todo lo que se deriva que la inobservancia del cumplimiento de dicha exigencia —que en principio debe acatar y guardar el recurrente—, por sí sola, no puede conducir a la inadmisión del recurso si concurren los demás requisitos de procedibilidad necesarios que exige la formulación debida del recurso de casación, pudiendo operar en su caso, la subsanación, salvo el supuesto límite en que se omita toda fundamentación particularizada y el escrito carezca de la esencial y necesaria claridad en su exposición, pues si la precisión existe en su formulación y se individualiza comprensiblemente al contenido de los diversos motivos expuestos, el interés general y el orden público procesal se habrán cumplido, no pudiéndose en tal supuesto

utilizar interpretaciones basadas en un rigorismo formal excesivo y enervante, que violen el principio "pro actione", y que impongan la desorbitada y dura consecuencia de la inadmisión del recurso en el ámbito penal con agravio cierto para el condenado, que quebranta, sin razón atendible, el derecho al recurso para conseguir una decisión revisora del fondo debatido, que puede beneficiarle hipotéticamente.

(Sentencia de 8 de octubre de 1985. R. A. 110/85.—"B. O. E." de 5 de noviembre de 1985.—Ponente: Angel Escudero del Corral.)

ARTÍCULOS 965 Y 7 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

Juicios de faltas. Principio acusatorio

En el procedimiento para el juicio sobre faltas no se requiere una declaración formal del carácter sospechoso de la autoría del delito como la que da lugar en el sumario al auto de procesamiento que prevé el artículo 384 de la L.E.Cr. Esto no afecta en lo más mínimo a la garantía de defensa en juicio establecida por el artículo 24 de la CE, ya que la citación como presunto culpable que se preceptúa en el artículo 962 de la L.E.Cr. es suficiente para hacer saber al imputado del procedimiento en su contra. En el caso concreto no sólo se dio cumplimiento a la citación en el carácter de denunciado, haciéndole saber de su derecho a presentar pruebas, sino que también se le hizo saber de este carácter en el juicio verbal, tal como lo acredita el acta del mismo. En consecuencia, no es posible admitir que quien fue citado como denunciado, compareció en el juicio verbal como tal y fue acusado por el perjudicado sólo haya sido testigo en el juicio de faltas. Sobre todo si, además, como consta en el acta del juicio verbal, fue oído su abogado con carácter de defensor.

Bajo tales condiciones se debe admitir respecto al mismo una lesión del derecho de defensa constitucionalmente relevante, pues la condena de una persona que no ha sido acusada es incompatible con un proceso con todas las garantías. En este sentido, la Sentencia núm. 54/1985, de 18 de abril ("Boletín Oficial del Estado" supl. al núm. 119 de mayo de 1985), ha puesto de manifiesto que el juicio de faltas se rige fundamentalmente por el principio acusatorio y que las infracciones de este principio tienen relevancia constitucional, toda vez que un proceso con todas las garantías en el sentido del artículo 24 de la CE requiere "que exista una acusación, dentro del peculiar sistema procesal penal". Sin tal acusación, por lo tanto, no es posible la condena, pues ello violaría tanto el derecho a la defensa del artículo 24, núm. 1, de la CE, como la exigencia de un proceso con todas las garantías del artículo 24, núm. 2, de la CE.

(Sentencia de 4 de octubre de 1985. R. A. 262/85.—"B. O. E." de 5 de noviembre de 1985.—Ponente: Manuel Díez de Velasco Vallejo.)

V) LEYES ESPECIALES**CODIGO DE JUSTICIA MILITAR**

ARTÍCULOS 13.1 Y 14 L.O. 9/1986, DE 6 DE NOVIEMBRE, DE REFORMA DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR

Para otorgar efectividad a esta doctrina en el caso concreto, ha de ponderarse el alcance de la inadmisión del recurso de casación preparado por el condenado y decretado por la autoridad militar, apoyada en los argumentos establecidos en el dictamen del Auditor, y asumidos por el Capitán General de la Primera Región Militar, de un lado, por invocarse equivocadamente en el escrito que lo preparaba el artículo 14 de la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, cuando el precepto aplicable era el 13 de la propia Ley, y de otro, por no poder realizar dicha autoridad una aplicación analógica del artículo 14 citado de la interpretación de la Sentencia del Tribunal Constitucional —se refiere a la número 76/1982, de 14 de diciembre—, por pertenecer al órgano constitucional esa interpretación en exclusiva.

Es cierto que la defensa del condenado, en el escrito de preparación del recurso de casación que presentó al Capitán General, citó para apoyar su procedencia el artículo 14 referido, e incluso estimó que correspondía conocer del mismo a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, pero estas apreciaciones eran indudablemente equivocadas, porque la Sentencia recurrida no procedía del Consejo Supremo de Justicia Militar, como exige dicha norma para otorgar el indicado recurso ante la Sala precisada, sino que emanaba de un Consejo de Guerra, en cuyo supuesto resultaba aplicable el artículo 13 y el órgano que debía conocer de él era dicho Consejo Supremo. Pero este error pudo y debió ser estimado, no como un formalismo enervante e insuperable, atribuyéndolo a un incumplimiento procesal esencial y grave, haciendo uso de una interpretación harto restrictiva y contraria al derecho constitucional que concede la tutela judicial efectiva, y a la finalidad protegible de conocer del fondo del recurso casacional penal, para cumplir el buen fin de todo proceso, declarando la inadmisibilidad del mismo, sino que debió valorarse como de escaso alcance, por constituir una mera irregularidad instrumental de condición menor al ser ínfima, y que ni siquiera requería de una subsanación impulsada de oficio, ya que era evidente la voluntad de recurrir en casación contra la Sentencia condenatoria por el agraviado, y esa voluntad resultaba prevalente y atendible, sin cortapisas imbuidas en rigor formal, debiéndose de admitir el recurso, por encima de una mera equivocación en la cita de una norma, de la que eran conscientes el auditor y el Capitán General, por así expresarse en su dictamen y acuerdo, con sólo aplicar el cambio del punto de vista jurídico, que corresponde como deber ejercitar a los Jueces y autoridades con capacidad de decidir, que se consagra en los conocidos principios procesales, *iura novit curia* y *das mihi factum dabo tibi ius*, consiguiéndose la finalidad perseguida, y aplicando como ambos reconocían los efectos permitidos en pro del recurso del artículo 13 tan repetido, por lo que al no actuar de dicha ma-

nera, resulta necesario en este sentido acoger la pretensión de amparo, acordándose admitir el recurso rechazado, por lesionar el artículo 24.1 de la CE, tal como resulta interpretado por la doctrina expuesta de este Tribunal.

Con posterioridad a la iniciación del proceso de amparo, en la Sentencia de este Tribunal 27/1985, de 26 de febrero, se consideró estar en un supuesto de condena inferior a tres años de privación de libertad decretada por un Consejo de Guerra, y en el que el Capitán General de la Quinta Región Militar, formuló cuestión de inconstitucionalidad para delimitar, si la prohibición del artículo 13.1 de la Ley 9/1980 hacía de entablar recurso de casación ante el CSJM, era contraria al artículo 24 de la CE, estableciendo, en síntesis, la doctrina, de tratarse de un supuesto sustancialmente idéntico al de la Sentencia ya referida 76/1982, de 14 de diciembre, por tener contenido análogo el artículo 14 en ella examinado al 13.1 que se cuestiona, al tratarse en ambos supuestos de otorgar al Ministerio Fiscal la posibilidad de recurrir en casación, cualquiera que fuera el alcance de las penas impuestas por los Consejos de Guerra o por el CSJM, y no permitiéndolo a las demás partes, cuando las penas privativas de libertad no excedieran en su duración de tres años, estimando la indicada Sentencia 27/1985 que la garantía procesal de recurrir en casación no permitía la desigualdad ni la indefensión según el artículo 24 de la CE, debiendo tener todas las partes en el proceso penal las mismas posibilidades de recurrir, por lo que extendió la declaración de inconstitucionalidad a todas las limitaciones del artículo 13.1, quedando redactado. Que "contra las Sentencias de los Consejos de Guerra podrá interponerse recurso de casación ante la Justicia Militar, por el Ministerio Fiscal Jurídico Militar, y por quienes hubieran sido condenados en la Sentencia", sin oponer límites algunos que lo impedirían.

Es evidente, después de dicha declaración de inconstitucionalidad del artículo 13.1, que en el caso de examen, necesariamente ha de aceptarse la nulidad pedida del acuerdo recurrido, en cuanto denegó el recurso de casación interpuesto, que deberá admitirse para plantearlo ante el CSJM, ya que aquella declaración surgida en el curso del proceso afecta a la decisión de éste en el momento de la decisión, al no poderse aplicar una norma en la parte declarada inconstitucional, en un supuesto sustancialmente igual al que motivó la decisión de la cuestión de inconstitucionalidad resuelta por la Sentencia 27/1985.

A dicha nulidad ha de agregarse, para cumplir lo dispuesto en el artículo 55.2 de la LOTC, el reconocimiento al actor del derecho vulnerado, y la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a tan referido acuerdo objeto del recurso de amparo.

(Sentencia de 18 de octubre de 1985. R. A. 631/84.—"B. O. E." de 8 de noviembre 1985.—Ponente: Angel Escudero del Corral.)

ARTÍCULO 245

Suspensión de condena

En el caso que juzgamos ahora, la denegación del beneficio de la suspensión de condena se siguió, como queda dicho, del mandato pre-

sente en el segundo párrafo del artículo 245 del CSJM, considerado aplicable al demandante por el órgano que le juzgó y por aquellos que ulteriormente conocieron de sus recursos. Al distinguir entre quienes pertenecan a los Ejércitos o estén a ellos, agregados y los demás condenados por Sentencia de un órgano jurisdiccional militar, esta disposición de Ley y las resoluciones adoptadas en su virtud no pueden decirse lesivas del principio declarado en el artículo 14 de la norma fundamental, porque, frente a lo que la demanda se pretende, no estamos ante una distinción carente de toda razón objetiva atendiendo el carácter de la disposición misma y las condiciones propias, apreciadas aquí por el legislador, de la jurisdicción castrense. Como se le hizo saber al hoy demandante en el Auto de 11 de abril de 1985, del Consejo Supremo de Justicia Militar, y según ha expuesto también en sus alegaciones el Ministerio Fiscal, la jurisdicción militar (art. 117.5 de la Constitución) no puede organizarse sin tener en cuenta determinadas peculiaridades que originan diferencias tanto sustantivas como procesales, que, si dispuestas en el respeto a las garantías del justiciable y del condenado previstas en la Constitución, no resultarán contradictorias con su artículo 14 cuando respondan a la naturaleza propia de la institución militar. Estas peculiaridades del Derecho Penal y procesal militar resultan genéricamente, como se declaró en la Sentencia 97/1985, de 29 de julio (fundamento jurídico 4.º), de la organización profundamente jerarquizada del Ejército, en el que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados a la institución por el artículo 8 de la Constitución. En el supuesto que ahora consideramos, la inaplicabilidad del beneficio de suspensión de condena a los militares y a los agregados a los Ejércitos se orienta, de modo manifiesto, a preservar y reforzar, mediante una mayor severidad para con el condenado, aquellas exigencias específicas de unidad y disciplina, respondiendo este trato de desfavor a la diferente incidencia y daño que la comisión del ilícito habrá de causar en la integridad de la institución según que quien lo haya perpetrado esté o no en ella integrado. El fin así procurado por la norma, y la delimitación personal que al mismo se liga, no aparece desprovisto de razón suficiente, no siendo apreciable, por ello, la discriminación que se dice producida con la aplicación de esta norma y debiéndose, así, denegar el amparo impetrado con esta motivación.

(Sentencia de 19 de diciembre de 1985. R. A. 615/85.—“B. O. E.” de 15 de enero de 1986.—Ponente: Francisco Rubio Llorente.)

LEY DE PELIGROSIDAD Y REHABILITACION SOCIAL

ARTÍCULO 2.8

V. Sentencia de 27 de noviembre de 1985 sobre *principio “non bis in idem” y presunción de inocencia.*—Artículos 24.2 y 25 CE.

Jurisprudencia Penal

LUIS FELIPE RUIZ ANTON
Universidad Complutense. Madrid

Artículo 1. Relación de causalidad. Cursos causales no verificables.

«2.º El análisis de la existencia de la relación causal debe realizarse, sin invadir por supuesto la soberanía sobre valoración probatoria que al tribunal sentenciador de instancia confiere el citado artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, partiendo de que este derecho fundamental a la presunción de inocencia (por lo demás, no muy fácilmente encuadrable en ninguno de los dos grupos de la tradicional clasificación bimembre de derechos activos y reaccionales) exige, para enervar la verdad interina, en cuanto desvirtuable por prueba de culpabilidad, que supone la existencia de una prueba de cargo que revista las condiciones, como reiteradamente tiene declarado esta Sala, de suficiencia y regularidad procesal de obtención aptitud y corrección formal que no se detienen siempre en la existencia de una prueba directa, pues ello frecuentemente resulta imposible, y así sucede en los delitos que, como el incendio, ostentan la naturaleza de encuadrarse en los denominados «de resultado», dentro de cuya categoría la causación funciona como característica abstracta del tipo penal, y en los que la demostración o creditamiento no puede muchas veces ofrecer la certeza, predicable y exigible en el campo científico-natural, pues la prueba decisiva para el enjuiciamiento penal se obtiene cuando el juzgador, tras la total celebración del proceso, está realmente convencido de la existencia de los hechos precisados de prueba de acuerdo con las exigencias racionales y lógicas de las ciencias del espíritu, dentro de las que se inserta la reconstrucción historiográfica, en cuya área resulta impensable la adquisición de una Seguridad excluyente de toda duda; lo que determina que la demostración propia del Derecho sea distinta a la demostración científico-natural, en tanto no supone una certeza matemática y una verificabilidad excluyente de la posibilidad de lo contrario, sino, simplemente la obtención de una certidumbre subjetiva, como por lo demás, ya se declaró en similares términos por esta Sala en la S. de 29 de enero de 1983.

3.º El enlace lógico entre las necesarias exigencias de que exista una prueba suficiente de cargo y las congénitas carencias propias de la recons-

trucción histórica, casi nunca reproducible por elementos probatorios directos, halla su correcta sede, cuando se trata, como en este caso, de lo que reciente y autorizada doctrina científica ha denominado «cursos causales no verificables» (es decir, aquellas hipótesis en que la causalidad posible existente entre dos hechos: un comportamiento humano en forma de acción u omisión y la ocurrencia de un resultado lesivo o dañoso, no sea susceptible de demostración científico-natural), no puede ser otra que la derivada de la prueba indirecta o de presunciones con arreglo a las normas contenidas en los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil; pues su aplicación al proceso penal no contradice ni vulnera el expresado derecho fundamental a la presunción de inocencia, ya que, como señala la reciente S. del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 1985, dicho derecho puede ser enervado por prueba indiciaria siempre que se esté en presencia de una actividad probatoria que conduzca racionalmente a dar por ciertos unos hechos determinados incriminatorios para el acusado que no sean simples sospechas o datos de los que no se desprenda otra cosa que vicios o apariencias más o menos acusadoras de que una persona ha cometido un delito; por lo que dentro del área o ámbito de la presunción de inocencia indicada se debe concluir que es prueba apta y suficiente para enervarla la que en forma directa conduzca, a la luz del ya citado artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la obtención de la nota de probabilidad propia, según lo expuesto, del conocimiento ordinario de las ciencias del espíritu; con deducción que muestre, conforme a la norma citada, como la racional y lógica deducción dentro de tales parámetros epistemológicos». (S. T. S. de 12 de mayo de 1986.)

Artículo 1. El delito culposo no exige un arranque lícito.

«Esto, no obstante, en fechas posteriores, la doctrina científica subrayó que, el Código Penal, no exigía, en las infracciones culposas, que el acto fuera ilícito, deviniendo insostenible la tesis versarista tan pronto se introdujo en el Código Penal, tras la reforma de 8 de abril de 1967, el párrafo segundo del artículo 340 bis a), el cual presupone un resultado lesivo producido por un comportamiento que ya «prima facie» constituía no sólo acto ilícito sino conducta punible; por estas y otras diversas razones, este Tribunal, admite actualmente la posibilidad de incriminar conductas culposas, aunque el punto de arranque de las mismas hubiera sido ilícito, si bien, para ello, es preciso que haya un distanciamiento, desconexión o disociación entre el acto inicial y el resultado antijurídico, el cual sólo puede reprocharse, al agente a título de culpa y no al de dolo, o que, entre, la intención del agente y el resultado, esto es, entre lo que deseaba perpetrar y perpetró lo que no quería ejecutar y ejecutó, haya una diferencia realmente abismal que no permita siquiera construir una tesis de preterintencionalidad criminal». (S. T. S. de 29 de abril de 1986.)

Artículo 4. Provocación a delinquir. La incitación personal y directa se acepta de forma fingida. No hay inducción fracasada —impune—, sino provocación a delinquir.

«1. En el relato fáctico de la sentencia recurrida se parte de la resolución de voluntad del procesado y recurrente F. de acabar con la vida de A. de 75 años de edad, que había recogido de niña a su esposa, criándola y considerándola cual de si una hija se tratará —concibió la firme idea de privar de la vida a la expresada A., se dice en aquél—, a cuyo fin entró en contacto con los restantes inculpados y algún otro no identificado, «participando su formal y decidido propósito», iniciando sus conversaciones pidiendo al procesado que no compareció a juicio que «le pusiera en contacto con alguien que mediante dinero realizase sus deseos»; siendo más tarde, una vez reclutados los individuos que se mencionan, cuando éstos, «sin estar en su ánimo matar a persona alguna», dado que «el único propósito de los mismos era sacar el dinero que pudieran», fingiendo aceptar la idea sugerida por F., obtuvieron de él la suma pecuniaria exigida. La sentencia de instancia califica los hechos, respecto de F., como constitutivos de un delito de **proposición** al asesinato del artículo 406, número 2, en relación con el 4.º y 52 del Código Penal. Calificación no acertada en cuanto que la proposición viene caracterizada por la resolución firme del proponente de llevar a término una infracción delictiva animado del propósito de intervenir directa y personalmente en su ejecución, si bien busca una coadyuvancia para la material realización y a tal fin «invita» a otra u otras personas a que colaboren en la plasmación del proyecto; circunstancias ausentes en el supuesto contemplado en que F., absolutamente decidido a la consecución de su programa homicida, pretende que se haga realidad merced a la instrumentación de unos sicarios concertados dispuestos a cumplimentar sus instrucciones.

2. La actuación del encausado impugnante deviene incardinable en la tercera de las hipótesis contempladas por el artículo 4.º del Código Penal como constitutivas de actos preparatorios, antesala o prolegómeno del primer escalón material del «iter criminis», cuya punibilidad viene fundada en razones de política criminal encaminada a la erradicación del delito y a la acentuación de la defensa social frente a quienes, resueltos a la consumación de sus planes criminales, tratan de extender su esfera influenciante para la mejor o más segura efectivización de aquéllos. Pudiendo señalarse como caracteres o elementos definidores de la **provocación** los siguientes:

- a) incitación para la ejecución de un hecho previsto en la ley como delito
- b) ha de tratarse de uno o de varios delitos concretos, no bastando con una actuación estimulante vaga o generalizada en orden a delinquir;
- c) percepción por el destinatario de las palabras o medios excitantes, con independencia de su eficacia, es decir, de que hayan o no logrado la finalidad propuesta de decidir al sujeto receptor a la perpetración del hecho criminal;
- d) la incitación instrumentada ha de ser de **posible** eficacia, es decir, que pueda reconocérsele virtualidad suasoria y de convencimiento, pero sin exigírsele un eco o reflejo de real eficacia, una fuerza suficiente y absoluta

para sojuzgar y determinar la voluntad del provocado. Surgiendo, pues, de modo fácilmente perceptible las notas diferenciales entre la proposición y la provocación, a las que se refiere la sentencia de esta Sala de 8 de febrero de 1980, diciendo que la diferencia entre uno y otro concepto radica o estriba en que en la proposición, el agente, que ha resuelto cometer, material y personalmente, un delito trata de sumar a sus propósitos a otra u otras personas, constituyendo con ellas un consorcio criminal o hipótesis de code-lincuencia, mientras que, en la provocación, el provocador no está resuelto a ser ejecutor del delito, a cuya perpetración incita, ni pretende que dicha perpetración sea conjunta, sino que se limita al intento de determinar a otro u otros a la ejecución de un hecho punible, pero sin que él haya de tomar parte, directa y materialmente, en la misma.

3. La provocación no ha de ser confundida con la inducción que, con rango de autoría, se menciona en el artículo 14, 2.º, del texto sustantivo penal. Esta última exige, con carácter necesario, una incitación directa proyectada sobre el ejecutor material, instigación de fuerza o eficacia intrínseca capaz, por sí misma, de suscitar en el sujeto que la recibe la resolución de llevar a término el hecho criminal, ofreciéndose, en suma, como **conditio sine qua non** de la ejecución del hecho, al detectarse como causal y determinante el influjo psíquico ejercido sobre el autor material; y, desde luego, la inducción implica que la persona influida o instigada, además de adoptar la resolución ejecutiva del hecho antijurídico, entre en la fase realizadora del mismo, cualquiera que sea el grado alcanzado en ella. Sentadas las bases definidoras o delimitadoras de la provocación y de la inducción, las mismas perduran pese a la ulterior consumación del delito sugerido; si bien en el orden práctico y a tenor del último inciso del postrer párrafo del artículo 4.º, al haber de castigarse como inducción la provocación seguida de perpetración, las diferencias acusadas no tienen traducción en el orden penológico». (S. T. S. de 21 de marzo de 1986.)

Artículo 6 bis a). Error de prohibición invencible que excluye el dolo y la culpa del comportamiento.

«3. Es doctrina de esta Sala declarada en numerosas sentencias, la de que el hecho de usurpar la firma ajena en documento destinado al tráfico mercantil, aunque para ello se cuente con el consentimiento de la persona titular de la firma es un hecho penalmente antijurídico, pues la firma es el signo personal intrasmisible que al contener el nombre y apellido de una persona sólo puede ser utilizado por él, ahora bien, es cosa perfectamente posible entre gentes de escasa cultura —como dice la sentencia de 28 de febrero de 1973—, que ignoren el verdadero sentido del mandato representativo o poder para actuar en nombre ajeno, creyendo que a ella equivale la estampación de la misma firma del verbal poderdante, en cuyo caso desaparecería el dolo por falta de uno de sus elementos intelectuales, que exige el conocimiento de la significación antijurídica del hecho desplazado por el llamado error de prohibición hoy regulado en el artículo 6.º

bis a) del Código Penal é introducido en el mismo por la última reforma de 25 de junio de 1983, y en el caso enjuiciado concurren una serie de circunstancias tan idénticas a las narradas, y aumentadas por la razón de que el querrellado era la persona a quien correspondía el cobro de la cantidad a que se refería el libramiento en el que se estampó la firma usurpada, como cultivador directo de la finca, la falta de perjuicio para persona alguna, la autorización del propietario de la finca, de 88 años de edad, a la que el hecho no le ocasionaba perjuicio alguno, todas estas circunstancias concurrentes, objetivas y subjetivas, nos pone de manifiesto la existencia del error de prohibición y por consiguiente la aplicación del párrafo 1.º del citado artículo 6.º bis a) antes citado, lo que conduce a la desestimación de este motivo del recurso.» (S. T. S. de 15 de marzo de 1986.)

Artículo 6 bis b). Caso fortuito. Está inspirado en la teoría de la condición, corregida con el pensamiento de la imputación objetiva.

«En la redacción del artículo 6 bis, b), del Código, al conjuntar los términos «causare» y «mero accidente» late el acogimiento en el terreno causal de la teoría de la condición, con el correctivo de la más moderna de la imputación objetiva, al ligar lesión causada con el actuar humano siempre que éste haya sido propiamente originador del peligro que el orden jurídico desaprueba y, en definitiva, por sí mismo o por su resultancia, sanciona de modo adecuado; teoría de la imputación objetiva que esta Sala acogió en sus sentencias de 20 de mayo de 1981 y 5 de abril de 1983, desvinculado el resultado de la conducta del agente siempre que, patentes la previsión y el cuidado debidos, aquél surja por circunstancias extrañas, inspiradas, que escapen al control humano. Supuesto éste que no es el que nos ocupa sentado, como ha sido, la actuación culposa del agente, y en grado de temeraria cual se aprecia, ocasionándose el disparo de la escopeta como consecuencia perfectamente previsible del uso desidioso, incontrolado, inexigido y burdo, del arma en cuestión, en condiciones reveladoras de la escasa sensibilidad espiritual del sujeto y del fallo y conculcación de elementales medidas de cuidado y atención. Lo fortuito —como ha puesto de relieve la sentencia de 6 de octubre de 1984— es, esencialmente y a los efectos legales, todo cuanto no puede preverse, todo cuanto comparte la pura y simple negación del dolo o de la culpa, todo cuanto, en fin, implique la ejecución de una acción con la debida diligencia. Imponiéndose, pues, la desestimación de motivo aducido». (S. T. S. de 22 de abril de 1986.)

Artículo 9, 1.º Circunstancia atenuante incompleta de miedo insuperable.

«1. Importa observar que pese a ciertas sentencias de este Tribunal que niegan la posibilidad de estimar el número 1.º del artículo 9 del Código Penal en relación a la circunstancia de miedo insuperable, no existe reparo alguno en admitir la indicada eximente en su modalidad de incompleta como ha venido haciendo la reciente o más próxima doctrina jurisdic-

cial; aquéllas sentencias habían tenido su razón de ser en la consideración de que la mencionada atenuación no cabía en las eximentes en cuya regulación el Código había prescindido de enumerar sus requisitos. Lo esencial para la eximente completa o incompleta es la existencia de miedo o temor, como específico fenómeno de la vida afectiva que altera o trastorna las normales facultades del psiquismo, y si el miedo «insuperable» no concurre en toda su plenitud, aunque sí lo suficiente para mermar considerablemente la capacidad electiva del sujeto, o si el mal conminado, que ha de ser real para excluir las hipótesis del miedo putativo, «es menor que el causado», siempre grave para que no falte lo esencial de la figura, puede entonces surgir la atenuante de efectos penológicos privilegiados del artículo 9.1.º del Texto penal.

No se puede poner en duda, reiterando las condiciones de la sentencia de instancia, que las relaciones tensas entre los protagonistas del suceso, y la personalidad irascible y agresiva de la víctima unida a su corpulencia física, determinó en el acusado una situación de grave alarma cuando en la soledad del paraje donde practicaba su afición cinegética le increpó con frase insultante y de cruel menosprecio recriminándole el hecho de haber ido a la cárcel por su culpa, y dicha situación de alarma se tornó en angustiosa cuando volvía a los pocos instantes frente al acusado blandiendo un palo de buenas dimensiones aproximándose paulatinamente y amenazadoramente al mismo tiempo que anunciaba el propósito de quitarle la escopeta, momento en que el acusado, dominado por el temor por el peligro real y grave que se cernía sobre su persona, hizo dos disparos con el arma de caza que portaba, ocasionándole la muerte instantánea. Es obvio, por tanto, que de la situación intimidatoria creada por la víctima nació un angustioso estado psicológico del que se derivó la reacción violenta del acusado que no fue totalmente invencible o insuperable y de ahí la correcta aplicación de la eximente incompleta por parte de la sentencia impugnada, conclusión que conduce a la desestimación del primer motivo interpuesto». (S. T. S. de 31 de marzo de 1986.)

Artículo 9, 10.ª Atenuante por analogía: no puede exigirse una similitud absoluta.

«5. La circunstancia 10.ª del artículo 9 del Código Penal recoge las denominadas atenuantes por analogía, habiendo determinado la doctrina de esta Sala, últimamente, en un avance sobre su aplicación, que el requisito de análoga significación no puede exigirse en el sentido de similitud absoluta con la atenuante específica, pues equivaldría a hacer inoperante este precepto (Sentencia de 27 de marzo de 1985). De los hechos probados se deriva, con claridad, que el procesado reintegró la totalidad de la cantidad objeto del delito (647.789 pesetas) unos días después de incoado el correspondiente sumario (1.º de marzo de 1983 reintegró y la iniciación del sumario fue el 24 de febrero del mismo año), lo que permite apreciar la atenuante de analogía en relación con el arrepentimiento, por haber reparado íntegramente los efectos del delito por móviles que implican cierto arrepentimiento».

to; aunque no pueda apreciarse como muy cualificada, debido a que la sustracción la llevó a efecto el 29 de noviembre de 1981, es decir, con bastante anterioridad a la acción de la reparación, lo que da lugar a que la pena de prisión mayor en su grado mínimo sería la correspondiente, conforme al número 1.º del artículo 61 del Código Penal, que ha sido aplicada por el Tribunal de instancia, de acuerdo con el número 4 del citado artículo y ello da lugar, en virtud del principio de pena justificada, que, aunque técnicamente se considere la infracción legal, el motivo debe desestimarse». (S. T. S. de 25 de junio de 1986.)

Artículo 14, 2.º. Inducción. El autor es absuelto al concurrir en él un error de prohibición invencible. Aplicación del pensamiento de la accesoriidad limitada: hecho principal típico y antijurídico.

«2. A primera vista puede resultar sorprendente y anómalo, como resalta el impugnante, que sea castigado, como inductor, un acusado, mientras que, aquél al que se imputaba el delito como autor plenario, sea absuelto, produciéndose la aparente paradoja y hasta antítesis de la punición de la inducción a la comisión de una conducta impune. Sin embargo, adentrándose en la cuestión, o, al menos, en su estudio, pronto se percibe la falacia y la inexactitud del argumento, pues ya es sabido que no puede haber participación en un delito inexistente, pero que, a pesar de ello, se puede participar en comportamiento ajeno con tal de que éste reúna determinados requisitos estructurales de la infracción de que se trate. En efecto, con arreglo a la teoría de la accesoriidad **máxima**, sólo puede haber participación cuando el comportamiento del autor plenario reúne los requisitos de acción, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad; de acuerdo con la teoría de la accesoriidad **media**, el hecho en el que se participa ha de reunir, al menos, las notas de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, aunque no sea punible; y, finalmente, la teoría de la accesoriidad **mínima**, se conforma con la concurrencia de acción, tipicidad y antijuricidad, aunque el autor plenario no sea imputable o concorra una causa excluyente de la culpabilidad —para él— o una excusa absolutoria. En el Código penal español, en el último párrafo del artículo 564 se sigue el criterio de la accesoriidad media y, en el artículo 546 bis f) del mismo, el de la accesoriidad mínima, predominando, este último, en la doctrina y en la jurisprudencia, las cuales admiten participación en hecho ejecutado por autor plenario, con tal de que ese hecho al menos sea antijurídico además de típico.

3. En el caso de autos, hubo una autora material y un autor moral o inductor, pero como, aquélla, fue absuelta no porque su comportamiento fuera conforme a Derecho, sino porque había incurrido en error invencible de prohibición y con la convicción de que su comportamiento era lícito y permitido por la Ley, es indiscutible que, dicho comportamiento, sin dejar de ser típico y antijurídico no le fue imputable ni a título de dolo ni al de culpa, con lo cual si, para ella, el hecho debía quedar impune, no sucede así para el que, maliciosamente y abusando de su condición de letrado y de los conocimientos jurídicos que le suponían, la indujo o instigó a obrar

de antijurídico modo. Procediendo, a virtud de lo expuesto y a la vista de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 6 bis a) del Código Penal la desestimación del primer motivo admitido del presente recurso, basado en el artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 399 del Código Penal». (S. T. S. de 4 de julio de 1986.)

Artículo 119. Concepto de autoridad.

«4 El motivo 4.º se interpone por infracción de Ley del artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 231-2.º y 232 del Código Penal, en relación con el artículo 119, párrafo 1.º, del mismo Código. Según el recurrente, el señor D. S., a pesar de ser Diputado del Congreso ni era autoridad ni actuaba dentro de sus funciones ni con ocasión de ellas. Es motivo que debe ser desestimado porque: A) Fuera del texto del artículo 119 dicho, no es fácil encontrar otro precepto que defina lo que es autoridad, incluso en el derecho administrativo se echa en falta el concepto. En la Enciclopedia de Derecho y Administración se define la autoridad como «Facultad legítima ya de establecer, de prescribir, o de reducir a ejecución cuanto concierna, total o parcialmente, a la organización, conservación y régimen del Estado». El dictamen del Consejo de Estado de 26 de enero de 1961, aunque «obiter dictum» dice que es autoridad «quienes tienen atribuciones para dictar normas y tomar resoluciones. Cuando se trata de Colegios la autoridad hay que predicarla de ellos mismos y de sus miembros». Con este antecedente la doctrina legal vincula el concepto de autoridad al ejercicio de un poder, sea el legislativo, ejecutivo o judicial (Sentencias de 23 de mayo de 1933, 5 de junio de 1965, 20 de noviembre de 1963) y por otra parte nuestra Constitución, artículo 66-2 dice que las Cortes Generales tienen la potestad legislativa. B) A mayor abundamiento la lectura de los Reglamentos provisional y definitivo de las Cortes acredita que dentro de sus facultades o funciones aparecen resoluciones que implican mando: pueden pedir y los organismos administrativos cumplimentar la remisión de datos, informes y expedientes las comisiones de investigación pueden ordenar la presencia de cualquier persona ante el Congreso (artículo 76-2 de la Constitución); autorizan al Gobierno para celebrar referendum consultivo; propone los nombramientos de Vocales del Consejo General del Poder Judicial y Magistrados del Tribunal Constitucional; aprueba los Presupuestos Generales del Estado, que llevan no sólo declaraciones de derechos y deberes, sino también mandatos para su recta aplicación. C) Si el artículo 71 de la Constitución concede a los parlamentarios privilegios tan excepcionales como la inmunidad y la inviolabilidad, no sería lógico carecieran sus personas de la protección jurídica que proporciona la Ley Penal cuando son sujeto pasivo de ciertos delitos. D) Lo mismo la Ley que la jurisprudencia han sido liberales y generosos en la concesión de la cualidad de autoridad; como cumplidores de la exigencia de ejercer jurisdicción ha considerado autoridades a todos los miembros pertenecientes a la organización jerárquica judicial desde los cargos más altos a los antiguos jueces Municipales y de Paz, y expresa-

mente por disposición legal o reglamentaria, a los Notarios, por su Reglamento de 2 de junio de 1944, Inspectores de Trabajo (Reglamento de 13 de julio de 1940), Inspectores y Directores del Cuerpo de Prisiones (Orden de 24 de febrero de 1956), etc., y la Jurisprudencia a los Ministros (Sentencia de 29 de julio de 1907), Presidentes de Comisiones Gestoras (Sentencia de 23 de mayo de 1933), Alcaldes tanto en propiedad como accidentales (Sentencias de 11 de enero 1894 y 12 de noviembre de 1896 y muchísimas más), Concejalés (Sentencia de 2 de julio de 1909), Delegados de Hacienda (Sentencia de 16 de enero de 1901), los Curas Párrocos según la antigua legislación (Sentencia de 14 de enero de 1920), Catedráticos (Sentencia de 16 de noviembre de 1889), Presidente de Junta Electoral (Sentencia de 8 de mayo de 1911), Jefes Provinciales de Correos (Sentencia de 6 de noviembre de 1984). Con todos estos antecedentes sería insólito mantener que los Diputados a Cortes no son autoridad, cuando lo son los altos cargos de los poderes ejecutivo y judicial». (S. T. S. de 15 de febrero de 1986.)

Artículo 254. Tenencia ilícita de armas. El dolo debe captar la conciencia de la antijuridicidad.

«3. Esta figura de delito, como se ha dicho es de naturaleza eminentemente abstracta y formal: reclama no obstante, para su existencia, que el sujeto activo conozca la significación antijurídica de su conducta (sentencia 16 de junio de 1981 y otras muchas). Este conocimiento plantea con frecuencia el problema de error de derecho extrapenal, o de error de prohibición hoy recogido en el artículo 6.º bis a) del Código Penal después de la reforma de la Ley 8/1983, de 25 de junio, que puede llevar a la ausencia o inexistencia de culpabilidad. El delito de tenencia ilícita de armas al tipificarse la conducta con la necesidad de no poseer guía de pertenencia o licencia de uso o sólo esta última, implica un elemento normativo de naturaleza jurídica, por lo que el error sobre estos extremos puede originar exención de responsabilidad. En esta doctrina se apoya el recurrente para formular el tercer motivo de impugnación —también por infracción de la Ley del art. 849-1.º con invocación del art. 1.º del Código Penal, pero el conocimiento o desconocimiento de la prohibición hecho psicológico interno que debe manifestarse en hechos externos, que el recurrente no proporcionó en su día, mientras que el conocimiento de la ilicitud de la tenencia, se acredita por el hecho notorio de que en la sociedad española, dado el largo lapso de tiempo en que el legislador ha castigado este delito, no puede ser ignorada por nadie tal ilicitud». (S. T. S. de 21 de abril de 1986.)

Artículo 303 (en relación con el 302, 1.º y 2.º). Utilización de una tarjeta de crédito sustraída. Falsedad en documento mercantil. Posterior delito de estafa.

«Que tanto la tarjeta ajena utilizada, como los respectivos recibos de las operaciones suscritos, tienen carácter de documentos mercantiles y están comprendidos en el artículo 303 del Código Penal, al no contener este pre-

cepto una definición de aquéllos, ni una enumeración cerrada de ellos, habiendo declarado reiteradamente esta Sala, que deben entenderse como tales no sólo los regulados por el Código de Comercio o leyes mercantiles, sino todos cuantos sean expresión de una negociación comercial, sirvan para acreditar operaciones mercantiles o tengan validez y eficacia para hacer constar derechos y cancelar obligaciones de tal naturaleza (Sentencias de 20 de diciembre de 1960; 20 de enero de 1976, 2 de marzo y 2 de noviembre de 1979, 20 de mayo de 1982 y 10 de diciembre de 1983 entre otras). Siendo así que los procesados alteraron trascendentemente la verdad al presentarse como titulares de una tarjeta de compra a crédito sustraída a su legítima tenedora, a cuyo amparo realizaron dos operaciones comerciales, fingiendo la firma y rúbrica de aquélla y suponiendo en tales actos la intervención personal de la misma, es claro que cometieron como particulares el delito de falsedad previsto y penado en el artículo 303 citado, mediante las modalidades falsarias expresamente señaladas en los números 1.º y 2.º del artículo 302 del mismo cuerpo legal punitivo, sin que este tipo delictivo precise de lucro, ni persiga perjuicio patrimonial para tercero, al ser la seguridad del tráfico comercial comunitario el derecho protegido y quebrantado con la falsificación cometida, sin quedar privada de su propia sustantividad, ni mermada su autónoma entidad punible, porque la posterior finalidad de la misma, sea, el medio de obtener beneficios económicos los inculpados (Sentencias de 29 de abril de 1955, 30 de enero de 1958, 30 de abril de 1981, 24 de septiembre de 1982 y 14 de marzo y 21 de mayo de 1984); c) que admitida por los recurrentes la realidad de haber consumado una falta de estafa y un delito también de estafa, en grado de tentativa, el problema suscitado en el recurso de que estas infracciones penales asumieron la falsedad en documento mercantil asimismo imputado y estimado, es cuestión legalmente resuelta negativamente por el legislador al haber derogado y suprimido en el Código Penal de 1944 y en el vigente reformado, la antigua figura de la falsedad con lucro que preveía y sancionaba el artículo 323 del Código Penal de 1932, cuestión además reiteradamente abordada y dilucidada por la doctrina de esta Sala en el sentido de que la concurrencia de falsedad y estafa requiere la condena por ambos delitos al no ser incompatibles, ni subsidiarios, uno de otro, en concurso real conforme al artículo 69 del mentado Código, aunque uno sea medio necesario para la comisión del segundo, y esto, porque no se ejecutan con un sólo acto, sino que la actividad criminal se desarrolla a través de diversas infracciones independientes y sucesivas, sin constituir fases parciales y complementarias de un solo hecho, sino que los actos de falsificación tuvieron naturaleza, tipicidad y penalidad individual consumada y distinta de los que integraron la estafa, y consecuentemente han de ser estimados y sancionados por sí mismos, aunque los recurrentes obraran con el único designio, o propósito finalista, de lucrarse con la defraudación perseguida (Sentencias de 29 de abril de 1955, 30 de enero de 1958, 20 de diciembre de 1960, 2 de marzo de 1979, 13 de abril de 1981, 24 de septiembre de 1982, 31 de enero de 1983, 21 de mayo de 1984, y 11 y 15 de junio de 1985), lo que en definitiva conlleva a rechazar por improcedencia el motivo y recurso contemplado». (S. T. S. de 19 de junio de 1986.)

Artículo 319. Delito fiscal. Aplicación de la ley penal más favorable al haberse modificado la reguación de la materia. Non bis in idem.

«2. La estimación del recurso interpuesto, en nombre del Estado, por el señor Abogado del mismo, tropieza con dos obstáculos insuperables, que son los siguientes: 1.º) dada la retroactividad de las Leyes penales en lo que favorezca al reo, señalada, como principio de derecho, en el artículo 24 del Código Penal, toda conducta defraudatoria que no exceda de cinco millones de pesetas, deviene impune, lo que sucede, en este caso, el cual, con arreglo a la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, la cantidad dejada de abonar a la Hacienda pública mediante elusión fraudulenta, ascendió a **dos millones setecientas cincuenta mil y siete pesetas**, sin que se oponga a lo dicho el contenido del artículo 350 bis del Código Penal, ya que la acusación, tanto pública como privada, no se refirieron, para nada, a la aplicación de dicho precepto, suponiendo una ampliación del Título de imputación de absoluta inoperancia, puesto que, la conducta del supuesto infractor, fue muy anterior a la vigencia de la Ley de 29 de abril de 1985, la cual, ahora, no puede aplicarse sorpresivamente y en perjuicio del reo; 2.º la posibilidad de sancionar, una conducta, administrativamente y, más tarde, penalmente, o viceversa, se halla proscrita por la sentencia de 30 de mayo de 1981, dictada por el Tribunal Constitucional, en cuya sentencia se declaró que la Constitución, suprema rectora del ordenamiento jurídico, no sanciona favorablemente el principio de derecho «bis in idem», sino que, antes al contrario, el respaldado, por el ordenamiento constitucional, es el principio de Derecho «non bis in idem», el cual no permite, por unos mismos hechos, duplicar o multiplicar la sanción sea cualquiera la autoridad que primeramente la haya impuesto, caso que es el de autos, puesto que, la la Hacienda pública, ya impuso al presunto infractor, una sanción de un **millón trescientas setenta y cinco mil veintiocho pesetas**, procediendo, a virtud de todo lo expuesto, la desestimación del motivo único del recurso formulado por el Excmo. Sr. Abogado del Estado basado en el número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación del artículo 319 del Código Penal, tal como se hallaba redactado con anterioridad a la Ley Orgánica de 29 de abril de 1985». (S. T. S. de 12 de mayo de 1986; vid. también S. T. S. de 12 de marzo de 1986.)

Artículo 321. Intrusismo. No hay concurso con estafa si los honorarios percibidos se mantienen dentro de la cuantía habitual exigida por el legítimo profesional.

«2. En el tercer motivo del recurso, formulado al igual que los anteriores al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en el que se denuncia la indebida aplicación de los artículos 528 y 587 del Código Penal, combate el recurrente la sentencia recurrida por estimar ésta el concurso del delito de usurpación de calidad con el de estafa y condenarle por la comisión de ambos delitos, fundamentando el motivo de casación en que la percepción de cantidades por el intrusista es una condición

propia del delito de usurpación, que no puede extenderse a la vez al delito de estafa; tesis ésta del recurrente que es la seguida por esta Sala en repetidas sentencias, entre ellas, las de 24 de marzo de 1953, 14 de febrero de 1959 y 20 de diciembre de 1967, en las que se sienta la doctrina de que el cobro de honorarios, por indebidos que sean, por el usurpador de título oficial, sólo puede estimarse como uno de tantos actos propios del ejercicio de una facultad que constituye el delito definido en el artículo 321 del Código Penal, siempre que dicho cobro se mantenga dentro de los límites admisibles como lucro profesional de los que legalmente gocen del título facultativo que se atribuyó el intruso, y que esa circunstancia del pago de honorarios no puede extraerse para formar con ella el tipo penal de la estafa como delito aparte e independiente por estar subsumido en la usurpación de calidad que lleva implícito el engaño del que son víctimas quienes crédulamente acuden al que se finge profesional titulado y al ser el pago una consecuencia natural de su prestación no puede coexistir, derivados del mismo hecho, dos figuras delictivas incompatibles, prevista en los artículos 321 y 528 del Código Penal, intrusismo y estafa: doctrina ésta que aplicada al caso enjuiciado conduce a la estimación de este motivo del recurso; al no ser el cobro de honorarios percibidos por el intruso excesivos y mantenerse dentro de la cuantía o límites admisibles como lucro profesional, y estimar subsumido su cobro en el tipo penal definido en el artículo 321, lo que obliga a dictar segunda sentencia más ajustada y conforme a derecho». (S. T. S. de 7 de junio de 1986.)

Artículo 325 bis. Obstrucción de la justicia. No admite formas imperfectas de ejecución.

«1. El Capítulo primero del título IV del Libro II, del Código Penal, se enriqueció con la incorporación de unas nuevas figuras delictivas incorporadas en la reforma llevada a término por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, al adicionar el artículo 325 bis, reproducción del artículo 436 de la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal, y en directa conexión con el artículo 512 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980, que incluía entre los delitos contra la Administración de Justicia y bajo la rúbrica de «Obstrucción de la Justicia», los tipos que ahora aparecen incorporados al referido artículo 325 bis, con determinadas modificaciones. En todos ellos alienta la idea básica de protección a la libre Administración de Justicia, subordinada a la posibilidad y garantía de desarrollo de un proceso al que pueda llegarse merced al normal ejercicio de las facultades de denuncia o postulación, ausente, asimismo, de trabas, constricciones o condicionamientos, y en el que puedan confluír, sin violencias físicas o morales que las eliminen o desvíen, las aportaciones de cuantos, fuera de los que oficialmente integran o sirven al Tribunal, son llamados para hacer llegar al mismo sus experiencias o conocimientos fácticos, periciales o científicos, preservación que se busca también a posteriori, sancionando a quienes urdan represalias o venganzas contra aquellos promotores o colaboradores del proceso. Cifrándose el bien jurídico protegido por el precepto no sólo en el más elevado y conspicuo de la regular Administración de justicia, salvaguardando la posibilidad de plena

información del Tribunal para la más adecuada resolución en el fondo, así como el buen funcionamiento de los dispositivos procesales, sino, también, otros bienes privados tan preciados como la libertad, la vida, la integridad, seguridad o patrimonio de las personas, merced a cuyo atentado se busca o pretende alterar la marcha de la justicia.

2. El supuesto a que se provee en el párrafo primero del artículo 325 bis radica en el ejercicio de cualquier forma de violencia física o moral proyectada sobre las personas que se enumeran, entre ellas testigos, merced a cuya instrumentación se **intentare**, contando con el efecto paralizador o intimidatorio provocado, la consecución de alguno de los comportamientos neutralizadores, omisivos o desleales a que se alude. Hallándose, pues, como se ha resaltado, ante un delito de tendencia o actividad, en cuanto se propende, en lo concerniente al testigo, a obstruir su espontánea actitud de colaboración con el órgano judicial, tratando de disuadirle de su propósito de declaración, atendiendo la llamada judicial, o de desviarle de la línea de exactitud e imparcialidad que debè ser norma de cualquier aportación testimonial. La consumación de la infracción criminal se alcanza con la conducta desatadora de la **vis física** o merced al proferimiento de las amenazas o coacciones capaces de amedrentar al testigo y torcer su ánimo, sin precisarse la consecuencia del resultado propuesto por el autor, es decir, la abstención del auxilio procesal requerido o su prestación extraviada o infiel a la auténtica realidad de los hechos. La perfección delictiva se logra con el **intento** de que el sujeto pasivo de la infracción se amolde en su proceder a la sugerencia instigadora del infractor, con independencia del eco que despierte o produzca en el incitado y de la incidencia que todo ello tenga en el procedimiento judicial en marcha. De lo que se colige la imposibilidad de admisión de formas imperfectas de ejecución en el tipo penal que nos ocupa.

3. El único motivo de casación aducido, por infracción de Ley y buscando el cauce procesal del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce **vulneración**, por aplicación indebida, del artículo 325 bis, creyendo que de su contenido se deduce que para que este delito se consume es preciso que el testigo no llegue a declarar, celebrándose el juicio sin su presencia, lo que no ocurrió en el supuesto de autos al haberse suspendido el juicio por la incomparecencia de aquél, lo que supuso simplemente un retraso en el desarrollo del proceso, contándose con su ulterior declaración. Creencia errónea, según se ha dejado expuesto, al consumarse el delito del referido precepto con el hecho de **intentar** que el testigo no deponga o incline su versión fáctica en determinado sentido, máxime, cuando los procesados obtuvieron su propósito inmediato, ya que ante la amenaza proferida a A. D. G. de «causarle un gran mal físico si continuaba el viaje y declaraba ante el Juzgado», el conductor del automóvil y aquél cogieron miedo, volvieron a Pedrosillo, desistiendo de declarar», según se hace constar en el **factum** de la sentencia de instancia. La circunstancia de que el Juez suspendiera el juicio por considerar necesaria o importante la declaración del testigo en cuestión, es inoperante en orden a la perfección delictiva, lograda en el instante en que se profirieron las expresiones amenazantes de referencia y se

incitó al testigo a que desistiera de su propósito de atender la citación judicial recibida. Procediendo, pues, la desestimación del motivo aludido». (S. T. S. de 9 de mayo de 1986.)

Artículo 344. Tráfico de drogas. Delito de peligro abstracto —hipotético— que requiere la idoneidad potencial de la conducta para la creación de un riesgo al bien jurídico.

«1. Como se ha reiterado por la jurisprudencia de esta Sala al analizar el delito del artículo 344 del Código Penal, conforme a la redacción dada al mismo por la Ley Orgánica 8/1983, el delito que allí se tipifica es un fiel exponente de los denominados de peligro abstracto, lo que conlleva la exigencia de comprobar que la conducta era potencialmente idónea para la creación de un riesgo para el bien jurídico protegido, representado por la salud pública, y cuya aprehensión supone un análisis metódico de cada caso sometido a enjuiciamiento con el fin de comprobar si la tenencia o posesión de droga estaba unida al ánimo tendencial de propagarla o destinarla al tráfico, con lo que se llegó al predicado de que la conjunción de tales elementos provocaba siempre su punibilidad por el cauce del artículo 344 del Código penal, produciéndose así el que ha venido llamándose delito de consumación anticipada (sentencias de 22 de marzo, 19 y 23 de abril, 16 de octubre y 2, 7 y 21 de diciembre de 1982 y 15 de enero, 7, 10 y 18 de febrero y 16 de mayo de 1985 y 14 de marzo último).» (S. T. S. de 5 de junio de 1986.)

Artículo 344. Tráfico de drogas. Es posible apreciar la tentativa.

«4. El análisis de esta doctrina jurisprudencial, por encima de su aparente generalidad, se ha verificado partiendo del dato esclarecedor que ofrecen las sentencias de esta Sala de 17 y 30 de junio de 1982, cuando afirman que «no resultan **usualmente** admisibles las formas imperfectas de tentativa o frustración, si bien no cabe rechazar a priori toda hipótesis de tráfico de estupefacientes en grado de frustración o tentativa, **pero partiendo de** una citada base y **del hecho de que la simple tenencia de dichas sustancias con propósito de ulterior transmisión a otros llena por sí misma y de modo total las exigencias típicas del artículo 344**»; esclarecimiento que deriva del dato esencial de que el precepto incluye la posesión simple con fines de tráfico como comportamiento autónomo de consumación conforme a los artículos 3 y 49 del mismo Código sustantivo y que **no excluye por tanto la posibilidad de reputar existente las formas imperfectas de ejecución aisladas de la tenencia o posesión, como es el caso presente, prácticamente idéntico al resuelto por la tendencia de esta Sala de 4 de febrero de 1985, que declaró que «ciertamente la jurisprudencia de esta Sala ha sido renuente en el reconocimiento de formas imperfectas de ejecución, si bien no las ha excluido de forma inequívoca, quedando roto el tracto del delito imputado al ser detenidos en el portal del edificio donde se realizaba el tráfico, lo que permite llevar los hechos al área de la tentativa**»; doctrina que atiende en estos supuestos incluíbles en la zona fronteriza con la conspiración y los actos preparatorios

(Sentencias de 21 de marzo de 1985), a las exigencias del principio de legalidad (artículo 9.3 de la Constitución), del que la tipicidad es simple instrumento técnico-jurídico, y de la normativa civil sobre el contrato de compraventa y su consumación, pues aun siendo el mismo consensual, no puede en valoración normativa con trascendencia punitiva estimarse consumado si el cambio de la cosa por el precio que vertebran entitativamente dicha figura contractual no se han realizado de modo efectivo; procediendo así estimar en este sentido el primer motivo del recurso, dictando el pronunciamiento previsto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el 902 de la misma, sin aplicación de la norma contenida en el artículo 903 de dicho Cuerpo Legal al coprocesado no recurrente, al no ser aplicables a éste los motivos de impugnación.» (S. T. S. de 3 de junio de 1986.)

Artículo 344. Tráfico de drogas. Notoria importancia: aparte de la calidad, el exceso de un kilogramo de hachís atrae la agravación, lo que puede equipararse a la cantidad comprendida entre sesenta y ochenta gramos de heroína.

«5. En la búsqueda de aquellos asideros o criterios de firmeza a los que recurrió esta Sala a fin de detectar la importancia de la cantidad de droga destinada al tráfico, se vio enseguida la existencia de una variable según se tratara de drogas duras o blandas en el lenguaje vulgar o más o menos nocivas para la salud en los términos de la Ley, de tal manera que la cantidad de notoria importancia estaría en proporción a su nocividad: a mayor potencia dañosa debe estimarse como necesaria menor cantidad; y no sólo esto sino que dentro de una misma especie de droga habrá de tenerse en cuenta su mayor o menor concentración del producto, su pureza y calidad y aún el ámbito personal y social al que se destina su tráfico (*ad exemplum*, sentencia de 7 de noviembre de 1983). Y ya dentro de estos parámetros se ha ido concretando más, hasta el punto de que para el hachís, prototipo de droga blanda, se viene estimando que el exceso de un kilogramo atrae la agravación, según declaraciones que pueden estimarse ya constantes, si bien, de acuerdo con aquella idea de la mayor concentración del producto, se exige mucha menor cantidad para el aceite de hachís (Sentencia de 29 de diciembre de 1984: considera de notoria importancia la cantidad de 140 gramos de aceite en cuanto representan más de un kilogramo de hachís).

6. Si de los derivados de la *cannabis* pasamos a los opiáceos y dentro de ellos nos concretamos a la heroína traficada por los procesados, podemos ya establecer una relación entre el hachís, prototipo de aquellos derivados y la heroína, de suerte que si la dosis de consumo para aquél es de cinco gramos y para ésta la dosis oscila entre 0.1 y 0.4 gramos, según cifras oficiales en la materia, tendremos que la cantidad equivalente a los 1.000 gramos de hachís estará entre los 60 y 80 gramos de heroína, correspondientes a un consumo medio y máximo o abusivo, sin perder nunca de vista el grado de pureza de la droga, pues, si como es frecuente, ésta se expende en las últimas ramificaciones del mercado con aditivos que aumentan la cantidad y, por ende, el

lucro del traficante, habrá que disminuir el exceso para hallar la cantidad real de estupefaciente, tal como ya ha entendido esta Sala en algunas de sus últimas resoluciones (Sentencia de 6 de noviembre de 1985: con tal descuento del adulterante se encontró la cantidad de 44,7 gramos de heroína, la que, por tanto, no se estimó de notoria importancia).» (S. T. S. de 13 de mayo de 1986.)

Artículo 371. Denegación de auxilio a la justicia. Colisión de deberes que motiva un error vencible sobre un elemento normativo del tipo. No es punible la comisión imprudente.

«C. La desobediencia y su modalidad de denegación de auxilio son delitos eminentemente intencionales, hasta el punto de que en nuestras leyes procesales está presente, precisamente para prefigurar el ánimo doloso, la necesidad de una previa admonición de proceder criminalmente por estos delitos (vid. «ad exemplum» los arts. 420 y 716 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), siendo obvio que esta exigencia no puede aplicarse al funcionario policial, perfectamente informado y consciente de sus deberes profesionales y de su dependencia funcional, pero en todo caso el dolo o intención maliciosa es inexcusable requisito subjetivo en el que ha insistido la jurisprudencia de este Tribunal: la negativa —afirma la Sentencia de 2 de enero de 1983— no puede atribuirse a mera negligencia o al convencimiento de no hallarse el acusado en la obligación de ejecutar lo que haya sido objeto de requerimiento; se alude al hecho de no dar razón o excusa legal en las resoluciones de 4 de junio de 1895 y 25 de noviembre de 1913, o se refiere, como en la Sentencia de 28 de mayo de 1935, a la negativa sin causa justificada. Y en este punto es forzoso reconocer que el acusado no obró sin motivación o con argumentos en que estuviera patente un menosprecio al mandato judicial, sino porque —a su juicio— existían razones para mantener reservados los datos de identificación exigidos; efectivamente, de las diligencias previas iniciadas para la investigación del suceso (de las que derivaba el sumario por denegación de auxilio) se habían excluidos los gravísimos hechos acaecidos en territorio francés —aunque sobre la sentencia de instancia pesa tanto la trascendencia de los mismos que busca en el Considerando séptimo elementos fácticos para afirmar una «presunción» de autoría que lleva al párrafo inicial del relato—, y los hechos realmente acaecidos en nuestro territorio se constreñían a la irrupción violenta de un turismo en el paso fronterizo, al parecer sin armas, produciendo daños en las barreras y en un vehículo estacionado, a lo que se sumaban el robo del turismo y sustitución de las placas de matrícula en el campo de lo presumible. Es explicable la contienda en el fuero interno entre la exigencia judicial de manifestar las circunstancias identificativas de los presuntos autores y el deber de omitirlas, por su condición de confidentes mercenarios de la lucha antiterrorista cuyo centro de información dirigía el acusado, y pueden aceptarse como verosímiles razones de la negativa el riesgo que podía crearles, el desprestigio del mando que dejaba sin protección a sus miembros, la desmoralización y posible desmantelamiento de sus cuadros, las tensiones graves que podían brotar en el seno de las fuerzas de seguridad, y la ventaja que podía reportar

a las bandas terroristas, tratándose, a su juicio, de una imputación por delitos menores; y el propio Tribunal sentenciador no fue ajeno a este conflicto de deberes cuando al rechazar la agravación objetiva del párrafo segundo del artículo 371 del Código, esgrimía argumentos de culpabilidad, afirmando que «desde su perspectiva exclusivamente policial la revelación de la identidad de sus informadores constituía en sí misma un daño para la causa pública que colocaba por delante del grave perjuicio que para el Estado representa el hecho de que la Justicia española pueda esclarecer un caso» (Considerando quinto), y se refería al final del Considerando sexto a la creencia, por parte del acusado, de existir tan sólo una infracción administrativa.

Indudablemente el acusado en esta pugna de deberes, el deber de acatar el requerimiento judicial facilitando el nombre de los autores de los hechos punibles realizados en el territorio español, y el deber de mantenerlos reservados por estar integrados en un grupo de información de la lucha antiterrorista a cuyo mando pertenecía, optó por este último en la creencia errónea de que los bienes jurídicos a cuya protección atendía eran superiores y le autorizaban a obrar como lo hizo; es discutible si este error, en el que pueden encontrarse elementos que conciernen a la antijuricidad, era de prohibición o sobre el tipo, pero indudablemente existió error con la consecuente eliminación del dolo, de suerte que en el comportamiento del acusado, donde se daban cita los demás factores o elementos del injusto penado en el artículo 371, faltaba el elemento de culpabilidad para completar la estructura jurídica del tipo penal; y al decidirse a situar en el error sobre el elemento normativo del delito y otorgarle el carácter de vencible, la aplicación del artículo 6 bis a) del Código obligaría al castigo de la infracción, **en su caso**, como culposa, pero esta subrayada expresión legal ha de interpretarse en el sentido de que el error vencible sobre los elementos del tipo solamente es sancionado si se considera punible la forma culposa del delito cuyo tipo objetivo realizó el autor; y como quiera que el delito de denegación de auxilio en su elemento intelectual y subjetivo repele la comisión culposa, de acuerdo con un inflexible criterio jurisprudencial que exige malicia, dolo o intención renuente al auxilio, debe rechazarse la responsabilidad penal que insta únicamente la acusación particular, dado que el Ministerio Fiscal apoyó en parte sustancial los motivos del acusado.

3. Las razones que precedentemente se desarrollan conducen a la estimación de los motivos primero y cuarto del recurso del acusado, de la cual se deriva la ineffectividad de los restantes, tanto de este mismo recurso —por la índole subsidiaria con que fueron propuestos—, como de todos los formulados por la parte acusadora particular al haber perdido toda base jurídico-penal, por cuanto iban enderezados exclusivamente a obtener la agravación de la pena impuesta con fundamento en que el delito había producido grave daño a la causa pública. Consecuentemente, debe asumir funciones de instancia la Sala de casación en los términos previstos en el artículo 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y pronunciarse en términos absolutorios sobre la acusación mantenida.» (S. T. S. de 22 de marzo de 1986.)

Artículo 405. Parricidio. Muerte del cónyuge mediando alevosía. Concurso de Leyes: relación de especialidad.

«2. En el primero de los motivos del propio recurso se plantea por primera vez ante esta Sala el problema relativo a determinar cuál sea la calificación correcta que corresponde al hecho de dar muerte dolosa un cónyuge a otro cuando se aprecie alguna de las circunstancias específicas que señala el artículo 406 del Código penal, es decir, si tal conducta integra el delito de parricidio definido y sancionado en el artículo 405 de dicho texto legal, con la agravante de responsabilidad criminal que concurra —como el recurrente pretende— o si, por el contrario, debe entenderse que el delito constituye un asesinato agravado por la circunstancia de parentesco como, por aplicación del artículo 68 del Código penal, ha sentenciado el Tribunal juzgador.

A) Este tema (nuevo, como se ha dicho, en la casación penal) se trae a debate por primera vez como consecuencia de las modificaciones introducidas por la Ley 8/83, de 25 de junio, en las penalidades señaladas a los delitos en juego, que, desde siempre, habían venido sancionados de forma inversa a cómo en la actualidad se castigan, y así, un repaso de los Códigos penales anteriores al actual permite conocer que en el de 1848 el parricidio se reprimía con pena de muerte si en su perpetración concurría premeditación o ensañamiento y con pena de cadena perpetua a muerte si no concurría ninguna de esas circunstancias, mientras que el asesinato se castigaba con dicha última pena cuando se apreciaban para calificarlo la alevosía, el precio o promesa, la inundación, el incendio o el veneno, la premeditación, o el ensañamiento y con la de reclusión temporal en cualquier otro caso; en el de 1870 las penas que se asignaban eran las de cadena perpetua a muerte para el parricidio y la de cadena temporal en su grado máximo a muerte para el asesinato, al que calificaban las mismas circunstancias del Código de 1848; en el de 1928 el parricidio se castigaba con pena de 25 años de reclusión a muerte mientras el asesinato lo era con pena de 20 años de reclusión a muerte; en el de 1932 dichas penas eran las de reclusión mayor para el parricidio y la de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor para el asesinato; en el de 1944, y sus revisiones posteriores, ambos delitos se castigaban con pena de reclusión mayor a muerte; y, finalmente, en la reforma actual, y sin causa ni motivo alguno legal ni moral que lo justifique, se asigna al parricidio la pena de reclusión mayor, en toda su extensión (extensión limitada a lo que resulte de la observancia de las reglas del art. 61) mientras al asesinato se le castiga con la pena de reclusión mayor en su grado máximo.

B) Llegados a este punto bueno es recordar, conforme a lo expresamente establecido en el artículo 68 del Código penal, que los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de dicho Código lo serán por aquél que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos, debiendo señalarse a tal efecto que las infracciones lo han de ser en su integridad, es decir, con el conjunto de circunstancias y hechos que integran la unidad de la acción delictiva, o sea, la totalidad de la conducta punible, con todos sus elementos objetivos y subjetivos de sostén, pero sin desproveerla de ninguno de ellos.

C) Sentado lo anterior es claro que el hecho imputado al recurrente de matar a su esposa acometiéndola de modo inopinado y por sorpresa con un cuchillo, integra, a no dudar, el delito de parricidio definido en el artículo 405 del Código penal, al ser el muerto uno de los parientes mencionados en el texto legal —delito que, en este caso, vendría agravado por la concurrencia de la alevosía—, pero en modo alguno puede considerarse también que el mismo hecho integre el delito de asesinato comprendido en el artículo 406-1 del propio ordenamiento sustantivo, por la razón simplísima de que ello supondría desmembrar los elementos integrantes de una infracción delictiva autónoma, específica y hoy en día privilegiada, como es el parricidio, extrayendo de su tipo la circunstancia cualificativa de ser el agredido una de las personas ligadas con el agresor por cualquiera de los vínculos señalados en el primero de los preceptos citados, para conformar con ella una agravación genérica —la mixta del artículo 11 de aquel Cuerpo legal—, y adscribirla a otra figura punible —en este caso el asesinato—, que tiene sus propias y genuinas características y que sólo puede aplicarse, previa concurrencia de alguna de las circunstancias específicas de agravación que requiere —las del mencionado artículo 406—, a individuos que atenten contra la vida o integridad física de personas que no tengan con ellos la relación parental consignada en el artículo 405, ya que de estimarse lo contrario, o sea si se aceptara la tesis mantenida por la sentencia impugnada, se rompería el principio de especialidad, constantemente proclamado por esta Sala —«*lex specialis derogat legi generali*»—, que obliga a aplicar el tipo especial aunque la pena con que se sancione sea más benigna que la que se consigne para el que entre en colisión con él, por lo que es indudable que en este caso se infringió el artículo 68 del Código penal al aplicarlo a un supuesto de concurso de leyes inexistente por las razones aducidas con anterioridad.

D) Ello no obstante, es de rigor proceder en el hecho enjuiciado a la confirmación del fallo recurrido y a la desestimación del recurso que lo combate, pues siendo la calificación correcta la de constituir tal hecho un delito de parricidio con la agravante de alevosía, atenuado por la eximente incompleta de enajenación mental, la pena que corresponde imponer es la señalada al delito tipo rebajada en un grado pero en los grados medio o máximo de éste, es decir una que abarca desde los catorce años, ocho meses y un día a los veinte años de reclusión menor, y habiendo sido impuesta la de veinte años, que está dentro de dicha extensión y que sería la que esta Sala impusiera en caso de revocación del fallo contradicho, es claro que el recurso no puede prosperar, pues, estando justificada tal pena, su impugnación carece de efectividad» (S. T. S. de 4 de marzo de 1986.)

Artículo 409. Auxilio al suicidio. Voluntariedad. Conciencia de la ilicitud del auxilio prestado. Ausencia de miedo insuperable.

«3. El segundo motivo del recurso, igualmente, debe desestimarse, porque formulado, según se expresó, para que se declarase la inexistencia de voluntariedad, al amparo del artículo 1.º del Código penal por verse cons-

treñida la condenada para realizar la entrega de los cartuchos como medio necesario para ocasionar la muerte a su marido, ante la fuerza y exigencias del mismo, y esta argumentación no puede acogerse, ya que, aparte de que los supuestos fácticos no arrojan apoyatura para la misma, de la propia declaración de la procesada, que ha sido examinada en relación con los demás medios probatorios, no se deriva condicionamiento alguno que ponga de relieve la ausencia de voluntariedad alegada, que de haber sido lo contrario, hubiera originado la inexistencia de la figura delictiva apreciada por no concurrir el dolo o culpa que se reclama para todo delito en el artículo citado del Código Penal. Por otra parte, la Sala, al decidir sobre este motivo, quiere hacer constar que no existe la posibilidad de captarse la existencia de un error de prohibición como antídoto de la concurrencia del dolo, pues aunque sí, remotamente, se vislumbra de todo el examen de la causa el obrar de los suicidas ante una denominada «eutanasia psicológica», no se dibuja la creencia de la licitud del obrar en la condenada, requisito imprescindible para poderse proyectar la ausencia dolosa.

4. La exención de responsabilidad por miedo insuperable requiere: la presencia de un mal igual o mayor, productor de pavor, temor o pánico, como dice la doctrina de esta Sala, que implique un trastorno anímico de tal intensidad que coloque al sujeto activo de la acción en situación de terror, anulatoria de la voluntad de la conducta; que esté inspirado en un hecho real y efectivo; y que sea insuperable, en el sentido de que no sea vencible de acuerdo con el común proceder de los hombres, y es necesario o preciso, para poderse apreciar como eximente incompleta que los condicionamientos acabados de exponer se den sin la suficiente intensidad para la anulación de la voluntad, pero sí para su disminución. En los hechos que se declaran probados, apreciados, con arreglo a la sana crítica a través de la prueba practicada en el proceso, se manifiesta; que el propósito de quitarse la vida «le fue comunicado a la procesada por su propio marido mediante la lectura de una nota expresiva»; que «observó cómo su esposo, tras despedirse de ella y de sus hijos, cogía una escopeta de caza con la correspondiente munición; que vio regresar malherido en el rostro al marido»; y que ante la petición de más cartuchos «para determinar de forma definitiva con su vida, la procesada le facilitó los mismos con ánimo de colaborar para que su marido encontrara la muerte, la cual se produjo cuando éste disparó el arma contra sí, tras haberla cargado con la munición que le proporcionó su esposa». De estos supuestos no se desprende el terror, el pánico ni influencia alguna de un mal que vicie de forma atenuante la voluntad del sujeto activo del delito, y por ello el motivo debe desestimarse.» (S. T. S. de 15 de marzo de 1986.)

Artículo 420, 3.º Concepto jurídico de deformidad como consecuencia de una lesión.

«1. El concepto jurídico de deformidad, que no coincide exactamente con el sentido o significación médico-legista del vocablo, equivale a toda irregularidad física, visible y permanente que sin convertir al ofendido en un ser repulsivo o repelente o en un monstruo o adéfesio, le afea, desfigura o le

produce demérito, estigma o tara fisiológica; al referirse, esta definición, a que, la irregularidad, ha de ser necesariamente física, con ello se quiere significar que ha de recaer sobre el «soma» y no sobre la «psique» del sujeto pasivo; visible, tanto vale como perceptible a simple vista o «de visu»; y permanente, es exigencia que atañe a la invariabilidad de la deformidad, la cual no desaparecerá con el tiempo, sino que permanecerá y perdurará. A propósito de este tema, y para lo que aquí interesa, es preciso esclarecer dos puntos respecto a los cuales suele reinar la confusión y que son los siguientes: 1.º) la visibilidad de la imperfección, fealdad o irregularidad, supone que, la tara o estigma, recaen sobre la periferia del cuerpo humano y no sobre los planos internos del mismo, habiendo deformidad aunque la cicatriz, la pérdida de substancia, las manchas o los defectos de pigmentación, queden ordinariamente ocultos o escondidos debajo de la indumentaria o ropas de la víctima, pues lo realmente trascendente es que, dichas taras, no se perciban en ningún momento de los relativos a la vida afectiva, social o de relación de la persona afectada, debiéndose destacar que, de ser otra la interpretación, el concepto quedaría excesivamente circunscrito, no extendiéndose más que a los estigmas perceptibles en el rostro, faz o semblante o en las manos las cuales son las únicas zonas que, de ordinario, no cubren las prendas de vestir; y 2.º) el relativismo del concepto, mejor diríase, el pretendido relativismo de la definición, que se sostiene depende de la edad, sexo o profesión del sujeto pasivo, no lo es tal, pues en puridad de principios, todos tienen derecho a la belleza y si carecen de la misma a que no se acentúe su fealdad, si bien es preciso reconocer que, esa relatividad, puede influir en dos extremos, en primer lugar, en la determinación de si hay o no deformidad cuando se trata de casos confusos o límites, en los que, la poca extensión y perceptibilidad del estigma, crea la duda en el seno del Tribunal sentenciador en instancia, y, en segundo término, en lo que respecta a la indemnización de daños y perjuicios, la cual alcanzará un «quantum» diferente según sean las circunstancias personales del ofendido y la mayor o menor incidencia de la tara en relación con su sexo, profesión o edad.» (S. T. S. de 23 de abril de 1986).

Artículo 430. Abusos deshonestos cometidos con persona bajo los efectos del sueño.

«2. El sueño normal o natural, más o menos intenso según el cansancio del que duerme, y del que quedan excluidos el sueño letárgico, el comatoso, el hipnótico y cualquiera otro de naturaleza patológica o morbosa, crea el problema de si, quien duerme, se halla privado de sentido a efectos del artículo 430 en relación con el núm. 2.º del artículo 429, ambos del Código Penal, pudiéndose decidir la cuestión del modo siguiente: tratándose de violación de una mujer sumida en el sueño, y aún reconociendo que, durante el mismo, el durmiente carece de conciencia y de voluntad, el caso, como se ha dicho; parece «más bocacciano que real», aunque lo admitió la sentencia de este Tribunal de 15 de junio de 1957, en un supuesto en el que la mujer dormida, dentro de su semiconsciencia, confundió, a un desaprensivo sujeto, con su

marido; pero tratándose solamente de abusos deshonestos, es perfectamente concebible la hipótesis controvertida, aprovechando, el infractor, el sueño de la víctima para realizar tocamientos impúdicos en zonas erógenas del cuerpo de la misma, la cual no presta anuencia ni beneplácito a la obscenidad de los referidos actos porque se halla privada de la consciencia y de la volición consubstanciales a hallarse despierta, terminando, de ordinario, por despertar sobresaltada; pero sin poder impedir que lo hecho, hecho esté irremediamente.» (S. T. S. de 14 de julio de 1986.)

Artículo 496, párrafos 2.º y 3.º Coacciones. Piquetes de huelga.

«2. Que la figura delictiva existe con arreglo al expresado relato fáctico resulta indudable, pues la misma, cuya creación en el fondo no era necesaria al poderse lograr la finalidad normativamente pretendida con la eventual aplicación al tipo-base de la coacción de las circunstancias genéricas de agravación 8.ª, 12.ª y 13.ª del artículo 10 del Código Penal, supone más que una incidencia en el general ánimo tendencial de restringir la libertad de la persona o personas sobre las que se ejerce, que sirve, según reiteradamente expresa la doctrina de esta Sala para caracterizar el tipo de coacción (Sentencias, entre muchas, de 24 de febrero de 1981, 25 de mayo y 2 de noviembre de 1982, 24 de marzo y 22 de septiembre de 1983, 16 de febrero y 11 de julio de 1984 y 25 de marzo y 10 de mayo de 1985), sobre una concreta parcela de esa libertad constituida por la libertad de trabajo: no se protege así, contra lo que pudiera deducirse de expresiones desafortunadas de la Exposición de motivos de la referida Ley creadora del «tipo», el derecho fundamental a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses, hoy consagrado en el artículo 28.2 de la Constitución, sino, contrariamente, **el bien jurídicamente protegido es el derecho a no hacer la huelga o a no estar en huelga;** con lo que la naturaleza de esta figura delictiva se aproxima, como advierte la más reciente doctrina científica, a los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo; tipo delictivo a cuya existencia no obsta en forma alguna el carácter de fundamental del derecho de huelga (por otra parte no absoluto, como entre otras declara la Sala del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981), pues aunque la nota negativa en la descripción del tipo representada por el adverbio «legítimamente» imponga la valoración de existencia de eventuales causas de justificación o excluyentes de la antijuridicidad, es lo cierto que tanto la doctrina científica (que mayoritariamente excluye la viabilidad de que pueda impedirse por la fuerza la realización de un ilícito civil, pues ello supondría autorizar el ejercicio de la autotutela fuera de sus límites propios) como la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 18 y 26 de octubre de 1979 y 24 de febrero de 1981), que declara que no se integra en la legitimidad prevista en el precepto la valoración de la justicia intrínseca de las reivindicaciones pretendidas con la huelga, imponen la estimación de antijuridicidad en casos como el presente, en los que además el derecho-deber al trabajo viene tutelado, aunque con menor intensidad que el de huelga por otro precepto constitucional (artículo 35.1); por lo que al referirse disyuntivamente el citado artículo 496 como verbos típicos a los de «iniciar» o «conti-

nuar», es claro que al deducirse del relato la segunda de estas conductas delictivas, es llano que existe el tipo delictivo y ello determina la desesetimación del único motivo impugnativo subsistente; procediendo por tanto dictar el pronunciamiento previsto en el párrafo primero del artículo 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con las ordinarias consecuencias que el mismo dispone.» (S. T. S. de 22 de mayo de 1986.)

Artículo 501, 1.º Robo con homicidio: coautoría.

«4.º La coautoría en el delito de robo con homicidio, es tema muy controvertido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, girando toda la problemática en torno a la unidad indestructible, indisoluble, inseparable e indivisible del tipo delictivo, la cual conduce irremisiblemente a la condena, como autores y merced a un mismo y único título de imputación, de todos los partícipes de esa clase, aunque uno sólo de ellos haya causado el homicidio, o, como tesis contraria, a la posibilidad de disociación o escisión del complejo delictivo, robo-homicidio, reputando autores del dicho complejo sólo a los que tomaron parte directa en la ejecución del homicidio, y meros agentes del robo a los que no la tomaron. En la doctrina científica, unos sectores, distinguen entre robo con homicidio **preordenado**, en el que, el concierto previo para matar como medio de robar, responsabiliza del homicidio a todos los autores, hayan causado o no dicho homicidio, y el robo con homicidio **episódico**, en el cual, produciéndose el homicidio, de modo súbito, incidental o sobrevenido, sin previo planteamiento o deliberación, sólo serán responsables del delito complejo los autores materiales del mismo y no los demás; otros criterios, responsabilizan a todos los presentes hayan ejecutado o no el homicidio, pues «su presencia es ratificación consensual tácita», mientras que, algunas opiniones, sostenidas por sectores de criterio respetable, admiten la coautoría tan sólo si se planea previamente la violencia o si la presencia del partícipe refuerza la participación del ejecutor, es decir, si supone una ventaja para éste; y, finalmente, las más recientes opiniones, mantienen que lo esencial, para la adecuada solución del problema, es que se convenga o pacte previamente un delito de robo con violencia o intimidación en las personas y que el acuerdo de voluntades recaiga sobre aquél, con lo cual si, lo concertado, fuere un hurto o un robo con fuerza en las cosas, sólo el autor material de la muerte responderá, en su caso, del robo con homicidio. Por su parte, la jurisprudencia, en una primera época —sentencias de 20 de junio de 1887, 23 de mayo de 1901, 7 de mayo de 1902, 6 de agosto de 1903, 5 de agosto de 1905, 10 de mayo de 1911, 16 de enero de 1931, 10 de noviembre de 1932, 8 de enero de 1944 y 20 de enero de 1947—, sostuvo que, cuando el homicidio sea realizado materialmente por uno sólo de los partícipes, todos los que tomen parte en el robo responden igualmente del mentado complejo, fundando, implícitamente, esta solución, en una interpretación asaz extensiva del párrafo segundo del artículo 502 del Código Penal, interpretación que conduce a estimar autores a todos los malhechores presentes en el momento de la ejecución del homicidio; pero, en época más reciente —representada por las sentencias de 28 de enero de 1953, 23 de junio y 9 de diciembre de

1954, 29 de octubre de 1959, 3 de diciembre de 1964, 20 de marzo de 1972, 26 de febrero de 1976, 18 de marzo de 1980, 19 de enero y 20 de octubre de 1981, 7 de diciembre de 1984 y 3 de enero de 1985— la tesis, sin dejar de ser afirmativa se fundamenta en la común empresa delictiva, es decir, en la «societas scaeleris», que es lo único que justifica, tanto en el plano de la causalidad como en el de la culpabilidad, la comunicabilidad del homicidio a todos los partícipes, puesto que, el robo, se planeó con la posibilidad de matar, añadiéndose que quien, decidido a robar, acepta la consecuencia de tener que causar la muerte —por su propia mano o por la de sus consortes delictivos— del despojado o de las personas que puedan impedir o estorbar el designio depredatorio, responde, como autor, del mismo, aunque no lo haya ejecutado materialmente, agregándose también, no sin antes afirmar que, el homicidio, debe ser doloso —dolo directo o dolo eventual— o culposo, pero nunca fortuito o accidental, que el robo con homicidio es un delito determinado por el resultado, y, por lo tanto, el que conviene en el **hecho base** —robo con violencia o intimidación en las personas, debe responder del **hecho consecuencia**— homicidio; debiéndose, finalmente, completar esta doctrina agregando que, lo dicho, es todavía más evidente y plausible si, el delito se ha de cometer con empleo de armas o de medios peligrosos capaces no sólo de intimidar o de atemorizar a la víctima o víctimas, sino de herirlas e incluso matarlas, toda vez que, al convenir o planear una infracción de esa índole, todos los partícipes se representan no sólo la posibilidad sino también la **probabilidad** de que sí, el ofendido u ofendidos, no se amedrentan con la exhibición de las armas y se niegan a entregar el dinero o bienes muebles apetecidos, se resisten, o si las hacen frente, será corolario insoslayable de la intimidación, el uso vulnerante o letal de dichas armas y, por tanto, el empleo de violencia en las personas, aceptando, todos los dichos partícipes, esa posibilidad y el riesgo consiguiente, introducidos, por ellos, en el curso causal, debiendo, en su caso, responder todos, aunque sea un solo, u otros, los ejecutores materiales y directos de un homicidio que se representaron como posible y probable, sin que, tal representación les arredrara o les hiciera desistir de sus anti-jurídicos planes; debiéndose subrayar, por último, que esta doctrina no ha quedado desmentida tras la reforma de 25 de junio de 1983 más que en punto, esto es, en el consistente en que el homicidio ha de ser forzosamente doloso, toda vez que, el culposo, ha pasado al núm. 4 del artículo 501 del Código Penal.» (S. T. S. de 4 de marzo de 1986.)

Artículo 501, 2.º Robo acompañado de violación: el móvil impulsor lo constituye el atentado patrimonial.

«3. En cuanto a los motivos terceros de los dos recursos articulados, que es condición indispensable para que la violación sea penada con independencia del robo, que conste expresamente, o pueda deducirse de los hechos de modo indubitado, que la idea de robar surgió después de consumada la violación, pero no cuando el propósito primario sea el apoderamiento de efectos de ajena pertenencia, aunque se posponga éste hasta después de realizada la violación, ya que tal evento no priva al complejo del designio inicial de robar,

qué es su principal característica, y como en los hechos declarados probados no se establece que el concierto previo de los autores de los mismos fuese el de violar, ni tampoco este propósito se deduce de forma indiscutible del **factum** combatido, que lo que dice es que los procesados «se apoderaron con ánimo de lucro de bienes muebles ajenos, y cuyos hechos fueron acompañados, con unidad de acto, de varios delitos de violación, es notorio que el móvil que les impulsó primariamente fue el del robo y no el de violación, como se desprende además de la propia manera de acercarse al coche en que se encontraba la pareja sufridora de los numerosos vejámenes que se detallan en la resolución impugnada, y respecto del cual desconocían que en su interior se hallase la mujer que luego resultó su víctima, por lo que, por ello, éstos motivos deben decaer, al quedar huérfanos de la cimentación fáctica precisa para su estimación en derecho.» (S. T. S. de 11 de marzo de 1986.)

Artículo 501, 5.º Robo con intimidación concurriendo las circunstancias del artículo 506: sólo es aplicable la penalidad del 505 cuando la cuantía supera las treinta mil pesetas.

«1. A diferencia de la redacción ofrecida con precedencia a la promulgación de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, el vigente artículo 506, configurador de diversos subtipos cualificados, circunscribe los mismos, en principio, a los supuestos de robo con fuerza en las cosas, cual se infiere de su encabezamiento en el que alude a circunstancias que agravan el delito, a **los efectos del artículo anterior**, es decir, de las hipótesis de robo con fuerza material definido en sus formas realizativas, límites cuantitativos y penalización subsiguiente, en los artículos 504 y 505. Con semejante restricción en el tenor aplicativo del artículo 506, pudiera suceder que, en algún caso, un robo con violencia o intimidación, de superior valoración en la dogmática penal por sus efectos en la integridad física de las personas o por el impacto psíquico amedrentador, de imprevisibles consecuencias siempre, resultase sancionado más ligeramente que si los hechos hubieren quedado subsumidos en los artículos 504, 505 y 506 del Código Penal. En evitación de ello, con buen criterio y para eludir semejante incongruencia, se dispone en el apartado 5.º del artículo 501 que el culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, en los casos no comprendidos en los apartados precedentes, será castigado con la pena de prisión menor, «salvo que por razón de concurrencia de alguna de las circunstancias del artículo 506 corresponda pena mayor con arreglo al artículo 505, en cuyo caso se aplicará éste». Llevando ello a la conclusión de que si de la conjunción de los artículos 505 y 506 resultase para el hecho contemplado una pena superior a la señalada en el tipo genérico de robo violento o intimidatorio del 501, 5.º —superior a la de «prisión menor» ha de entenderse, entre otras, la de «prisión menor en su grado máximo»—, se aplicarán aquellos preceptos; lo que comporta el que no será factible la aplicación del artículo 505, en conexión con el 506, cuando de la comparación entre estos artículos y el número 5.º del artículo 501 nunca pudiese resultar pena más grave conforme a los primeros, lo que sucede en caso de que el valor de lo sustraído no superase

la cantidad de treinta mil pesetas. Parecer en el que se inspiran las sentencias de 27 de diciembre de 1984, 17 de enero y 21 de febrero de 1986.» (S. T. S. de 26 de mayo de 1986.)

Artículo 501, párrafo último. Una pistola detonadora si bien no es arma de fuego, sí puede ser considerada como medio peligroso dada su fuerza contundente o vulnerante.

«Por lo que, al precisarse en el relato histórico de la sentencia de instancia que el procesado V. A. H. empuñaba una «pistola detonadora marca S.M., número 267, de fabricación alemana», no cabe duda que se impone la inculcación del supuesto en la previsión del subtipo agravado del postrer párrafo del artículo 501, ya que, aun no considerándose aquella como arma de fuego propia, entraría en la conceptualización de «medio peligroso» a que también se refiere la norma, dada su fuerza contundente o vulnerante, su idoneidad para cualquier ataque físico o compulsivo, poniendo en peligro la vida o integridad física de las personas; dada la amplitud de la locución legal, la jurisprudencia, en su función definidora e integradora, así lo viene estimando respecto a las armas inutilizadas o simuladas, en sentencias, entre otras, de 6 de abril y 21 de noviembre de 1983, 25 de enero y 25 de junio de 1985 y 12 de mayo de 1986.» (S. T. S. de 2 de julio de 1986.)

Artículo 504, 3.º No es partícipe en el delito de robo con fuerza en las cosas quien colabora en la apertura de la caja fuerte sustraída, sino autor de un delito de receptación.

«1. El delito de robo con fuerza en las cosas previsto en el núm. 3.º, inciso segundo del artículo 504 del Código Penal, según repetida doctrina de esta Sala, es un delito de consumación subjetiva anticipada o, si se prefiere, de resultado cortado, como lo denota la partícula «para» inserta en la descripción típica respecto de la fractura o violencia en los muebles u objetos cerrados o sellados citados en el precepto, de tal modo que la fuerza no es coetánea a la sustracción sino que, en perspectiva finalista, basta que se proyecte ejercitarla fuera del lugar del robo según la dicción legal; es decir, que todos los actos posteriores a esa sustracción de la cosa y a la **amotio** o traslación de la misma, deben reputarse ya ajenos a la consumación jurídica con la consiguiente repercusión en los actos de participación encubridora o del delito autónomo de receptación (Sentencias 10-10 y 20-12-69, 2-11-1976, 10-2-1979, 17-1-1980, que confirma la tesis al negar la aplicación de la tipicidad en examen si la apertura no tiene lugar fuera sino **en** el lugar del robo, etc.).

2. Aplicada la anterior doctrina al hecho de autos, ciertamente debe acogerse el argumento del recurrente, en cuanto que si él no intervino en el momento de la sustracción de la caja de caudales perpetrada por otra procesada, sino que tras de ser llevada por la autora a un parque de la ciudad coadyuva con la fuerza desplegada por él con un destornillador a la apertura de dicha

caja, tal actuación no debe enmarcarse en el delito de robo, pero sí en el de receptación, puesto que su conducta fue posterior a la consumación del delito de robo con fuerza sancionado en el artículo 505, párrafo primero del Código Penal, concurriendo como concurren los demás requisitos de tal delito autónomo, cuales son el perfecto conocimiento del robo perpetrado por M. A. con aprovechamiento de parte del dinero sustraído conjuntamente con sus correos.» (S. T. S. de 17 de junio de 1986.)

506, 4.º. Los despachos de quinielas son oficinas donde se conservan caudales.

«2. La sentencia de instancia condena a los procesados como autores de un delito de robo con intimidación en las personas y en oficina recaudatoria, de los artículos 500, 501, 5.º y 506, número 4.º, del Código Penal, a las penas que se fijan, consideración idéntica a la que derivaría de la aplicación de los mismos artículos en su redacción anterior a la imprimida por la Ley de reforma de 1983. Radicando la motivación única de sendos recursos entablados por los procesados, por infracción de ley al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en apuntar hacia la aplicación indebida del número 4.º del artículo 506 del Código, en base a que la expendeduría de tabacos, en donde se cometieron los hechos, no tenía como finalidad única y exclusiva, ni siquiera primordial, la conservación de caudales producto del despacho de boletos de quinielas, por lo que la función del mencionado establecimiento en cuanto a lugar de custodia de fondos era accidental, no columbrándose —se alega— de la resolución alusión a la conservación o existencia habitual de caudales en la oficina de que se trata. El fundamento de agravación del apartado 4.º del artículo 506 radica en las especiales circunstancias concurrentes en el lugar, caracterizado por la necesaria y frecuente presencia de caudales, incentivo para la perpetración de robos, por lo que se busca una agravación de pena que pueda operar como freno inhibitorio para la actuación delictiva, protegiéndose así más acentuadamente tales oficinas o establecimientos, ante atentados patrimoniales que tanto se prodigan en la sociedad de nuestro tiempo.

3. No ofrece duda la corrección calificadora llevada a efecto por el Tribunal de instancia al considerar la expendeduría de tabacos, «destinada también a la recaudación de quinielas», la mayor parte del dinero sustraído era procedente de dicha recaudación según se constata, como una de las oficinas o establecimientos a que se refiere el artículo 506 del Código Penal, en las que se recaudan y conservan caudales, dada la amplitud y generalidad con que aquéllas vienen concebidas en el precepto, al aludirse, tras la mención de las más usuales, a cualquier «otra» que responderá a tal finalidad.» (S. T. S. de 26 de mayo de 1986.)

Artículo 546 bis b). Receptación: la habitualidad deber ser probada.

«8. Queda por analizar únicamente de manera especial y conjunta, la correcta aplicación del artículo 546 bis b), a los efectos de la habitualidad y su posible repercusión en la pena. Al respecto debe recordarse la doctrina senta-

da por esta Sala en Sentencias de 12 y 27 de junio de 1984, 5 y 8 de marzo de 1984, 25 de abril y 28 de mayo de 1985, del que la presunción de dicho precepto ha dejado de surtir efecto por inconstitucionalidad sobrevvenida al contrariar el principio de la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española y chocar frontalmente contra la declaración del artículo 1.º.2.º de la Ley de Reforma del Código Penal, Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, que exige que la pena tenga como base el dolo o la culpa. 2.º Por consiguiente no es menester ser sólo dueño, gerente, encargado o almacén abierto al público y que las mercancías o efectos que se receptan sean las ordinarias de tráfico en los mismos para que se les considere habituales a fin de interponer la pena del párrafo último del artículo 546 bis a). 3.º Es preciso que el sujeto venga dedicándose con asiduidad a expresados géneros receptados (Sentencias de 25 de abril de 1985). 4.º Por tanto es precisa la repetición durante un cierto tiempo de actos de receptación, con consciencia y voluntad de hacerlos para considerar a su autor como habitual (Sentencias de 5 de marzo de 1984 y 28 de mayo de 1985).» (S. T. S. de 18 de marzo de 1986.)

LEY ORGANICA 7/1982, DE 13 DE JULIO, SOBRE CONTRABANDO

Artículos 1.4.º, 3.1.º y 2.1. Retira de una estafeta de correos un paquete procedente del extranjero conteniendo cocaína.

«1. La razón que asiste al único motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal para combatir la sentencia dictada en esta causa por la Audiencia Provincial de Madrid es de todo punto indiscutible, porque, si el delito de contrabando se comete cuando se introducen en territorio nacional géneros prohibidos sin cumplir los requisitos fijados por las leyes para su importación, es innegable que, en este caso, se dan todas las condiciones que exigen los artículos 1 Uno Cuarto y Tres Primera y 2 Uno de la Ley 7/1982, de 13 de julio, para la sanción de la conducta enjuiciada con arreglo a derecho, pues la procesada, que se había puesto de acuerdo con otra persona residente en Colombia para que la enviara por correspondencia a un apartado de correos abierto con tal finalidad droga con destino a la venta, recibió de la misma un paquete postal conteniendo nada menos que la notoriamente importante cantidad de más de ciento cincuenta gramos de cocaína, de una riqueza superior al cuarenta y ocho por ciento, valorada en dos millones dieciséis mil pesetas, que retiró de la estafeta de correos en que tal apartado se encontraba sin obtener previamente la autorización para su entrada en España y sin hacer la declaración oportuna a efectos de control administrativo de rigor, lo que hace a la recurrida reo del delito de que indebidamente fue absuelta en cuanto que introdujo en el país la prohibida sustancia burlando los servicios aduaneros correspondientes, lo que se hace por los contrabandistas, de modo habitual, eludiendo el paso por los mismos, para evitar los peligros que la introducción de los productos por ellos les podría acarrear por su posible detección.» (S. T. S. de 20 de marzo de 1986.)

REVISTA DE LIBROS

BASTIDA, Francisco J.: «Jueces y franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la Dictadura», Editorial Ariel, Barcelona, 1986, 205 páginas.

Acaba de publicarse una parte esencial de la tesis doctoral que el profesor Bastida leyera en 1977, destinada a analizar la jurisprudencia de las Salas 2.ª (en lo referente a delitos contra la seguridad del Estado y recursos contra sentencias del Tribunal de Orden Público), 3.ª y 4.ª (en materia de Prensa y Orden Público) del Tribunal Supremo, en busca de su pensamiento político, de la ideología manifestada en el ejercicio de esa función judicial. Con independencia de la dedicación del autor al Derecho constitucional (es discípulo del Dr. González Casanova, quien prologa la obra), y la evidente vertiente hacia esa disciplina del libro que reseño, quiero destacar la importancia que su estudio tiene para quienes nos dedicamos al Derecho penal, en primer lugar por el propio objeto de análisis, ya que actualiza la existencia de unos Tribunales y unos delitos políticos que han restringido obviamente las libertades públicas y que, por tanto, son incompatibles con las exigencias de un Estado democrático, y conviene tener presente la esencia del delito político, para no confundir esta punición (reitero, inadmisibles en regímenes pluralistas y democráticos) con la de las conductas terroristas, en cuya persecución se hallan legítimamente comprometidos los estados democráticos. En segundo lugar, por cuanto el período de tiempo analizado (el comprendido entre los años 1964 y 1974) tiene una importancia fundamental para la historia de nuestro Derecho penal, puesto que la actividad sentenciadora del Tribunal Supremo en ese período, reprimiendo libertades y negando derechos fundamentales es, paradójicamente, un cierto avance en las garantías ciudadanas, ya que es precisamente en 1963 cuando desaparece el Tribunal Especial de Represión de la Masonería y el Comunismo, y lo que conllevaba de jurisdicción «de guerra», siendo el mismo Tribunal Supremo el que, en una situación de indiscutible «justicia política» (en frase de Peces Barba), elabora sentencias de contenido democratizante, asentadas en criterios de técnica jurídica (y pienso en la actuación de don Antonio Quintano casando las sentencias del TOP), que posiblemente no habrían podido existir con aquella otra jurisdicción. En tercer lugar, por el enfoque metodológico de un estudio que sistematiza consideraciones jurisprudenciales exponiendo el pensamiento en que se fundan, ya que el estudio y crítica de las decisiones jurisprudenciales es cotidiana fuente de trabajo en Derecho penal, y por otro lado tarea perfectamente legítima en nuestro ordenamiento, de tal manera que la publicación de estas consideraciones (véase en sentido similar Lamó de Espinosa y Carabaña, «Vicios privados y virtudes públicas», en Sistema, 53; o Andrés Ibáñez, «Los jueces de las pasiones y las pasiones de los jueces», en Sistema, 58; o, con una perspectiva distinta, las obras de Toharía) más contribuyen a la perfección del ordenamiento punitivo que a su cuestionamiento.

El libro se presenta dividido en dos partes, de las que la primera recoge las consideraciones jurisprudenciales en torno a los «principios ideológicos»

del Tribunal Supremo, que aparece así coparticipando «en unos mismos valores y creencias esenciales» (p. 185) con el régimen político; y la segunda expone la jurisprudencia a través de la que en esos años se negaron las libertades públicas, en la que se da a entender, en palabras del autor, «que todo lo no autorizado está prohibido y que no es lícito todo lo que no está prohibido» (p. 150). Así se contraponen la «España oficial» que en los considerandos jurisprudenciales protege las unidades espiritual (religiosa, matrimonial, moral), metafísica (la verdad única frente a las opiniones, por ello presuntamente delictivas), social y sindical, nacional y política, a la «España real», que en los resultandos jurisprudenciales pide libertades de pensamiento, de expresión, de reunión, de manifestación y de asociación. El desarrollo del estudio presenta cada uno de estos enunciados a través de numerosos pronunciamientos del Supremo, finalizando el libro con una útil relación de sentencias analizadas, en las que se indica el Magistrado ponente y el sentido del fallo. Tras la lectura del libro, queda abierta la reflexión sobre la actitud —¿puramente positivista?— de los jueces ante los distintos ordenamientos, y la necesaria distinción entre la aceptación de la legitimidad y de la legalidad de un sistema, pero también la satisfacción por el interés y amenidad de la obra bien hecha.

ESTEBAN MESTRE DELGADO

HERRERO HERRERO, César: «España penal y penitenciaria (Historia y actualidad)», Dirección General de la Policía, División de Enseñanza y Perfeccionamiento, Instituto de Estudios de la Policía, Madrid, 1985, 648 págs.

La reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad son hoy finalidades esenciales de nuestro ordenamiento penitenciario y, desde estos postulados de prevención especial recogidos en la Constitución (art. 25,2), en la Ley General Penitenciaria (arts. 1 y 59) y en su Reglamento (arts. 1 y 237), el delincuente —como señala César Herrero en la p. 11 de la obra que reseño— «ya no es el ciudadano convertido en el enemigo de las leyes, al que es necesario corregir para que no vuelva a empezar, sino que es también el individuo en situación social difícil»; titular de un verdadero «derecho a la resocialización» en cuya efectividad debe comprometerse tanto el Estado como la entera sociedad no delincuente. Estos planteamientos, obviamente conocidos, suponen una ruptura clara con una larga tradición española de textos jurídico-penitenciarios marcados por la finalidad general-preventiva y los criterios retributivos, de tal manera que la preocupación por la «regeneración» del condenado no deja de extrañar si se contempla desde esta perspectiva histórica, en la que se encuentra la raíz del análisis que César Herrero realiza en este libro: «¿cómo ha llegado a cristalizar en nuestra legislación esta actitud, tan humana para el delincuente, sobre todo para el sentenciado...?» (p. 12). La respuesta, para el autor, no puede hallarse sólo a través de una investigación sobre la evolución de las distintas normas de carácter penitenciario, sino que necesita igualmente el conocimiento de los textos penales de cada momento histórico, así como de los concretos entornos políticos, sociales, económicos y, fundamentalmente, ideológicos o mentales que condicionan el nacimiento de esos

textos jurídicos. Esta concepción global de la historia de nuestro derecho penitenciario la adopta el autor desde el convencimiento de que «el Derecho tiende a asimilar invariablemente las corrientes antropocéntricas de la época en que aparece» (p. 608), evidenciándose a lo largo de la obra una tan estrecha relación entre normativas jurídicas e ideologías históricas que, a título de ejemplo, resultaría difícil comprender la trascendencia y significado del Código penal de 1822 sin hacer referencia al utilitarismo de Bentham o a las tesis de prevención general esbozadas por Beccaria (p. 199), de la misma manera que la progresiva humanización de la legislación penal y penitenciaria desde el Código de 1944 aparece correlativa a la recepción en España de las filosofías personalistas, ya de inspiración cristiana, ya existencialista (pp 423 a 433).

A lo largo de esta investigación, Herrero, con un método expositivo, que no renuncia al sistema (como él mismo lo define en p. 13), muestra la evolución de una legislación que históricamente ha buscado «el escarmiento ajeno» (las Partidas, en pp. 71 y 78), o el «escarmiento saludable» (el Código de 1822, inspirado en el principio de ejemplaridad en la ejecución —páginas 175 y 188), atemorizar (Nueva Recopilación, en p. 102) o intimidar (Novísima Recopilación —p. 129— y Código de 1870 —p. 234—) por el más severo rigor penal y por la eficacia en la ejecución de las penas, y que paulatinamente comienza a preocuparse por la «enmienda o corrección del culpable» (Código de 1928, en p. 317), hasta configurar, desde la Constitución de 1978 y la Ley Penitenciaria, ese «derecho a la reeducación y reinserción social del condenado» (p. 541) a que ya me he referido. El argumento conductor de la obra es la noción de tratamiento del delincuente, ya que, siendo el instrumento específico para la resocialización de los condenados (así, en los Títulos III de la Ley Penitenciaria y IV de su Reglamento), sólo podrá hablarse de cristalización de la finalidad especial-preventiva en nuestro ordenamiento cuando los textos normativos reflejen la existencia de instituciones de tratamiento. Y por ello el autor se preocupa en definir este concepto, destacando sus caracteres de científicidad y voluntariedad (pp. 36 y 585), sus límites en todo aquello que atente a los derechos humanos del interno (p. 40), y su orientación a relacionar al condenado con la comunidad de la que forma parte (p. 536), concluyendo que, cuando no existen esas notas, no puede hablarse de «tratamiento», sino sólo de mero «trato» del delincuente, concepto caracterizado por la unilateralidad de los actos y la cosificación del condenado (p. 20), y que pone de manifiesto que el interés estatal en el castigo no es la persona del delincuente, sino otros valores diferentes (pp. 90 y 496). Con esta perspectiva, Herrero destaca la importancia de normas fundamentales en la transformación de esa concepción estatal hacia el tratamiento y, consecuentemente, la prevención especial, entre las que cabe citar la Ordenanza de Presidios Navales de 1804, que posibilita la individualización del castigo (pp. 191-192); la Ley de Condena Condicional de 1908, altamente progresiva en relación al trato del delincuente (pp. 298-300); y el Reglamento de servicios de prisiones, de 1930, en el que ya hay un «proyecto de tratamiento», si bien sometido a la dinámica del sistema penitenciario progresivo (p. 352). Pero, ahora bien, el intento de explicación global del derecho penitenciario español que Herrero pretende hacer que-

braría sí, tras estudiar la interrelación entre el entorno, fundamentalmente ideológico, y las normas concretas, el autor no se hubiera preocupado por analizar la realidad penitenciaria española, el cumplimiento de la penología que relaciona, por ejemplo, en pp. 73 a 77; 106 a 118; 183 a 187; ó 200 a 204. Sin embargo, como era lógico en libro tan exhaustivo, en pp. 244 a 246; 394 a 396 ó 512 a 520, por ejemplo, el autor analiza la real práctica penitenciaria, pudiendo certificar que «teoría y práctica penitenciarias no sólo no coinciden sino que con mucha frecuencia están muy lejos una de la otra» (p. 512), por lo que una de las conclusiones del libro es que, en cada momento histórico, las concepciones filosóficas sobre el hombre y la forma de ser tratado son más progresistas que las normas jurídicas y que éstas suelen aventajar positivamente a la vida real (p. 607).

Como resulta evidente tras lo expuesto, la realización de una obra como la presente, requiere de una formación interdisciplinar, jurídica y humanística, una dedicación y un esfuerzo poco corrientes, que César Herrero ha demostrado con creces poseer, y ello no sólo (aunque ya sería bastante) por el hecho de que a lo largo de las 648 páginas del texto se citen más de mil libros, en 2.316 notas, sino también porque los textos que han servido de base a este libro fueron avalados con las máximas calificaciones académicas en las pruebas de obtención de grado en Criminología y Derecho, y porque ambas investigaciones fueron dirigidas por don Carlos García Valdés, que prologa el libro que reseño, y cuya presentación, desde el constante trabajo de investigación y dirección que le caracteriza y que le convierte en inexcusable punto de referencia para el derecho penitenciario español, es siempre garantía añadida de calidad.

ESTEBAN MESTRE DELGADO

**«Jahrbuch für Afrikanisches Recht» («Anuario de Derecho africano»),
C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, Band 3 (1982), 1984, 273 págs.,
y Band 4 (1983), 1985, 246 págs.**

La Asociación de Derecho Africano, creada en 1973 en Heidelberg, organiza anualmente unos encuentros de especialistas e interesados en los ordenamientos jurídicos de Africa, foros de exposición y discusión en los que estos juristas analizan los problemas que plantea el desarrollo de la sociedad y los Estados de aquel continente, y proponen diversas adaptaciones de sus estructuras jurídicas para acomodarlas a las distintas necesidades de su evolución. Desde 1981, esta Asociación cuenta con un órgano propio de comunicación, el «Anuario de Derecho Africano», en el que colabora muy activamente el Instituto Max Planck para el Derecho penal extranjero e internacional. El mismo Kurt Madlener, conocido de tantos investigadores españoles que han desarrollado sus trabajos en el Max Planck, presenta los volúmenes que comento, cuyo interés quiero destacar no sólo porque son el medio de conocimiento de unos ordenamientos jurídicos prácticamente desconocidos para el jurista español, sino también porque su enfoque no es meramente costumbrista, y se propone servir de cauce para la evolución doctrinal de ese derecho africano.

Los volúmenes 3 y 4, que comento, plasman de una manera efectiva el estado de consolidación en que se encuentra la obra de la Asociación de Derecho Africano. Así como los dos primeros volúmenes recogían(casi exclusivamente, las comunicaciones presentadas a esos encuentros anuales de la Asociación, estos tomos cobran autonomía respecto de esas reuniones, al tiempo que se extienden las ramas del Derecho que van siendo abordadas por los originales que son publicados. Entre otros, hay enfoques de Derecho político y constitucional (los artículos titulados «Problemas políticos y legales de la Constitución de Nigeria», en las págs. 3 a 27; «El Estado en el Africa francófona: centralización y descentralización», en las págs. 47 a 84, ambos del tomo III; o el titulado «Hacia la elaboración de un derecho socialista en la República Popular del Congo», en las págs. 15 a 25 del tomo IV); de derecho internacional («Africa y el derecho internacional público», en las págs. 29 a 46; «El problema de los refugiados en Africa», en las págs. 105 a 136, ambos del tomo III; «La Organización para la Unidad Africana y el desarrollo del derecho internacional», en las págs. 81 a 98 del tomo IV); de derecho civil («Derecho patrimonial de la familia en Senegal», en las págs. 139 a 160 del tomo IV), de derecho laboral y de la seguridad social («El derecho de la seguridad social en Senegal», en las págs. 137 a 156 del tomo III); de derecho administrativo («El desarrollo del Gobierno local en Nigeria», en las pp. 111 a 138 del tomo IV); de derecho financiero («El acceso de los Estados no africanos al Banco Africano de Desarrollo», en las págs. 157 a 173 del tomo IV) y, entre otras ramas, y por supuesto, de derecho penal y penitenciario. No hay que olvidar que los profesores Jescheck, Madlener y el propio Instituto Max Planck «für ausländisches und internationale Strafrecht» pertenecen a la Asociación de Derecho Africano.

Concretamente, en los tomos III y IV que comento, los artículos de derecho penal y penitenciario vienen firmados por la misma persona, Kwame Frimpong, de la Universidad de Ghana (Legon), que analiza diversos problemas de su país. En el tomo III (págs. 85 a 103) presenta un trabajo titulado «Algunas reflexiones sobre el sistema penitenciario de Ghana», en el que, tras realizar un estudio histórico y legislativo del mismo, concreta las críticas que le merece. Con una formación europea (ha sido estudiante de la Max Planck) señala con acierto la falta de personal cualificado, la falta de clasificación penitenciaria y de centros de diagnósticos, la saturación de las prisiones y la falta de programas de rehabilitación como algunos de los más graves problemas para el desarrollo de un sistema penitenciario moderno, y por ello propone construir nuevas prisiones (en el exterior de las ciudades), dotarlas de personal técnicamente preparado, cuidar la higiene y limpieza de las mismas, y concienciar a la sociedad de la importancia de la asistencia al condenado, para lograr su completa resocialización. Propuestas muy conocidas en Europa, como es claro, pero que tienen una trascendental importancia para el desarrollo del penitenciarismo de Ghana. En el tomo IV su trabajo se titula «Derecho y Justicia Penal en Ghana desde el golpe militar del 31 de diciembre de 1981» (págs. 27 a 44) y su enfoque es distinto, porque se centra en problemas reales de la administración de la justicia penal en un sistema político «revolucionario», que introduce «tri-

bunales públicos» para conocer de los delitos económicos y contra la seguridad del Estado, tribunales que carecen de controles efectivos y que pueden sancionar incluso con la pena de muerte. Su crítica a los mismos no afecta en nada a una clara y objetiva exposición de las funciones y procedimiento de actuación, que da idea al lector europeo de un serio problema de falta de garantías.

Pero no hay solamente artículos doctrinales en el «Anuario de Derecho Africano»; se incluyen igualmente conferencias, proyectos de investigación, recensiones y unos amplios apartados dedicados a documentación de organizaciones africanistas. Su voluntad de extender el conocimiento del derecho africano, así como su estudio comparativo, hace que los textos vengan indistintamente en alemán, francés o inglés, lo que puede facilitar más su difusión. Es cierto que el mundo africano no está integrado en nuestro ámbito cultural, donde es bastante desconocido, pero ello no legitima la falta de interés sobre una realidad en constante auge y desarrollo, más aún cuando se trata de realidades jurídicas. En este sentido, y parafraseando al latino, a los estudiosos del derecho ningún ordenamiento nos es ajeno. Con publicaciones como este Anuario, ese deseo es cada día más factible.

ESTEBAN MESTRE DELGADO

LUZON PEÑA, Diego-Manuel, «Derecho penal de la circulación. (Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo)», Barcelona, Bosch, 1985, 184 págs.

El profesor Luzón Peña, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de León, lleva ya muchos años comentando sistemáticamente, en publicaciones especializadas, la abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo que se refiere a los delitos originados en la circulación viaria, prosiguiendo así la obra de su padre, don Manuel Luzón Domingo. Ahora presenta una colección de esos estudios que recoge los comentarios y artículos de mayor interés por sus contribuciones teóricas, haciendo más accesible su conocimiento, ya que frecuentemente, por la dispersión temporal o forma de publicación, «resultaba difícil a posteriori su localización y control» (pág. 10).

Los 19 estudios que integran este libro se presentan agrupados por materias, y de la relación de temas tratados queda patente el interés del autor (que no hay que olvidar que se ha formado —como resalta en la dedicatoria— con el profesor Gimbernat, ni que ha estudiado en Alemania con Roxin) por la construcción doctrinal de la parte general del Derecho penal, sin que, obviamente, ello signifique descuido de las consideraciones de parte especial.

Efectivamente, Luzón Peña estudia diversos problemas de relación causal, criticando los considerandos jurisprudenciales que hablan de causalidad subjetiva o moral, causalidad objetiva o material y causalidad jurídica (págs. 22 y 85 a 88), y la tesis de la interrupción del nexo causal (págs. 28 a 30), y afirmando que «la solución de los casos de cursos causales irregulares o concurrentes, etc., no puede depender exclusivamente de la presencia de algo empírico: el nexo causal, sino fundamentalmente de elementos valorativos jurídicos» (pág. 88). Así se recoge la tesis de Gimbernat (citando expresamente su libro de 1966 «Delitos cualificados por el resultado y causalidad», fundamental para este problema) que proclama que los problemas

que se han querido resolver en el marco de la relación de causalidad (normalmente para restringir la responsabilidad) sólo tienen solución dentro del análisis del tipo del injusto (págs. 22 y 23). De la misma manera, y engarzando problemas conexos, Luzón reflexiona en tres estudios sobre la tesis de la imputación objetiva, definida como «exigencia adicional esencial para el tipo de injusto» (pág. 33) y categoría independiente y sucesiva a la relación causal (pág. 36). La aplicación a casos concretos de los criterios del fin de protección de la norma (pág. 67, entre otras), de la realización del peligro inherente a la acción base (págs. 40 y 43) o del incremento del riesgo (pág. 40) permiten llegar a unos resultados que respetan tanto los condicionamientos técnicos como las exigencias de justicia material, avalándose así el acierto de la tesis de Gimbernat (denominada por él «reprochabilidad objetiva» cuando la expresó en 1966). La discusión sobre si el fin de protección de la norma abarca o no los daños no directos (pág. 106) es uno de los caminos por los que parece desarrollarse actualmente esa teoría.

Otro de los problemas que estudia ampliamente Luzón es el de la comisión imprudente de los delitos de circulación. En los seis estudios que dedica a este tema aborda la utilización por el Supremo de los cursos causales hipotéticos para decidir si la imprudencia es temeraria o simple (criticándola y optando por una consideración objetiva de la trascendencia del hecho delictivo, en pág. 49); la opinión jurisprudencial de que el 565,2.º requiere una infracción voluntaria de los reglamentos (a la que critica, por no considerarla coherente con la construcción de los delitos culposos, en págs. 50 y 51); la degradación jurisprudencial de la imprudencia simple antirreglamentaria a la falta de imprudencia simple sin infracción de reglamentos por culpa concurrente de la víctima (criticada, ya que la culpa concurrente de la víctima o excluye la imprudencia u origina una nueva responsabilidad, pero no hace desaparecer la infracción antirreglamentaria; El camino adecuado si se quiere degradar esa responsabilidad a la falta sin infracción de reglamentos es su exclusión por el criterio del fin de protección de la norma, y así lo fundamenta Luzón Peña en las págs. 57 a 67); la participación en estos delitos culposos (impune para Luzón, aunque con distinta fundamentación que la empleada por la teoría alemana —págs. 92 a 99—); la determinación de la pena en estos delitos (afirmando el autor que los Tribunales no están sujetos en estos casos a las normas del artículo 61 CP —pág. 112—, pero sí a las del 66 CP —pág. 117); y el concurso con el tipo de conducción temeraria (destacando el interesante estudio que sobre el principio de alternatividad del penúltimo párrafo del artículo 340 bis a) CP se hace en las págs. 169 y 170).

El último gran bloque de estudios se centra en la figura de la omisión de socorro, distinguiendo entre la omisión propia (de la que es ejemplo paradigmático para el autor la omisión de socorro —pág. 135—, en contra de lo sostenido por abundante jurisprudencia) y la comisión por omisión, y contestando a este respecto a la polémica iniciada por Rodríguez Devesa (páginas 138 a 140). Son muy interesantes las reflexiones de Luzón Peña acerca de la configuración como omisión propia de la omisión de socorro a la propia víctima, y su eventual concurso con un delito imprudente (págs. 122 a 126); acerca de la calificación de deberes jurídicos de los contemplados

por los números 1 y 3 del artículo 489 bis CP, y su distinción por la intensidad —gravedad de la pena— que no por la extensión —contenido— (páginas 145 y 146, y 158); sobre la situación de desamparo de la víctima (especialmente págs. 156 a 162); y sobre la no contemplación de la fuga en el párrafo tercero de dicho artículo 489 bis CP (págs. 162 a 164).

Hay otros temas tratados en la obra (movimientos reflejos que excluyen el concepto jurídico de acción; problemas de los cruces de vías; concepto de llaves falsas en robo de automóvil; o robo y hurto de uso y los problemas que plantea su duración), pero esta breve recensión sólo puede dar idea de su riqueza de contenidos. En el Prólogo el autor hablaba de su propósito de «contribuir al diálogo y acercamiento entre la teoría y la praxis». Tras la lectura del libro queda patente no sólo el acierto de ese enfoque, sino también el buen hacer doctrinal y la enorme trascendencia forense de su estudio, que son ya característicos del profesor Luzón Peña.

ESTEBAN MESTRE DELGADO

MAQUEDA ABREU, María Luisa, «Suspensión condicional de la pena y probation», Ministerio de Justicia, Colección Temas Penales, Madrid, 1985, 235 págs.

La profesora Maqueda aborda en este interesantísimo trabajo, un tema absolutamente necesitado de un estudio serio.

En los últimos años, se han acentuado en nuestro país, las denuncias acerca de la crisis de la prisión, comienza la autora (pág. 13), para afirmar el fracaso de la pena «en lo penitenciario», y la exigencia de reducir el recurso masivo a la privación de libertad, en favor de soluciones o medidas alternativas.

El punto de partida de este trabajo nace de la siguiente reflexión: ¿Cuál es la significación, alcance y validez de esos sustitutivos de la prisión que tienden a aparecer como la solución ideal, en el marco de una política criminal que aspira, sobre todo, al logro de una mayor racionalización y eficacia en el empleo de sus instrumentos punitivos? (pág. 23), y esta reflexión suscita una cuestión de orden primario, ¿es la condena condicional o suspensión condicional de la pena, uno de esos instrumentos ideados por el poder para garantizar sus intereses a través de la extendida fórmula de la defensa social?, o ¿es, más bien, un medio atípico de control social obediente a una situación meramente coyuntural y que no deja de evidenciar despreocupación e indiferencia hacia lo que es una proporción natural-funcional de delincuencia poco relevante por su escasa envergadura y significación?, e idéntica formulación puede hacerse respecto a la probation (pág. 27).

El trabajo de la profesora Maqueda, es un estudio serio y comprometido, porque está tomando postura constantemente. Su trabajo es absolutamente sistemático: parte de una introducción al tema, estudiando el origen y desarrollo histórico de la suspensión condicional, su denominación, concepto y características, naturaleza jurídica, fundamento y fines, bajo el concepto amplio de nociones fundamentales.

A continuación, la autora traslada el problema a nuestro país, estudiando la figura desde su nacimiento en la Ley de 1908 referente a condena condicional, hasta la modificación introducida por la Ley de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, de 25 de junio de 1983, al artículo 92, sobre remisión condicional de la pena, denominación con la que la doctora Maqueda no está de acuerdo, por inclinarse hacia la de «suspensión condicional de la pena (o de la ejecución o cumplimiento de la pena)», siguiendo en nuestro país a Del Toro, De Miguel, Antón Oneca y Núñez Barbero.

Especialmente atractivo, resulta el capítulo dedicado al estudio del Derecho comparado en Europa, donde, además de decirse todo, las referencias bibliográficas son exhaustivas. La suspensión condicional se instaura en nuestro continente a partir de las leyes belga y francesa de 1888 y 1891, respectivamente. A raíz de este nacimiento, la Unión Internacional de Derecho Penal, recomienda a los legisladores de todos los países en el Congreso de Bruselas, en 1889, la adopción del principio de la condena condicional, determinándose sus límites según las condiciones locales. Su instauración en el resto de los países de Europa no se hace esperar, trasladándose también a gran número de países del Centro y Sur de América que adoptaron, sin apenas alteraciones, el sistema del «sursis» francés. En esencia, la institución es idéntica en todas las legislaciones, variando la amplitud de su ámbito de aplicación.

Finaliza el trabajo de la autora con el análisis en profundidad de los proyectos de «probation» en España y la llamada suspensión del fallo, en las propuestas de reforma del Código penal español de 1980 y 1983. Afirma la doctora Maqueda, «innegable la superioridad de la propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983, cuando menos en lo que hace a la selección de los requisitos personales que establece la aplicación de la suspensión del fallo» (pág. 199).

De cualquier forma y del análisis comparativo de su regulación, en las Propuestas de 1980 y 1983, la autora considera «positivas» las limitaciones de carácter objetivo, que uno y otro legislador imponen, al empleo discrecional de la suspensión y, en particular, las relativas a la «cuantía de la infracción» y la «previa satisfacción de responsabilidades civiles», en caso de haberlas originado el delito, por cuanto el reconocimiento de la suspensión no puede significar un olvido de los perjudicados por la infracción.

Ambos Proyectos comparten también la idea de excluir del ámbito de la suspensión del fallo, lo que tiene la consideración legal de «grave», aunque, según la autora el criterio elegido en cada caso es diferente: restrictivo en el Proyecto de 1980, amplio en el de 1983, porque mientras aquél remite para determinar la «gravedad», a la de la pena en abstracto, el Anteproyecto se refiere a la pena que habría de imponerse en concreto, valoradas las circunstancias concurrentes.

La Conclusión, con mayúscula, de M.^a Luisa Maqueda, lo vuelve a cuestionar todo, hasta el éxito de estas experiencias, en base a la conservación de este principio elemental y básico en el ejercicio del control social: la recompensa por el sometimiento «voluntario», que nunca podrá tener este carácter de verdad, mientras la desviación sea aislada e instrumentalizada en su diferenciación con la normalidad, sirviendo a la consecución de uno

de los objetivos finales para la supervivencia y legitimación del poder, el reforzamiento del consenso en torno a un orden que debe permanecer, a toda costa, incuestionado.

AVELINA ALONSO DE ESCAMILLA

Profesora de Derecho Penal

(Luis Vives - C. E. U.)

Colaboradora del Dpto. de Dcho. Penal

Universidad de Alcalá de Henares

PALAZZO, Francesco C.: «La recente legislazione penale», Casa Editrice Dott. Antonio Milani (CEDAM), 3.ª ed., Padova, 1985, XIV + 373 págs.

Es conocido que, a lo largo del último decenio, el ordenamiento penal italiano ha experimentado un espectacular incremento, como respuesta estatal a un proceso de «explosión de la criminalidad» que ha afectado tanto a la de carácter común como a la política. Pero quizá lo sea menos el hecho de que ese crecimiento se ha caracterizado por la dispersión normativa y que, en la actualidad, los textos legislativos presentan una complejidad que a la misma doctrina italiana le parece «laberíntica». El presente libro de Palazzo se encuadra así dentro de una corriente doctrinal que pretende estructurar la «selva normativa» (pág. V) de la reciente legislación penal italiana, a la que también pertenecen los estudios y comentarios de, entre otros, Marinucci y Dolcini («Diritto penale in trasformazione», a cura di..., Milano, 1985), Algostino, Grasso y otros (Modifiche al sistema penale [legge 24 novembre 1981, n. 689]», Milano, 1982), o Grevi («Alternative alla detenzione e riforma penitenziaria», a cura di..., Bologna, 1982).

Con un doble criterio, didáctico y práctico (pág. IX), Palazzo limita voluntariamente el campo normativo que estudia, en un sentido material y en otro cronológico, centrándose en las disposiciones normativas sustanciales (es decir, no entrando en el análisis del ordenamiento procesal) aparecidas entre los años 1974 (año en el que el decreto-ley de 11 de abril, n. 99 —convertido en ley de 7 de junio del mismo año, n. 220— produjo la más profunda reforma penal en Italia tras las que se produjeron nada más finalizar la guerra) y 1985. Y aún con esta limitación, el autor hace referencia a 54 normas penales (págs. 2 a 5) como objeto de su estudio, a las que hay que añadir las introducidas estando el libro en prensa (a título de ejemplo, es el caso del decreto-ley de 22 de abril de 1985, n. 144, convertido en ley 21 de junio, n. 297).

Formalmente, el libro estructura la reciente legislación penal italiana por bloques temáticos, agrupando las normas que han reformado el sistema sancionatorio en el capítulo II (págs. 23 a 98), las que tienden a la despenalización en el III (págs. 99 a 134), las que refuerzan la prevención general en el IV (págs. 135 a 239), las que modifican el sistema de medidas preventivas en el V (págs. 261 a 296), y las motivadas por las nuevas ideologías sociales en el VI (págs. 297 a 341). Abre el libro un primer capítulo dedicado a las líneas generales de la reciente evolución legislativa penal italiana (páginas 1 a 22), y lo cierra un capítulo VII en el que se recogen, casi a manera

de conclusión, las reflexiones del autor sobre las actuales tendencias de política criminal, los principios constitucionales y sus relaciones con los textos normativos estudiados (págs. 343 a 373). La bibliografía no se añade como anexo, como suele resultar convencional, sino que se incluye, igualmente agrupada por contenidos temáticos homogéneos, al final de cada uno de los 55 epígrafes que subdividen los capítulos de la obra.

En lo que respecta al contenido, Palazzo critica la «producción aluvional» de leyes penales (pág. 364) que ha dado a este sector del ordenamiento un carácter protagonista en la sociedad italiana actual, al tiempo que una muy escasa efectividad, ya que falta una planificación normativa que centre la política criminal estatal. Ello es origen, y a la vez consecuencia, de la existencia en el ordenamiento penal italiano de una doble normativa, cuya regulación y principios pueden verse como contradictorios: por un lado, la regulación de la criminalidad común se inspira en la idea de la resocialización y la finalidad especial preventiva (pág. 43), por otro, la regulación «de emergencia», dictada para hacer frente a las formas más graves de criminalidad organizada (fascista, terrorista, mafiosa), e inspirada en un emergente neoclasicismo penal (pág. 369), a la que Palazzo acusa de hacer declinar la esperanza reeducativa y atenuar la sensibilidad garantista del sistema penal (especialmente, págs. 177 a 189).

La tendencia señalada por Palazzo es evidente, y en España puede también apreciarse, si bien en términos mucho más ténues. Porque, partiendo de esa distinción, la obra que reseño ofrece explícitamente las diferencias notorias entre las dos vertientes de ese sistema penal: en lo que respecta a la concepción del Derecho penal como última ratio (pág. 100), se destaca la importancia del proceso despenalizador, que ha dotado de una mayor flexibilidad a los instrumentos sancionatorios, y ha reducido el ámbito de actuación de las leyes penales. En este sentido la destipificación de las bagatelas (pág. 101), el crecimiento de los ilícitos administrativos (pág. 109), la ampliación de los delitos perseguibles sólo a instancia de parte (pág. 131), o las medidas alternativas a la pena de detención (a las que concede extraordinaria importancia para cumplir la finalidad constitucional resocializadora en págs. 49 a 85) son presentados como una cara del sistema penal a la que se opone la existencia de la legislación de emergencia, dirigida a una criminalidad difícilmente resocializable (pág. 352), y caracterizada por la finalidad general-preventiva, que gusta de las penas ejemplares (incremento de la condena perpetua —ergástolo—, y de las penas fijas —pág. 243—, en el límite de la constitucionalidad para Palazzo, por no contar con la necesaria proporcionalidad a la gravedad del hecho —págs. 368—), potencia las medidas predelictuales (fundamentalmente para delitos de terrorismo y mafiosos —págs. 261 a 296—), o equipara los delitos tentados a los consumados (pág. 368). Esta es la «otra» cara del sistema penal italiano que presenta Palazzo. Entre ellas oscila la política criminal italiana actual, que, de esa convivencia, está generando nuevas estrategias contra la criminalidad, entre las que la más llamativa posiblemente haya sido la de la exención o atenuación para los terroristas arrepentidos. En su libro Palazzo estudia profundamente esta normativa (págs. 190 a 211), distinguiendo entre el arrepentimiento «procesal» y el «material» (y en éste incluso el momento del arrepenti-

miento, antes o después de cometido el delito), y proponiendo distintas consecuencias jurídicas para cada uno de los casos que estudia.

La normativa italiana es mucho más rica que lo que esta reseña puede ofrecer, y la obra que comento aborda muchos más problemas: la nueva regulación del delito continuado (pág. 25) o de la reincidencia (pág. 29), la incriminación de nuevas conductas sociales, como el consumo y tráfico de estupefacientes (pág. 297), el aborto (pág. 314) o las asociaciones secretas (págs. 334 y ss.) son otros aspectos ampliamente estudiados. Con ello tan sólo quiero recomendar la lectura de este libro que, centrándose en problemas de constitucionalidad de las normas penales, y planteando los binomios seguridad-libertad y prevención-represión en su estudio, va a aportar al lector un profundo conocimiento de la realidad jurídico-penal italiana, y un conjunto de ideas fácilmente extrapolables a cualquier sistema penal.

ESTEBAN MESTRE DELGADO

Colaborador del Departamento de Derecho Penal
Universidad de Alcalá de Henares

**URBINA TORTELLA, Sebastián: «Ética y política en Luis Jiménez de Asúa»,
Universidad de Palma de Mallorca, Facultad de Derecho, 1984, 212 págs.**

En diciembre de 1985 se cumplió el decimoquinto aniversario del fallecimiento de Jiménez de Asúa, pensador que ha influido, en mayor o menor medida, en todos los penalistas españoles (y no sólo españoles) contemporáneos. Conmemorando esta fecha, el profesor Barbero Santos, Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense, organizó un homenaje en su memoria, en el que las distintas intervenciones que se sucedieron pusieron de manifiesto la trascendencia y actualidad del legado de Jiménez de Asúa, anunciándose para pronto la aparición del libro que recoge las ponencias y comunicaciones presentadas al mismo. Esto es importante (y ya habrá ocasión de volver sobre esta publicación) porque en la actualidad son escasos los estudios dedicados a la figura y obra de este hombre que, como se dice en el libro que inmediatamente comento, «transformó el pensamiento de los juristas españoles en el campo del Derecho penal» (p. 12). Por ello quiero destacar ahora el libro que el profesor Urbina Tortella, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, dedicó al análisis y sistematización de los temas que preocuparon a Jiménez de Asúa, siendo prácticamente «la primera obra que se realiza sobre su pensamiento» (pág. 8), sobre el conjunto de sus reflexiones teóricas, lo que indica que el título de la misma es sólo indicativo de su contenido. Efectivamente, el profesor Urbina parte de la perspectiva de su campo de estudio, la Filosofía del Derecho, pero no se limita a los temas de ética y política tratados por Asúa, abordando obviamente, y con gran extensión, sus estudios sobre el Derecho penal, y sobre otras materias, como inmediatamente se verá.

La amplitud de la curiosidad científica de Asúa, así como su compromiso personal con la realidad política del tiempo en que vivió justifican el amplio espectro de problemas que llamaron su atención: en el libro de Urbina

se analizan las tomas de postura de Asúa frente al problema religioso (páginas 86 a 88 y 121 a 123), el problema regional (págs. 111 a 115), la reforma agraria (págs. 116 a 119) o los problemas militares de la España de la Segunda República, que él vivió muy de cerca, sobre todo en su condición de Presidente de la Comisión Redactora de la Constitución de 1931. De la misma manera, su inclinación a la docencia y la investigación le llevó a abordar diversos aspectos de la enseñanza universitaria en España, que también se analizan en el libro que comento (págs. 73 a 81 y 189 a 212), pero estos temas no son predominantes, ni en Asúa ni en la obra de Urbina, frente al estudio de las cuestiones de Derecho penal.

Como antes señalé, los estudios penales de Asúa tienen una plena actualidad, intentando conciliar sus reflexiones los postulados de la adecuada defensa social con la posibilidad de reforma y educación para la libertad de los condenados, y pretendiendo construir un Derecho penal protector y garantista cuya consecución hoy también nos preocupa. En su pensamiento son fundamentales las críticas al principio de determinación de la pena (equiparando el delincuente a un enfermo, y optando por el sistema de sentencia indeterminada o de penas determinadas a posteriori), su oposición a la pena de muerte y la reclusión de por vida, su rechazo de la retribución, su clara opción por una orientación resocializadora de las penas y las medidas de seguridad (en cuyo cumplimiento el delincuente estaría sujeto a una «tutela educativa») y su defensa de las libertades ciudadanas y las garantías formales. Urbina remarca expresamente este aspecto cuando analiza el pensamiento de Asúa sobre los delincuentes políticos (págs. 36 y 70 a 73), la censura y la libertad de prensa (págs. 83 y 84) o la represión penal de algunas conductas sexuales (págs. 59 a 66), concretando que Asúa pensaba «no en una sociedad sin controles», pero sí en «una sociedad con unos controles muy desformalizados» (pág. 11).

Urbina, que gusta del elegante estilo con que escribía Asúa, se apoya constantemente en citas de sus libros, que conoce bien, y así expone evolutivamente su pensamiento, ofreciéndose asistir al proceso de formación de sus ideas, desde «La sentencia indeterminada» (1913) hasta el «Tratado de Derecho penal» (1964), pasando por «La recompensa como prevención general. El derecho premial» (1915), «La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas» (1918), «El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho penal moderno» (1920), el bello «Libertad de amar y derecho a morir» (1929), «Ley de Vagos y Maleantes. Un ensayo legislativo de peligrosidad sin delito» (1934) o las series de «El Criminalista» (desde 1958), entre tantas otras obras fundamentales para nuestro Derecho penal. De su meritorio análisis se desprende claramente el significado e importancia de Asúa «para el Derecho penal en particular, como para la cultura jurídica española en general» (pág. 12) y, asimismo la enorme deuda que nuestra sociedad tiene contraída todavía con Jiménez de Asúa, siendo este decimoquinto aniversario una oportunidad para reflexionar sobre todo ello.

ALEMANIA (República Federal)

**ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE
STRAFRECHTSWISSENSCHAFT**

Tomo 96, 1984, Fascículo 4

ALBRECHT, Hans-Jörg/HEINE, Günter/MEINBERG, Volker: «Umweltschutz durch Strafrecht? (¿Protección del ambiente mediante el Derecho penal?).

En el presente estudio se aborda en primer lugar la situación de la regulación jurídica del ambiente en la República Federal de Alemania y en especial las relaciones que se dan en ese país entre Derecho penal y Derecho administrativo en materia ambiental. La inexistencia de un programa ecológico global se constata con la existencia de diversas leyes sectoriales sobre agua, sobre emisión de gases o desechos, sobre energía atómica, productos químicos y aguas residuales. Esta regulación administrativa del ambiente se caracteriza, en opinión de los autores, por dos notas: de un lado, se trata de ordenaciones flexibles que por el frecuente uso de conceptos indeterminados otorgan a las autoridades administrativas un amplio poder de definición; de otro lado, se atribuye a los órganos con competencia ambiental determinadas funciones de control o incluso de dar facilidades a las industrias sobre problemas ambientales. Frente al predominio del Derecho administrativo en esta materia, es constatable el escaso éxito del Derecho civil en la reacción contra los daños ecológicos; como razones de este fracaso los autores apuntan la carestía del proceso civil y la dificultad de comprobar la relación de causalidad. Por ello en Alemania surgió la convicción de que era necesaria una protección penal del ambiente que cumpliera en mayor medida una función preventiva de los daños contra la naturaleza y que reforzara las creencias sociales en esta materia. Estos son los motivos que justifican la aparición de la 18.ª Ley de Reforma del Derecho Penal para la lucha frente a la criminalidad contra el ambiente, de 28-3-1980, cuya entrada en vigor se retrasó hasta el 1-7-1980. Esta Ley introdujo en el StGB el título 25, que abarca los parágrafos 324 al 330 d. Los autores del artículo objeto de recensión se muestran bastante críticos ante la nueva normativa juridicopenal: los tipos de este nuevo título están configurados como delitos de peligro abstracto o concreto, con la intención de eludir así los graves problemas de causalidad y de dolo que se presentan en la criminalidad ambiental; en las nuevas figuras delictivas

tivas se pone de manifiesto asimismo la accesoriedad de la Administración, lo que ocurre bien excluyéndose la responsabilidad penal cuando hay autorización administrativa, bien fundamentándose la propia responsabilidad penal en la infracción de un precepto administrativo; por otro lado, se utiliza excesivamente la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados y de las leyes penales en blanco, de manera que se asigna a la Administración un papel central en la determinación del ámbito de aplicación de la norma penal; este papel central resulta también reforzado por el hecho de que la responsabilidad penal de los funcionarios por los fallos que puedan cometer, está prácticamente excluida; la indeterminación de muchos conceptos empleados en los nuevos tipos suscita la cuestión de hasta qué punto se ha cumplido por el legislador el mandato de certeza y provoca insatisfacción entre los jueces a la hora de deslindar y delimitar las distintas situaciones. Frente a la opinión de Rudolphi de que en estos delitos no cabe el estado de necesidad del § 34 StGB porque el permiso administrativo representa un caso de aplicación del principio general de justificación del interés preponderante, los autores de este trabajo estiman que no se ha producido en esta nueva regulación una ponderación específica y que por lo tanto sí podrá darse el estado de necesidad, si bien con un escaso margen de aplicación: dado que los intereses económicos no son por lo general superiores a los bienes jurídicos ambientales y dado que se niega el § 34 cuando no se ha solicitado una autorización administrativa, el campo de juego de esta causa de justificación queda muy reducido. En cuanto a la apreciación de deberes de garante de los funcionarios se constata en este trabajo que la jurisprudencia hace esfuerzos por limitar la responsabilidad penal de las omisiones en que pudieran incurrir las autoridades administrativas.

La segunda parte de este artículo se encuentra dedicada a una investigación empírica sobre la criminalidad contra el ambiente en la República Federal de Alemania. Ahí se muestra que el aumento de la criminalidad ha sido considerable según las estadísticas policiales desde 1973 a 1983, predominando los casos de contaminación de aguas y siendo menos frecuentes los supuestos de contaminación del aire o los ruidos; este aumento de la delincuencia ambiental no se produce sin embargo de forma igualitaria en todos los *Länder* de la República. Sorprendentemente no existe un correspondiente crecimiento del número de condenas judiciales, siendo considerable la cuota de absoluciones y suspensiones; al parecer, ello se debe más que a una falta de interés de la población en la denuncia de estas infracciones, a las dificultades de prueba y control por parte de la policía. Del análisis de los supuestos de hecho de los delitos contra el ambiente se deduce que en el futuro el centro de gravedad lo constituirán las pequeñas contaminaciones, que por lo general no estarán motivadas por la actividad industrial. Como resultado de esta investigación empírica los autores de la misma consideran que las consecuencias y posibilidades de un Derecho penal del ambiente están, hoy por hoy, abiertas; para disponer de más datos sobre la valoración de un Derecho penal ambiental se subraya la necesidad de que se efectúen más análisis empíricos por un lado sobre la cooperación entre los órganos administra-

tivos y las autoridades policiales o judiciales y por otro, sobre los presupuestos del control y la imposición de deberes de denuncia.

El tercer apartado del artículo objeto de recensión aborda un estudio de Derecho comparado sobre la protección ambiental; se tienen en cuenta aquí múltiples variables: desde los sectores del ordenamiento jurídico encargados de dicha protección hasta los problemas de Derecho internacional penal que se plantean, pasando por los aspectos más relevantes de las tipificaciones penales. Dentro de este análisis de diversas legislaciones, resaltan las críticas dirigidas al artículo 347 bis del Código penal español a propósito de los conceptos jurídicos indeterminados y de las leyes penales en blanco; Albrecht, Heine y Meinberg piensan que "el legislador español parece haber introducido, más que la solución de las dificultades, una acumulación de ellas tanto desde el punto de vista del mandato de determinación como desde el punto de vista de la aplicación y puesta en práctica de la norma"; igualmente censurable les parece la exigencia establecida en este precepto de la contravención de las Leyes o Reglamentos protectores del medio ambiente, porque si bien este requisito puede suponer una mayor precisión de la conducta punible, planteará al mismo tiempo nuevos problemas debido a la confrontación de dos sistemas jurídicos con diferentes objetivos y con distintas imposiciones de conductas.

El trabajo concluye con una relación de las conclusiones alcanzadas.

KRÜMPELMANN, Justus: «Täuschungen mit Wahrheitskern bei § 145d Abs. 1 Ziff. 1 StGB» (Simulaciones con un núcleo de verdad en el § 145d, párrafo 1.º, número 1 del Código penal alemán).

El problema que se plantea en esta investigación de Krümpelmann gira en torno a los siguientes casos de simulación de delito: la víctima de unas lesiones reales finge ante la policía que le han sustraído además una cantidad de dinero, con la intención de que los funcionarios encargados de investigar el caso intensifiquen sus pesquisas y pongan mayor celo en la persecución del delito; o el autor de un atraco declara el doble de la cantidad realmente sustraída para encubrir así otras propias defraudaciones punibles; o bien se escenifica un robo en un lugar público estando de acuerdo con la "víctima", lo que provoca desórdenes y pone en movimiento a la policía. La cuestión que originan estos y otros casos semejantes, en los que se simula un hecho punible para encubrir otro distinto que se ha cometido en realidad, es si son o no punibles conforme al § 145d, párrafo 1.º, número 1. Este precepto dice lo siguiente: "El que ante una autoridad o ante alguien competente para recibir denuncias simulara a sabiendas: 1, que se ha cometido un hecho antijurídico o 2, que es inminente la realización de uno de los hechos antijurídicos indicados en el § 126, párrafo 1.º, será castigado con pena privativa de libertad hasta 3 meses o con multa, siempre que el hecho no esté amenazado con pena en los §§ 164, 258 ó 258a". El tema no es de interés meramente teórico sino también práctico, puesto que en el año 1982 hubo

NOTICARIO

NUEVOS CATEDRATICOS DE DERECHO PENAL

Tras haber superado las pruebas de acceso al Cuerpo de Catedráticos de Universidad, han obtenido la cátedra de Derecho Penal los profesores: Dr. D. Luis Alberto Arroyo Zapatero en Albacete, Universidad de Castilla-La Mancha; Dr. D. Enrique Bacigalupo en Lérida, Universidad de Barcelona; Dr. D. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre en la Universidad de Salamanca; Dr. D. Juan Carlos Carbonell Mateu en Cáceres, Universidad de Extremadura; Dr. D. José Luis Díez Ripollés en la Universidad de Málaga; Dr. D. Lorenzo Morillas Cueva en la Universidad de Granada.

EL UNDECIMO CONGRESO INTERNACIONAL DE DEFENSA SOCIAL

Buenos Aires (Argentina), 27 octubre - 1.º noviembre 1986

La Sociedad Internacional de Defensa Social organiza su XI Congreso, en Buenos Aires, del 27 de octubre al 1.º de noviembre de 1986. Preside esta sociedad Simone Rozes, Primer Presidente del Tribunal de Casación de Francia. Su Secretario General es Adolfo Beria di Argentina. Tiene su sede social en el Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, 3 piazza Castello, 20121 Milano (Italia).

Los primeros congresos los celebró en la inmediata postguerra: San Remo, Italia, 1947. Lieja, Bélgica, 1949. Los últimos en París (1971), Caracas (1976) y Tesalónica (1981).

El tema general del Congreso será: *La internacionalización de las sociedades contemporáneas en el campo de la criminalidad y las respuestas del movimiento de la defensa social. Dimensiones criminológicas, aspectos socioeconómicos, prácticas jurídicas.*

La introducción general estará a cargo de Mireille Delmas Marti y las ponencias generales regionales a cargo de ponentes de todas las partes del mundo. Para Europa lo serán V. Koudriavtsev, E. Melnikova y Marino Barbero Santos. Sobre dimensiones criminológicas, Bernardo Beiderman y Derick McClintock. Sobre aspectos socioeconómicos, Adolfo Beria di Argentina y Luigi Campiglio. Sobre prácticas jurídicas, Raymond Screvens, Helge Rostad y Pedro David.

Como introducción al tema del Congreso leemos en su programa: "Es sabido que la "Defensa Social" no se trata de una mera "defensa". en

en Alemania 2.678 condenas por simulación de delito y se calcula que son muy frecuentes los casos en que se finge un hecho falso para encubrir otro verdadero: aproximadamente un 60 por 100. del total.

Para resolver este problema, Krümpelmann insiste en que el bien jurídico protegido en la simulación de delito no es la Administración de justicia, sino más concretamente la capacidad o potencial de trabajo de la Administración de justicia; en este sentido llega incluso a comparar este delito con el de estafa, argumentando que en la estafa también se produce un engaño que induce a error y se ataca el potencial económico, es decir el patrimonio. Igualmente analiza este autor el origen histórico del § 145d 1, 1 y su estructura típica. Ello le lleva a profundizar en esta infracción y a distinguirla de otras figuras delictivas (falso testimonio, encubrimiento, obstaculización de la pena) no tan emparentadas en su opinión con la simulación de delito como cree la doctrina.

Tras el análisis de las diversas posibilidades que se presentan en el grupo de casos ya expuestos, Krümpelmann llega a las siguientes conclusiones: cuando las circunstancias del hecho son transformadas hasta el punto de convertir una falta en un delito, es aplicable el § 145d; las alteraciones de tiempo y lugar en un hecho real son irrelevantes; la ficción de que ha sido otra persona la autora del hecho, no puede dar lugar al tipo del § 145d párrafo 1.º, número 1, sino a la figura prevista en el § 145d párrafo 2.º, número 1, que hace referencia a la simulación de partícipes, delito éste que no tiene parangón en otras legislaciones extranjeras; el § 145d párrafo 1.º, número 1 es aplicable cuando el hecho punible fingido es equivalente al hecho real pero constituye un distinto objeto de averiguación para la autoridad, no siendo por el contrario aplicable cuando el simulador declara datos verdaderos que fundamentan la sospecha de un hecho realmente cometido; por último, el autor de este trabajo estima que si se simula un delito para encubrir otro delito de simulación, el hecho será subsumible en el § 145d párrafo 1.º, número 1.

* * *

El presente fascículo de la ZStW se completa con una información bibliográfica sobre obras dedicadas a la historia del Derecho penal; entre ellas destaca el libro de Helga Müller que lleva por título "Der Begriff der Genera'prävention im 19. Jahrhundert. Von P. J. A. Feuerbach bis Franz v. Liszt" (Frankfurt, 1984). En la sección extranjera aparece el artículo del profesor español José Luis Díez Ripollés dedicado a los delitos calificados por el resultado que ha sido cometido imprudentemente y al principio de culpabilidad; los lectores del ANUARIO conocen ya el contenido de esta investigación por haber aparecido de forma completa —y no resumida como en la versión alemana— en los tomos 35 (1982) y 36 (1983) del propio ANUARIO. También en la sección extranjera Kaiser nos ofrece un repertorio de recensiones sobre obras de criminología internacional y comparada.

ANTONIO CUERDA RIEZU

Universidad de Alcalá de Henarés

el sentido de un inmovilismo respecto de posiciones que se quiere conservar o proteger. Su fuerza consiste en ser precisamente un "movimiento" que, tal como recientemente lo ha recordado Marc Ancel (*La défense sociale*, P.U.F., París, 1985, colección "que sais-je"), no tiende a congelarse en una formulación estereotipada, puesto que toma conciencia del movimiento de las cosas y se esfuerza, sin cesar, en mantenerse atentos a los nuevos hechos... El movimiento es inseparable de la evolución del mundo, es decir, de las cosas, de los seres, de sus necesidades y de sus deseos".

"Por consiguiente, la internacionalización de las sociedades contemporáneas también se inscribe, naturalmente, en el movimiento de la Defensa social, sea que se trate de sus dimensiones criminológicas o de los aspectos sociales y económicos o bien de las prácticas jurídicas".

"En sus dimensiones criminológicas, la internacionalización se manifiesta, en los dominios más recientes: delincuencia económica, financiera y ecológica, delincuencia ligada a las nuevas tecnologías, terrorismo y tráfico de drogas".

"En cuanto a los aspectos sociales y económicos, éstos escapan cada vez más el enfoque puramente nacional: el papel de las empresas multinacionales, su poderío, que las convierte en verdaderos sujetos de Derecho internacional (cuya soberanía concurre con la de los Estados) y su movilidad, en contraste con los Estados inmóviles...".

"Por último, también las prácticas jurídicas... tienden a internacionalizarse y este proceso se advierte tanto en el orden legislativo como en el judicial y penológico".

"Queda en pie la cuestión, extremadamente difícil, de los límites que pone a tal internacionalización la resistencia de los Estados...".

"El Congreso de Buenos Aires permitirá el abierto planteamiento de estas cuestiones, lo cual ya será de por sí considerable".

Agencia oficial del congreso: IMANTUR, S. A., Cerrito 1328, 1010 BUENOS AIRES (Argentina).

Pascual MENÉU MONLEÓN
Abogado del I. Colegio de Madrid

INDICE GENERAL DEL TOMO XXXIX AÑO 1986

TOMO XXXIX - FASCICULO II - MAYO-AGOSTO

Páginas

SECCION DOCTRINAL

<i>El error en el delito de defraudación tributaria del artículo 349 del Código penal</i> , por Francisco Muñoz Conde	379
<i>La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual</i> , por José Miguel Zugaldía Espinar	395
<i>La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes</i> , por M. ^a Luisa Maqueda Abreu	423
<i>La protección del menor en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código penal</i> , por Josep M. ^a Tamarit Sumalla	487
<i>Los presidios, las cárceles y las prisiones</i> , por Ricardo Zapatero Sagrado	511

CRONICAS EXTRANJERAS

<i>La actualidad de la extradición en el derecho francés</i> , por Andre Decocq	569
--	-----

SECCION LEGISLATIVA

<i>Disposiciones</i> , por Francisco Javier Alvarez García	579
---	-----

CIRCULARES Y CONSULTAS

La actuación del Ministerio Fiscal en el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad	589
La prueba de alcoholemia como integradora del tipo definido en el artículo 340 bis a) del Código penal	598
Jurisdicción y competencia para conocer de los delitos cometidos en aeronaves españolas durante la navegación aérea	606
Ocupación, destrucción y comiso de estupefacientes y psicotrópicos en el proceso penal	613

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comienzo de la tentativa y estupro incestuoso</i> , por Elena Farre Trepas	627
<i>Jurisprudencia Constitucional</i> , por Antonio González-Cuéllar García	641
<i>Jurisprudencia Penal</i> , por Luis Felipe Ruiz Antón	679

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

Revista de libros	707
Revista de revistas	720

NOTICIARIO

Nuevos catedráticos de Derecho penal	724
El undécimo Congreso Internacional de Defensa Social	724

INDICE

Páginas

SECCION DOCTRINAL

<i>El error en el delito de defraudación tributaria del artículo 349 del Código penal</i> , por Francisco Muñoz Conde	379
<i>La demarcación entre el dolo y la culpa: El problema del dolo eventual</i> , por José Miguel Zugaldía Espinar	395
<i>La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes</i> , por M. ^a Luisa Maqueda Abreu	423
<i>La protección del menor en la propuesta de anteproyecto de nuevo Código penal</i> , por Josep M. ^a Tamarit Sumalla	487
<i>Los presidios, las cárceles y las prisiones</i> , por Ricardo Zapatero Sagrado	511

CRONICAS EXTRANJERAS

<i>La actualidad de la extradición en el derecho francés</i> , por Andre Decocq...	569
--	-----

SECCION LEGISLATIVA

<i>Disposiciones</i> , por Francisco Javier Alvarez García	579
---	-----

CIRCULARES Y CONSULTAS

La actuación del Ministerio Fiscal en el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad	589
La prueba de alcoholemia como integradora del tipo definido en el artículo 340 bis a) del Código penal	598
Jurisdicción y competencia para conocer de los delitos cometidos en aeronaves españolas durante la navegación aérea	606
Ocupación, destrucción y comiso de estupefacientes y psicotrópicos en el proceso penal	613

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comienzo de la tentativa y estupro incestuoso</i> , por Elena Forre Trepal...	627
<i>Jurisprudencia Constitucional</i> , por Antonio González-Cuéllar García ...	641
<i>Jurisprudencia Penal</i> , por Luis Felipe Ruiz Antón	679

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

Revista de libros	707
Revista de revistas	720

NOTICARIO

Nuevos catedráticos de Derecho penal	724
El undécimo Congreso Internacional de Defensa Social	724

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