

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XLII
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMLXXXIX

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

Subdirector:

CARLOS GARCIA VALDES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

Redactor-Jefe:

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR G.*

Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

Secretario:

LUIS FELIPE RUIZ ANTON

Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Extremadura

Vicesecretario:

ESTEBAN MESTRE DELGADO

Profesor Ayudante de Derecho Penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

Consejo de Redacción:

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

ANTONIO BERISTAIN IPIÑA

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

JAVIER BOIX REIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alicante

JUAN BUÑOS RAMIREZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Barcelona

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ

Magistrado Jubilado de la Sala 2.ª del
Tribunal Supremo

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Zaragoza

MANUEL COBO DEL ROSAL

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

FERNANDO DIAZ PALOS

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

MANUEL GARCIA MIGUEL

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

GERARDO LANDROVE DIAZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Murcia

DIEGO-MANUEL LUZON PEÑA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-LOPEZ

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

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Sevilla

HORACIO OLIVA GARCIA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

ENRIQUE RUIZ VADILLO

Presidente de la Sala Segunda
del Tribunal Supremo

JOSE MARIA STAMPA BRAUN

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

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Oviedo

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valladolid

TOMAS SALVADOR VIVES ANTON

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Valencia

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
Secretaría General Técnica
CENTRO DE PUBLICACIONES

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Editado por: Centro de Publicaciones
Gran Vía, 76 - 8.º - 28013 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.

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 Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Gran Vía, 76 - 8.º, teléfono 247 54 22. 28013 Madrid.

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XLII
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMLXXXIX.

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

N.I.P.O.: 051-89-014-8
I.S.S.N.: 0210-3001
Depósito Legal: M. 126-1958.

Artes Gráficas Suárez Barcala, S.L.
D. Barraquer, 3. Getafe (Madrid)

SECCION DOCTRINAL

Alcance y función del Derecho penal (*)

DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Alcalá

*A Miguel Cordero del Campillo,
excepcional intelectual y científico,
con mi reconocimiento y gratitud
por honrarme con su amistad*

I. INTRODUCCION

Cuando se trata de formular el concepto de Derecho penal, de dar una definición del mismo y de fijar sus límites, lo primero que conviene aclarar, para evitar equívocos, es que con frecuencia se utiliza dicha expresión en diversos sentidos: normalmente se designa con ella al Derecho penal objetivo, pero a veces se alude al «derecho penal subjetivo». Y si en unas ocasiones se emplea el término como equivalente a sector o rama del ordenamiento jurídico, en otras se hace referencia a la disciplina científica que estudia dicho sector del Derecho, es decir: a la ciencia del Derecho penal y no al objeto de dicha ciencia.

Ocupémonos brevemente de la primera pareja de conceptos. Es una distinción comúnmente admitida y utilizada en todas las disciplinas jurídicas la de Derecho objetivo y derecho subjetivo. Por Derecho objetivo (o simplemente Derecho) se entiende el conjunto de normas jurídicas que regulan —en principio con pretensión de justicia— la vida social de una comunidad; mientras que el derecho subjetivo hace referencia a la facultad de actuar de alguien dentro de (o al margen de) ese conjunto de normas: se alude, pues, a la «facultad», al tener «derecho a» algo. Por consiguiente, si se traslada esa dicotomía a nuestro campo concreto, resultará que Derecho penal en senti-

(*) Este trabajo corresponde, con algunas modificaciones, a la primera parte del Cap. I del Proyecto docente e investigador presentado al Concurso de méritos a la Cátedra de Derecho penal de la Universidad de Alcalá, convocado por R. 10-12-1987, «BOE» 16-12. y celebrado en junio de 1988.

do objetivo (*ius poenale*) es el conjunto de normas jurídicopenales, que rigen un sector especialmente conflictivo de la vida social. Entonces se podrá llamar derecho penal subjetivo a la facultad que tiene alguien: la sociedad, el Estado u otra comunidad —p. ej. la internacional— de castigar o imponer otras sanciones criminales (medidas de seguridad); y con ello se planteará no sólo el problema de si desde una perspectiva jurídica formal existe efectivamente esa facultad, sino también la cuestión metajurídica y, más concretamente, ideológica, de la legitimación o no de esa facultad, del fundamento o no de ese derecho a penar; cuestiones todas éstas que se conocen bajo el nombre de *ius puniendi* (1).

Sin embargo, designar «derecho penal» subjetivo al *ius puniendi* no ayuda a clarificar nada y, en cambio, contribuye a la confusión conceptual. Pues el *ius puniendi* no es el «derecho penal», sino el «derecho a penar» (y la cuestión de su reconocimiento o negación). Por tanto, el nombre de Derecho penal debe reservarse para el Derecho en sentido objetivo, esto es, para el ordenamiento penal —que es, por lo demás, lo que normalmente (si prescindimos de las Introducciones en que se plantea la dicotomía indicada) se suele hacer en el lenguaje tanto de la doctrina como de la praxis judicial.

En cuanto a la contraposición Derecho penal-Ciencia del Derecho penal hay que explicar lo siguiente: Al igual que en la mayoría de las otras áreas jurídicas (hasta el punto de que a nuestras Facultades se las designa entre nosotros por el nombre de su objeto: Facultad de Derecho, y no, como en otros países, Facultad de «Jurisprudencia» o de «Ciencias del Derecho»), en nuestra disciplina no hay un nombre claramente distinto para el objeto, Derecho penal, y para la ciencia que lo estudia. Esta equivocidad o ambivalencia de la denominación, que no es exclusiva del Derecho, sino común con otras múltiples disciplinas (2), como v.gr. la Física, Química, Anatomía, la Cirugía, Historia o Literatura, no se produce en aquellas otras ramas del saber, donde el nombre de la disciplina científica no se puede confundir con el de su objeto: así, p. ej., «Filología» y lengua, «Toxicología» y tóxicos, «Bromatología» y alimentos, «Histología»

(1) Existen, no obstante, autores que se oponen a la existencia de un «derecho subjetivo» a penar, con diversos argumentos, que van desde negar en general que haya derechos subjetivos, o negar que sea transplantable aquí la categoría del derecho subjetivo, al de que no hay derecho porque no hay en el penado un correlativo deber, o al de que lo que hay es un deber del Estado: cfr. la exposición de JIMÉNEZ DE ASÚA, I, 1964, 72 ss., II, 1964, 13 ss. Modernamente mantiene esa posición, afirmando que no es un derecho, sino un deber estatal, ZAFFARONI, I, 1980, 33 s. En la doctrina italiana hay autores (p. ej., VASALLI, La potestà punitiva, 1942, 99; MANZINI, I, 1933, 69, 176) que niegan tal derecho subjetivo y sustituyen la expresión por la de «potestad punitiva estatal». En la doctrina alemana, donde es corriente el uso de tal expresión («staatliche Strafgewalt», poder punitivo o potestad punitiva estatal), no obstante, se equipara a veces expresamente al «ius puniendi»: así, JESCHECK, Lb 1978, 8; Ttdo 1981, 16.

(2) Lo pone de relieve ZAFFARONI, I, 1980, 34.

y tejidos orgánicos, etc. (3). Pero, como no se ha acuñado un término como «iuspenología» o algo parecido, para designar la disciplina se emplea el de ciencia del Derecho penal o, más simple y abreviadamente, el de «Derecho penal» a secas. Ello da lugar a veces a inevitables confusiones. Así, p. ej., si se dice que «en Derecho penal» ha habido durante unas décadas un predominio del pensamiento puramente abstracto y sistemático, desligado de la realidad; cuando lo que se quiere decir es que ello ha predominado en algún momento *en la ciencia jurídicopenal*, y no —naturalmente— en las normas jurídicopenales.

No obstante, aunque debe quedar claro que en puridad «Derecho penal» designa el ordenamiento jurídicopenal, es decir, el objeto de la disciplina científica y no la ciencia misma, aquí es más difícil evitar a veces incurrir en el equívoco terminológico. Pues por razones estilísticas y de elegancia del lenguaje no se podrá emplear siempre la expresión «ciencia del Derecho penal» —o las dos facetas en que se desdobra: «dogmática jurídicopenal» y «política criminal»— sin caer en una machacona reiteración. Por eso hay que estar atentos para en cada caso deducir del contexto si «Derecho penal» se refiere a la disciplina o a su objeto, o sea, a la ciencia jurídicopenal o al Derecho penal propiamente dicho (4).

II. DERECHO PENAL (OBJETIVO)

1. Intitulación (5)

En la doctrina y legislaciones de los países europeos del ámbito jurídico continental, p. ej., Alemania, Italia, Francia (aunque aquí también es frecuente «Derecho criminal»), Austria, Suiza o España, es absolutamente dominante la denominación «Derecho penal» frente a la de «Derecho criminal», extendida por los países anglosajones. La expresión usual entre nosotros se justifica no sólo por razones históricas, en cuanto que la pena tradicionalmente ha sido el instrumento público de reacción frente al delito, sino que sigue siendo válida en la medida que ocupa el papel central y absolutamente dominan-

(3) Lo destaca GIMBERNAT, Concepto, método, fuentes y programa de la disciplina, 1969 (Memoria inédita), 1 ss.

(4) ZAFFARONI, I, 1980, 24, considera no nocivo el uso dual de la expresión si se es consciente de ello. En cambio, proponen reservar el nombre de Derecho penal para el ordenamiento normativo y, para evitar confusiones, no llamar así a la disciplina científica, SAINZ CANTERO, La ciencia del DP y su evolución, 1970, 13; LANDROVE, en: EP I, 1977, 262 s.

(5) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, I, 1964, 30 s.; MIR, Intr 1976, 18 ss.; LANDROVE, en EP I, 1977, 251 ss.; Intr 1985, 17 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, 1981, 36 ss.; POLAINO, PG I, 1984, 25 ss.

te (en comparación con las medidas de seguridad) en el sistema de sanciones jurídicas impuestas como consecuencia del delito.

2. Concepto formal de Derecho penal

Es relativamente frecuente en obras generales comenzar la introducción a la problemática del Derecho penal ocupándose de la función material de éste, p. ej., destacando que el Derecho penal protege o defiende a la sociedad y sus miembros frente a los ataques más intolerables a los presupuestos más elementales de la convivencia social, o —en una concepción más conservadora— que tutela y refuerza importantes valores ético-sociales con una considerable fuerza moralizante o configuradora de costumbres, o —en una concepción más crítica— que supone un instrumento de represión y dominio de determinados grupos o clases. No obstante, para evitar confusiones y no estar hablando quizá de fenómenos o instituciones que guardan relación con el Derecho penal, pero que no forman parte del mismo, parece más adecuado precisar primero con exactitud el alcance y límites del Derecho penal y de sus elementos integrantes (su concepto formal), para, una vez que pisemos terreno firme, poder adentrarnos en los problemas de su función y cometido, es decir, en el concepto material del Derecho penal y de sus componentes.

A) Definición

En sentido formal (6), es decir, sin entrar a examinar las tareas y funciones materiales que le incumben, el Derecho penal es una rama, parcela o sector del Derecho u ordenamiento jurídico general; concretamente, el conjunto de normas jurídicas que prevén delitos y determinadas circunstancias del delincuente y les asignan, como consecuencias jurídicas más importantes, penas o medidas de seguridad. Según algunos autores [p. ej., *Quintano* (7)], para que esta definición usual de Derecho penal resulte completa, hay que añadirle la nota de que la aplicación de tales normas ha de realizarse judicialmente en un proceso criminal; esto es correcto, pero sólo en un determinado ámbito histórico y cultural.

Analicemos los diversos elementos de esa definición:

(6) Distinguen concepto formal y material del Derecho penal MIR, *Intr* 1976, 17 ss., 53 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, 31 ss., 187 ss. También en los manuales es muy frecuente dar primero una delimitación formal del Derecho penal antes de examinar sus aspectos materiales.

(7) *Compendio I*, 1958, 5; *Curso I*, 1963, 5.

B) *Las normas penales*

1) El orden jurídico

El Derecho penal es un conjunto, más o menos organizado, de normas jurídicas. En la medida que están recogidas en el Código Penal, las normas penales ya están agrupadas siguiendo un cierto orden; pero como ese orden es muy imperfecto y también existe una multiplicidad de leyes penales especiales, es la ciencia jurídicopenal quien tiene que ordenar y sistematizar tales normas, entre sí y en relación con el Código Penal, del mismo modo que tiene que acabar de elaborar y precisar el sistema de las normas contenidas en el Código (8). Ese orden interno entre las normas jurídicas es presupuesto lógico para el orden externo que el Derecho pretende conseguir (en su función reguladora y ordenadora de los diversos ámbitos de la convivencia social). Esas características de orden interno y orden externo explican el nombre de «ordenamiento jurídico» o, simplemente, «orden jurídico» con que se designa al Derecho.

Como parte del Derecho que es, también el conjunto organizado de normas que constituye el Derecho penal supone una regulación u ordenación —de determinados aspectos y con determinados medios— de la vida social; por ello recibe el nombre de ordenamiento jurídicopenal o, más abreviadamente, de orden jurídicopenal (9).

La especificidad de las normas jurídicopenales deriva de que su objeto son los delitos y, como principales consecuencias de los mismos, las penas y las medidas de seguridad. Pero como, por lo demás, son normas jurídicas, conviene analizar brevemente el concepto y características formales de las normas jurídicas.

2) Concepto de norma jurídica y de norma jurídicopenal

Dejando al margen su sentido etimológico de medida, módulo o baremo, la norma es una *regla* (10), *disposición* o *regulación* de algo —es decir, un factor de ordenación y delimitación de posiciones, ámbitos y relaciones entre sujetos u objetos—; en el caso de las normas jurídicas, éstas ordenan y regulan, esto es, prescriben cómo deben o pueden ser las distintas relaciones interhumanas y situaciones de la vida social (11). Respecto de las normas jurídicas en general se

(8) Cfr. ROXIN, *Iniciación*, 1981, 123 s.

(9) Cfr. MUÑOZ CONDE, *Intr* 1975, 13 s.; COBO/VIVES, PG, 1987, 26 s.

(10) Cfr. p. ej., LARENZ, *Methodenlehre*, 1975, 232; COBO/VIVES, PG, 1987, 29 n. 2, señalan, sin embargo, la ambigüedad de la expresión «reglas jurídicas», que puede también referirse a las llamadas «regulae iuris».

(11) Cfr. MUÑOZ CONDE, *Intr* 1975, 11 ss.; COBO/VIVES, PG, 1987, 26 s.; RUIZ DE VESA, PG, 1986, 11.

discute si sólo consisten en imperativos o, en su caso, autorizaciones de comportamientos, o si también pueden consistir en ordenación y valoración de (y, en su caso, asignación de consecuencias a) situaciones, estados, relaciones o acontecimientos; del mismo modo, en cuanto a la norma jurídicopenal se discute si es norma de determinación de conductas —mandato o prohibición— o norma de valoración (no sólo de acciones, sino también de resultados o situaciones). La respuesta podría ser para la norma penal distinta que para la norma jurídica en general. Pero en cualquier caso, para no prejuzgar por ahora esa cuestión, es preferible no hablar de la norma como regla de conducta (12), sino, en general, como regla, disposición o regulación, sin más precisiones.

Como normas jurídicas que son, las normas penales regulan con carácter *vinculante*, imponiéndose *coactivamente* si es preciso, determinados aspectos *externos* de la vida del hombre en *sociedad* (13); pues la esfera puramente interna por sí sola, o sea, sin reflejo en lo externo, cae fuera del ámbito de lo jurídico, al igual que sucede con la vida humana aislada de los demás. El conjunto de normas jurídicopenales supone, pues, una regulación u ordenación de determinados aspectos problemáticos (14) —ya veremos que los muy problemáticos— de la convivencia social; eso sí, con una cierta *pretensión de justicia*, que es inherente a todo el Derecho, pero sin que sea fundamental que tal ordenación sea, en efecto, justa o no lo sea (15).

Hasta ahora no hemos precisado el rango formal que corresponde a la norma jurídicopenal, pues esa cuestión corresponde a la teoría de las fuentes. Aquí se puede adelantar que en materia de creación y agravación de responsabilidad penal la única fuente de Derecho penal es la ley, pero, no obstante, en primer lugar, una serie de principios y criterios elaborados por la doctrina delimitan, perfilan y a veces incluso completan lo dispuesto por la ley, y, en segundo lugar, cuando se trata de la exención, atenuación o limitaciones de la responsabilidad, pueden ser fuentes otras normas distintas de la ley penal.

Para concluir el análisis de los aspectos formales —es decir, sin entrar en su función y esencia o carácter— de la norma jurídicopenal, hay que estudiar su estructura.

(12) Así un concepto muy extendido: cfr., p. ej., LARENZ, *Methodenlehre*, 1975, 165 s., 232.

(13) Cfr. COBO/VIVES, PG, 1987, 26 ss.; LANDROVE: *Intr* 1985, 20.

(14) RGUEZ. DEVESA, PG, 1986, 11.

(15) OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, 88 s.

3) Estructura de la norma jurídicopenal

a) Estructura lógica o formal

Desde el punto de vista lógico-formal, la norma jurídica constituye una proposición con dos elementos: supuesto de hecho —o presupuesto— y consecuencia jurídica (16). Normalmente consiste en una proposición hipotética, y de futuro, es decir, que su presupuesto es condicional e incierto (*si sucede tal cosa, se darán tales consecuencias*), aunque la proposición también puede consistir en asignar efectos a algo realmente producido o existente (17). Pero en cualquier caso se trata de proposiciones de deber ser. Las proposiciones jurídicas no son comprobación o verificación del ser, de la realidad —p. ej., de la causalidad: si se da A, se produce como consecuencia B, o, abreviadamente, si es A, es B—, sino proposiciones de deber ser (18) o normativas, que se estructuran así: si es A, debe ser B (19).

Frente a la multiplicidad de supuestos de hecho y de consecuencias jurídicas de otros sectores del Derecho, la peculiaridad de las proposiciones o normas jurídicopenales consiste en que la variedad de supuestos de hecho se puede reducir al delito (o a su ausencia o su graduación) y las consecuencias jurídicas a la aplicación (o exclusión o graduación) de penas, medidas de seguridad (20) u otras consecuencias accesorias. Esto dicho abreviadamente, porque en rigor el supuesto de hecho de la medida de seguridad no es el delito mismo, sino el peligro de delito —basado o no en la previa comisión de otro delito, según que se trate de medidas postdelictivas o predelictivas—, es decir, lo que se denomina «peligrosidad criminal», para cuya comprobación se exige además que el sujeto esté incurso en un «estado peligroso» (21).

(16) LARENZ, Metodología, 1966, 161 ss.; Methodenlehre, 1975, 232 ss.; ZIPPELIUS, Einführung, 1971, 32 s.; MUÑOZ CONDE, Intr 1975, 14; MIR, Intr 1976, 30 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, 1981, 72 ss, 167 ss. Prefiere «presupuesto» a «supuesto de hecho» RGUEZ. DEVESA, PG, 1986, 185. Los utilizan indistintamente MIR, loc. cit.; OCTAVIO DE TOLEDO, cit., 168, 171.

(17) Sin embargo, se suele considerar que son siempre proposiciones hipotéticas: p. ej., LARENZ, Metodología, 1966, 167; ENGISCH, Einführung, 1971, 21; MIR, Intr 1976, 32; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, 1981, 73, 165; RGUEZ. DEVESA, PG, 1986, 184 s.

(18) Cuyo deber ser, a su vez, puede consistir directamente en deberes u obligaciones o en conceder autorizaciones, facultades o derechos, que, por su parte, como señala la ENGISCH, Einführung, 1971, 21, implican como correlato o reverso deberes; en efecto, el derecho de una persona a hacer algo significa el deber, para los poderes públicos y para los demás, de reconocer y respetar ese derecho.

(19) Cfr., sobre todo ello, KELSEN, Teoría pura, 1969, 16 ss., 26 s.; ENGISCH, Einführung, 1971, 16 ss., 21; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, 1981, 73 s., 168 n. 442; COBO/VIVES, PG, 1987, 29.

(20) MUÑOZ CONDE, Intr 1975, 14.

(21) Cfr. MIR, Intr 1976, 30; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, 1981, 168.

En vez de esta pareja de conceptos —supuesto de hecho y consecuencia jurídica— un sector doctrinal, como, p. ej., entre nosotros *Rguez. Mourullo* (22), utiliza la de precepto y sanción como integrantes de la estructura de la norma jurídicopenal. Realmente dichas categorías no indican los componentes de la estructura lógica de la proposición jurídicopenal, sino que aluden a su carácter o esencia imperativa (23); por ello no coinciden con los términos supuesto de hecho-consecuencia jurídica (24). Y además, si se examina más a fondo, se verá que la norma jurídicopenal consta de dos preceptos: uno, al que se denomina «norma primaria», que se dirige a todos los ciudadanos ordenándoles o prohibiéndoles algo (que es a lo que *Binding* denomina simplemente «norma» —como veremos— para distinguirla de la ley penal), y un segundo precepto, llamado «norma secundaria», que se dirige al juez ordenándole imponer la consecuencia jurídica en caso de incumplimiento del primero (25).

Este último precepto, es decir, la norma secundaria, sí que coincide con la estructura de la proposición jurídicopenal: si se da tal delito, se debe (el Juez debe) imponer tal pena o medida; mientras que la norma primaria —no se debe cometer tal delito— sólo se desprende implícitamente de la proposición o norma jurídicopenal (26).

b) Normas completas e incompletas

Normas estructuralmente completas son, en consecuencia, las que describen el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica (27); en el caso de las normas jurídicopenales, aquellas que describen el delito (o, en su caso, la probabilidad de cometerlo) y la pena o la medida de seguridad. Así sucede en la mayoría de las normas de la Parte

(22) *RGUEZ. MOURULLO*, 1977, 75 (aunque en 75-76 añade que en el plano axiológico debe hablarse de presupuesto y consecuencia jurídica). También *STAMPA*, Introducción, 1953, 28 s.; *CAMARGO*, Introducción al estudio del DP, 1964, 163. Ulteriores citas en *OCTAVIO DE TOLEDO*, Concepto, 1981, 168 s., n. 445.

(23) *MIR*, Intr 1976, 31 s. Otros argumentos en *OCTAVIO DE TOLEDO*, Concepto, 1981, 169 s.; *RGUEZ. DEVESEA*, PG, 1986, 185.

(24) Los identifica, sin embargo, *CAMARGO*, cit. en n. 22. En contra *MIR*, Intr 1976, 31 n. 30.

(25) Sobre la distinción entre norma primaria y secundaria cfr. *KELSEN*, Teoría pura, 1969, 76 ss. (denominándolas en sentido inverso al aquí expuesto); *ZIPPELIUS*, Einführung, 1971, 36 ss. En nuestra doctrina penal, *MIR*, Intr 1976, 31 s.; *PG*, 1985, 21 ss.; *OCTAVIO DE TOLEDO*, Concepto, 1981, 170; *COBO/VIVES*, 1987, 29 (aunque identifican norma primaria con «precepto» y norma secundaria con «sanción», en n. 5 dicen que tales términos —precepto y sanción— no son del todo adecuados, por proceder del imperativismo). Sobre la teoría de las normas de *BINDING*, infra II 2C.

(26) *MIR*, Intr 1976, 31 s. Sobre la estructura supuesto-consecuencia jurídica en las normas primarias cfr. su *PG*, 1985, 25.

(27) *LARENZ*, Metodología, 1966, 174 s.; *MUÑOZ CONDE*, Intr 1975, 15; *MIR*, Intr 1976, 40; *OCTAVIO DE TOLEDO*, Concepto, 1981, 171.

especial (28), compuesta por los libros II y III del Código Penal, donde se asignan las penas correspondientes a los delitos concretos; p. ej., en el art. 280 CP: «La falsificación de sellos, marcas, billetes o contraseñas que usen las empresas o establecimientos industriales o de comercio» (supuesto de hecho) «será castigada con la pena de prisión menor» (consecuencia jurídica).

Normas incompletas son, en primer lugar, las que contienen sólo el supuesto de hecho o sólo la consecuencia jurídica, en cuyo caso naturalmente hay que unirlas con otra proposición que defina, respectivamente, la consecuencia o el supuesto de hecho para formar la norma completa (29). Así, p. ej., describen sólo el supuesto de hecho los arts. 453 y 457 CP, que tipifican, respectivamente, la calumnia y la injuria, mientras que las penas están previstas en los arts. siguientes; lo mismo sucede con los arts. 504 y 514, que sólo definen el robo con fuerza y el hurto, y con los arts. 506 y 516, que se limitan a definir cualificaciones del robo y del hurto, mientras que las penas están previstas en los arts. 505 y 515, respectivamente (30). Más claramente aún estamos ante una norma incompleta en casos como el del art. 535 CP —que algunos consideran de «pereza legislativa» (31)—, donde, al tipificar la apropiación indebida, no se le asigna directamente una pena propia, sino que el precepto remite a las penas señaladas en el art. 528 para el delito de estafa. Otro caso de norma incompleta por no definir el supuesto de hecho, y que plantea problemas peculiares, es el de la ley o norma penal en blanco.

Pero en segundo lugar, como señala *Larenz* (32), son normas jurídicas incompletas las que complementan, limitan o aclaran el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica previstos en otras proposiciones jurídicas distintas. Ello explica la existencia de las normas de la Parte General del CP (33) (Libro I, que contiene preceptos comunes al delito en general o a la graduación y aplicación de cualesquiera penas); pues si las únicas normas penales incompletas fueran las que describen sólo el supuesto de hecho delictivo o sólo la consecuencia jurídicopenal que debe imponerse, muchas proposiciones de la Parte General, como las referidas a eximentes, p. ej. la enajenación o el

(28) Cfr. STAMPA, *Introducción*, 1953, 29; MUÑOZ CONDE, loc. cit.; MIR, *Intr* 1976, 42 n. 55 (son normas estructuralmente completas, aunque sean incompletas en cuanto a su contenido: cfr. 40 ss.).

(29) MUÑOZ CONDE, *Intr* 1975, 15 s. Igual, pero utilizando la terminología de «precepto»-«sanción», STAMPA, *Intr* 1953, 29; RGUEZ. MOURULLO, 1977, 86 s.

(30) Sin embargo, algún autor, como MUÑOZ CONDE, *Intr* 1975, 15, considera que en ese caso, como los artículos van seguidos y en inmediata conexión, son una norma completa, porque no hay que confundir norma con artículo concreto del Código.

(31) MUÑOZ CONDE, *Intr* 1975, 17; RGUEZ. DEVESA, PG, 1986, 189 n. 30.

(32) Metodología, 1966, 174 s. También MUÑOZ CONDE, *Intr* 1975, 15.

(33) Las consideran normas incompletas, p. ej., ENGISCH, *Einführung*, 1971, 22; MUÑOZ CONDE, *Intr* 1975, 16 s.; MIR, *Intr* 1976, 41 s.; RGUEZ. DEVESA, PG, 1986, 185. En contra OCTAVIO DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, 174 ss.: son normas «referidas» a las de la PE, no incompletas.

ejercicio de un derecho (art. 8, 1.º y 11.º), o las que regulan formas de extinción (como el indulto, perdón o prescripción: art. 112) o de suspensión (vgr. la condena condicional: arts. 92 ss.) de la pena, no serían ni tan siquiera normas penales incompletas, ya que en esos casos no se describen delitos ni se asignan penas, sino lo contrario. Esas, como las demás normas de la Parte General, que regulan cuestiones tales como el error, la tentativa, la participación, las eximentes incompletas, las atenuantes y agravantes, el concurso de delitos, la duración y efectos de las penas, su determinación, medición y ejecución, etc., sólo cobran su sentido cuando se las pone en relación con las normas de la Parte Especial, relativas a las figuras delictivas en particular, sirviendo aquéllas: las de la Parte General, para limitar o, por el contrario, ampliar, precisar y completar el alcance de los delitos y penas previstos en estas otras normas. Así podemos saber que, vgr. el allanamiento de morada cometido por un enfermo mental o en el ejercicio legítimo de un derecho no se castiga, aunque el art. 490 no advierta expresamente que el que entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador será castigado *salvo que concurra una eximente*; y no hace falta que lo diga expresamente, porque ya una norma de la Parte general (el art. 8) lo advierte para este y para los demás delitos. Del mismo modo, no es preciso que los arts. 283, 407 o 429 CP aclaren que la pena de reclusión menor con que sancionan la falsificación de moneda, el homicidio o la violación va de 12 años y un día a 20 años, ni que añadan que la cuantía concreta a imponer en esa pena dependerá de la gravedad del hecho, de la personalidad del delincuente y de si concurren o no agravantes o atenuantes, porque todo ello ya está indicado de modo general en los arts. 30 y 61 CP (34).

Ahora bien, si para acabar de conocer e integrar el alcance y sen-

(34) Destacan las razones de técnica legal y economía legislativa a que obedecen esas normas incompletas de la PG, ENGISCH, Einführung 1971, 22; MUÑOZ CONDE, Intr. 1975, 16; MIR, Intr. 1976, 43 ss.; RGUEZ DE VESA, PG, 1986, 185. Por supuesto que, si se parte de otro concepto de norma juridicopenal distinto del aquí manejado (normas que asignan sanciones como consecuencia del supuesto de hecho delicto), podría considerarse norma completa a cualquier disposición que prevea cualquier tipo de consecuencia jurídica para un supuesto de hecho relacionado con la materia penal; y entonces podría considerarse normas completas a aquellas de la PG que, p. ej., excluyen la pena en caso de causas de exculpación o en supuestos de prescripción, o que modifican el marco penal normal en caso de agravantes o atenuantes. Por ello, OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, 1981, 174 ss., considera que las normas de la PG son completas (pues poseen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica), aunque «referidas» a las de la PE (normas de referencia). Pero aun así, tiene que reconocer (pp. 176, 174) que las de la PG suponen excepciones, modificaciones o límites de las de la PE, y que (p. 178) aquéllas «por sí solas carecen de auténtico significado». Ahora bien, si esto es así, lo más coherente es reconocer que esas normas sólo tienen sentido puestas en conexión con las de la PE, y que sólo se conoce el exacto alcance de éstas cuando se acude a las limitaciones, excepciones o precisiones de las de la PG, que, por tanto, acaban de integrar o completar las de la PE, y no sólo el «sistema normativo penal», como sostiene OCTAVIO DE TOLEDO, 175.

tido de las normas penales que hasta ahora hemos llamado completas, es decir, las de la Parte Especial, es preciso acudir a las proposiciones incompletas de la Parte General, que las complementan, entonces resulta, como destaca *Mir*, que también las normas de la Parte especial son realmente normas incompletas (35). No obstante, hay que aclarar que son incompletas en cuanto a su *contenido*, pero *no* son *estructuralmente* incompletas; es decir, no lo son en cuanto a su estructura como proposiciones jurídicas; en ese aspecto se componen de los dos elementos —supuesto de hecho: delito, y consecuencia jurídica: pena— de la proposición o norma jurídicopenal, y ello permite seguir llamándolas normas penales completas (36), para distinguirlas de las incompletas en sentido estricto.

c) Estructura dinámica

En nuestra doctrina, *Mir* ha puesto de manifiesto que el anterior análisis de la estructura de la norma jurídicopenal corresponde a su aspecto estático, pero que también puede examinarse la estructura de la norma en un aspecto dinámico, observando cómo funciona relacionando entre sí a diversos sujetos (37). Concretamente, se habla de *estructura comunicativa* de la norma jurídica en general y también de la norma jurídicopenal en particular (38). Ello deriva de la «teoría de los sistemas» o «teoría sistémica» (de las normas y de la sociedad) propia de la sociología funcionalista de *Parsons* y *Merton*, y cuyo máximo defensor en la teoría y sociología jurídicas es *Luhmann*. Desde esa perspectiva el buen funcionamiento (o funcionalidad) de la sociedad requiere su estructuración en una serie de sistemas sociales, que a su vez se componen de subsistemas; uno de los sistemas sociales básicos es el Derecho, integrado por subsistemas de normas y de conjuntos de normas. Pues bien, en todo sistema social se dan una serie de *procesos de comunicación* y de *interacción* entre sujetos, y del mismo modo la norma jurídica se estructura como un proceso

(35) *MIR*, Intr 1976, 40 ss. 47; PG, 1985, 26. También *ENGISCH*, Einführung, 1971, 23; *ZIPPELIUS*, Einführung, 1971, 40 ss. En contra *OCTAVIO DE TOLEDO* : cfr. n. 34. Este autor deriva de su rechazo a concebir como incompletas a las normas de la PG y de la PE la ulterior consecuencia de rechazar también la teoría de los elementos negativos del tipo (cfr. Concepto, 1981, 177 ss.). A mi juicio, sin embargo, la aceptación o rechazo de tal teoría no puede depender de la cuestión formal de si se consideran completas o incompletas las normas de la PE, sino de cuestiones de fondo, como son las relativas a la concepción del tipo y su relación con la antijuridicidad y las de la teoría del error.

(36) Así también *MIR*, Intr 1976, 42 n. 55.

(37) *MIR*, Intr 1976, 36 ss., 82 ss. (siguiendo a *CALLIESS*, Theorie der Strafe, 1974, 15 ss.); PG, 1985, 25. En otro sentido, *RGUEZ DE VESA*, PG, 1986, 185 ss., se refiere a la estructura dinámica de la ley penal, pero bajo el doble aspecto de norma de valoración (el pasado) y de determinación (el futuro).

(38) *CALLIESS*, Theorie, 1974, 17; *MIR*, Intr 1976, 36 ss.

comunicativo, que consiste en una red de *expectativas* de y frente a diversos sujetos relacionados con la norma, expectativas que son recíprocas y que van cambiando al influirse mutuamente (39).

Así respecto de la norma jurídicopenal se afirma que la formulación en la norma de una conducta como delictiva y la consiguiente amenaza de pena genera expectativas en la sociedad y en los propios potenciales delincuentes de que no se cometa ese delito (debido, a su vez, a la expectativa, intimidante para los delincuentes, de imposición de un castigo). Pero si se produce una frustración o defraudación de esas expectativas, es decir, si se comete un delito, entonces en su autor puede darse una cierta expectativa de impunidad, es decir, de lograr eludir la sanción, y en los afectados, en los terceros y en el Estado surge la expectativa contraria, o sea, la de que se aplique una pena al transgresor como reacción frente a la frustración o defraudación de expectativas (40), para mantener y reafirmar la vigencia y superioridad de la norma y para restablecer el equilibrio (entre otras cosas, el equilibrio psíquico de la sociedad) alterado y asegurar la confianza de los ciudadanos en el Derecho (41). Por eso se dice que la sanción penal como aplicación de la norma cumple una función *estabilizadora* (42) (de las conciencias, del equilibrio emocional y del funcionamiento social), que corresponde a lo que recientemente se denomina «prevención estabilizadora» o «socialmente integradora» (43). Y de ahí también que se atribuya un carácter «*contrafáctico*» (44) a la norma, puesto que su validez no depende del hecho de que se cumpla, su vigencia no se ve alterada por la infracción, sino que la reacción (la sanción) demuestra que se mantiene y reafirma la vigencia de la norma infringida.

Esas expectativas de reacción frente a la infracción podrán ser más o menos intensas y exigir mayor o menor dureza en la sanción

(39) Sobre todo ello, PARSONS, *The social system*, 1951; *El sistema social* (trad. Jiménez Blanco/Cazorla), 1966, 16 ss., 23 ss.; MERTON, *Funktionale Analyse*, en (HARTMANN, ed.): *Moderne amerikanische Soziologie*, 1967, 121; *Teoría y estructuras sociales*, 1969, 35 s.; LUHMANN, *Zweckbegriff*, 1968; *Rechtssoziologie*, I-II, 1972, *passim*. Cfr., con ulteriores indicaciones bibliográficas, MIR, *Intr* 1976, 36 ss., 295 ss.; PG, 1985, 25; LUZÓN, *Medición*, 1979, 9 ss.; BUSTOS, PG, 1984, 14-16; MUÑOZ CONDE, DP y control social, 1985, 22 ss.

(40) CALLIESS, *Theorie*, 1974, 15 ss.; MUÑOZ CONDE, *Intr* 1975, 14; DP y control, 1985, 22-25; MIR, *Intr* 1976, 36 s.; PG, 1985, 25 s.

(41) JAKOBS, AT, 1983, 3 ss., 9. Sobre la relación de este enfoque con la concepción de la prevención general como «prevalcimiento del Derecho» ver *infra* n.º 43.

(42) JAKOBS, AT, 1983, 4.

(43) Cfr. en detalles sobre el entendimiento de la prevención general como «prevalcimiento del Derecho», «defensa del orden jurídico» o *prevención estabilizadora* y *socialmente integradora*, críticamente, LUZÓN, *Medición*, 1979, 27 ss.; CPC 1982, 97 ss.; GA 1984, 397 ss.; MUÑOZ CONDE, DP y control, 1985, 41 ss. Defendiendo la función limitadora de la prevención integradora y no sus excesos MIR, ADPCP 1986, 49 ss., 58.

(44) JAKOBS, AT, 1983, 5; MUÑOZ CONDE, DP y control, 1985, 23.

dependiendo de una serie de factores variables (45): no sólo de la gravedad del hecho mismo cometido por el sujeto, sino también del comportamiento anterior o posterior de éste, de la actitud que hasta el momento del juicio muestre hacia el orden jurídico; la sociedad, la víctima y hacia la sanción en perspectiva —esto es, sus expectativas ante la sanción—, de la actitud y comportamiento de la víctima (o de los afectados) durante y después del hecho y de sus exigencias de castigo o de su perdón, de la frecuencia y número de otros delitos cometidos, de esa u otras clases, y de las propias actitudes en ese momento de la sociedad y opinión pública en general o de ciertos grupos sociales —políticos, económicos, ideológicos, de clase, corporativos, profesionales, religiosos, etc.—, variando sus exigencias de reacción según la emotividad o agresividad suscitadas por la infracción, según que exista o no una situación (real o en parte imaginaria) de inseguridad ciudadana y alarma social, o según el grado de comprensión social hacia el delincuente y hacia su tratamiento (46).

En resumen, desde esta perspectiva de la estructura dinámica de la norma penal ésta funciona como un proceso de comunicación y mutuas relaciones entre el delincuente y otros sujetos (víctimas, sociedad, Estado, otros delincuentes potenciales o reales), a través de una red de diversas expectativas, frustraciones y reacciones, que pueden ir variando por su interacción, es decir, por su influencia recíproca. En la ciencia jurídicopenal alemana mantienen esta concepción autores como *Calliess*, *Hassemmer* y, sobre todo, convirtiéndola en base de su Manual, *Jakobs* (47); entre nosotros han acogido este planteamiento *Mir* y, con ciertas reservas, *Bustos y Muñoz Conde* (48).

A esa estructura comunicativa *Calliess* la llama también «estructura dialogal» (49), —término que ya parece exagerado, pues no es el más apropiado para describir el tipo de relación entre los sujetos a que afecta la norma penal— (50); y considera que ese diálogo e interacción continúa produciéndose hasta en la última fase de aplicación

(45) Cfr. sobre lo que sigue *HASSEMER*, *Strafrechtsdogmatik*, 1974, 111 ss.

(46) Esos factores, entre otros, influyen en las «necesidades de castigo» que siente la sociedad (o, al menos, sectores sociales), y que constituyen realmente las exigencias de la llamada «prevención general integradora». Cfr. críticamente al respecto *LUZÓN*, *CPC*, 1982, 97 ss., 100 ss.; *GA* 1984, 397 ss., 401 ss.

(47) *CALLIESS*, *Theorie der Strafe*, 1974; *HASSEMER*, *Strafrechtsdogmatik*, 1974, 69 ss., 110 ss.; *Einführung*, 1981, 84 ss., 295 ss.; *Fundamentos*, 1984, 118 ss., 391 ss.; *JAKOBS*, *AT*, 1983.

(48) Cfr. *MIR*, *Intr* 1976, 36 ss., 82 ss., 108 s., 137 ss., 295 ss., 325 ss.; *Función de la pena*, 2.^a ed., 1982, 31 ss.; *PG*, 1985, 25 s.; *ADPCP* 1986, 49 ss.; *MUÑOZ CONDE*, *Intr* 1975, 14; *DP y control*, 1985, 21 ss., 34 ss.; *BUSTOS*, *PG*, 1984, 14 ss.

(49) *CALLIESS*, *Theorie*, 1974, 75, 80 ss., 95 ss. Siguiéndole, *MIR*, *Intr* 1976, 39, 86 ss.

(50) *CALLIESS*, *Theorie*, 1974, 16 s., estima que el diálogo o comunicación se produce entre tres sujetos, que denomina: «ego» (o delincuente), «alter» (o víctima) y «tercer» (el llamado a reaccionar frente a la infracción, es decir, el Estado); igual *MIR*, *Intr* 1976, 37 s., 83, 297; *PG*, 1985, 25. Realmente, como hemos visto, son más los sujetos implicados en el proceso.

de la norma, es decir, en la ejecución de la pena, puesto que en ella el penado («ego») con su voluntaria y activa colaboración en el tratamiento penitenciario como forma de participación en el sistema social puede influir y modificar las expectativas previas del poder estatal («el tercero») sobre la duración y contenido de la pena. De este modo la norma se puede concebir (utilizando terminología de la cibernética) como «regulación», que se va adaptando a los resultados que se obtienen, en vez de como mera «conducción» o «dirección» ciega, que no tiene en cuenta los resultados de la aplicación de la norma (51). En definitiva, que para este autor la concepción dialogal o comunicativa de la norma jurídicopenal repercute también sobre el entendimiento y funcionamiento de uno de los fines de la pena, la *prevención especial* —en su faceta de resocialización mediante el tratamiento—, y no sólo sobre la concepción del otro fin de la pena, la *prevención general*, como «prevención integradora y estabilizadora» en el sentido expuesto, que es el aspecto que más se suele destacar.

Como suele ocurrir cuando se formula una nueva perspectiva, esta concepción de la norma de la teoría sistémica basada en la sociología funcionalista (52) ofrece aspectos aceptables y otros que no lo son. Su descripción del conjunto de expectativas que la existencia de la norma y su proceso de aplicación crea entre diversos sujetos, así como la idea de la recíproca influencia entre los sujetos y la consiguiente variación de las expectativas, son correctas, pues describen una realidad que efectivamente se produce, pero *sólo parcialmente* correctas: pues de ningún modo puede abarcarse la totalidad de las relaciones intersubjetivas creadas por la norma sólo con el concepto de «expectativas» (y los consiguientes de «frustración», «reacción», etc.),

(51) CALLIESS, *Theorie*, 1974, 17 ss., 110 ss., 155 ss.; MIR, *Intr* 1976, 37 ss., 83-88.

(52) La teoría de los sistemas o funcionalista, aplicada al Derecho y al Derecho penal, no se agota en lo aquí expuesto, sino que presupone otros conceptos básicos, con sus consiguientes repercusiones en la teoría jurídica. Así, p. ej., el concepto de «función», que objetivamente se desempeña, con independencia de la voluntad subjetiva de alguien, como concepto distinto del de «fin» (como finalidad subjetiva): cfr. HASSEMER, *Einf* 1981, 91; *Fund* 1984, 126. O la idea (de LUHMANN) de «reducción de la complejidad» como algo que debe lograrse mediante el Derecho y la dogmática jurídica: LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, 1969, 41 s., *Rechtssozologie*, 1972, 172; igual HASSEMER, *Einf* 1981, 91, 186; *Fund* 1984, 126, 251; MIR, *Función de la pena*, 1982, 56. O también los conceptos básicos sobre los que estructura JAKOBS su *Manual de Parte General* (AT, 1983): violación o mantenimiento y aseguramiento de la vigencia de la norma, imposición y reparto de «cargas» y «costes» (privaciones o restricciones de derechos, ingerencias en los mismos), «solución de conflicto(s)», «atribución de competencia» (asignación de responsabilidad, o de capacidad), «competente» (responsable), etc. Por otra parte, la denominación de carácter «comunicativo» de la norma y del Derecho se utiliza también en otros sentidos: así HASSEMER alude (*Strafrechtsdogmatik*, 1974, 111 s.) con ello a que, al ser la norma jurídica un fenómeno comunicativo, su contenido se crea y modifica mediante negociación, discusión y acuerdo social, y también alude (*Einf* 1981, 87 ss.; *Fund* 1984, 120 ss.; tb. *Strafrechtsdogmatik*, 1974, 196 ss.) a que su interpretación, que es insegura, es, asimismo, sólo posible mediante negociación y acuerdo o consenso (entre doctrina y jurisprudencia).

ni mucho menos con el calificativo de «proceso comunicativo», cuando en realidad se producen imperativos, prohibiciones, intimidación, exigencias, garantías jurídicas formales, etc. Esa unilateralidad de enfoque no es de extrañar cuando se prescinde del vocabulario jurídico usual y se lo sustituye por otro sociológico, que puede hacer perder de vista peculiaridades de los fenómenos jurídicos. A este respecto señala con razón *Roxin* (53) que ese cambio de vocabulario puede servir para facilitar el diálogo con los cultivadores de la otra disciplina: la sociología de orientación funcionalista, pero puede no ser tan útil, sino incluso perturbador e injustificado —por innecesario— dentro de la ciencia jurídicopenal.

Pero, sobre todo, el enfoque de esta concepción es unilateral porque, al analizar el modo de funcionamiento y aplicación de la norma penal (su estructura dinámica), atiende y admite exclusivamente unos aspectos concretos de los respectivos fines de la pena: el aspecto de «prevención integradora» en la prevención general, o el de colaboración a la resocialización en la prevención especial, y con ello olvida las otras manifestaciones o facetas que poseen la prevención general y especial.

C) *El delito*

En el plano formal se suele considerar que delito es la infracción de la norma penal, infracción que ha de ser culpable (54). No toda infracción de una norma jurídica es delito, es decir, no lo es cualquier ilícito, cualquier conducta antijurídica, sino sólo la que infringe o es contraria a la norma jurídicopenal, o sea, la que es penalmente antijurídica. Concretamente y en virtud del principio de legalidad, la conducta ha de infringir lo dispuesto en la *ley* penal: el Código Penal u otras Leyes penales.

También se puede decir que el delito es la conducta prevista o descrita por la ley penal, es decir, la que cumple los requisitos y, por tanto, encaja en la descripción de la norma jurídicopenal (55). Y lo curioso es que normalmente esta otra idea se añade como equivalente a la anterior; no obstante, no son conceptos equivalentes, sino contrapuestos: conducta que infringe o contraria a la norma penal no es lo mismo, sino precisamente lo contrario a conducta prevista

(53) Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, en Festschrift für Bockelmann, 1979, 303, n. 75; vers. española en: Culpabilidad y prevención en Derecho penal, trad. de MUÑOZ CONDE, 1981, 179, n. 75. Tb. LUZÓN, Medición, 1979, 17, n. 23. Critica tb. el «criptolenguaje, descarnado y enigmático» de algunas formulaciones funcionalistas GARCÍA-PABLOS, Problemas y tendencias actuales de la ciencia penal, en: Estudios penales, 1984, 111, n. 37.

(54) Así, p. ej., COBO/VIVES, PG, 1987, 25.

(55) P. ej., RGUEZ. MOURULLO, PG, 1977, 194; RGUEZ. DEVESA, PG, 1986, 325.

por la norma penal, que cumple los requisitos de su descripción. Esta aparente contradicción se explica porque realmente en cada punto de vista se está aludiendo a una faceta distinta de la norma penal: cuando se habla de infracción de la norma, se está aludiendo al aspecto que, como vimos, se denomina «norma primaria», es decir, la que prohíbe cometer el hecho; mientras que cuando se dice que la conducta cumple, encaja en la previsión o descripción de la norma, se está aludiendo al aspecto que denominamos «norma secundaria», es decir, la que ordena la imposición de una pena si se realiza el supuesto de hecho definido en ella (56).

Ya a finales del siglo pasado *Binding* había puesto de relieve en su monumental obra «Las normas y su infracción» esta dicotomía, sólo que con otra terminología: distinguiendo entre ley penal y norma. Según *Binding* (57), la ley penal describe una conducta delictiva y prevé una pena para ella, y el delito no infringe la ley penal, sino que, al contrario, cumple exactamente lo previsto o descrito por ella; lo que el delito infringe es la «norma» —el «no matar» o «prohibido matar», etc.—, que es un precepto no escrito, distinto de la ley penal y que este autor ubica en el Derecho público general. Posteriormente la doctrina ha solido rechazar de esa construcción la idea de que la «norma» no pertenece al Derecho penal, sino al Derecho público general (58), ya que se estima con razón que la prohibición va implícita en la proposición jurídicopenal, esto es, en la ley (59). Pero lo importante de la anticipación de *Binding* fue el poner de relieve que, aparte de la formulación escrita —la previsión de una conducta delictiva y su sanción— y previamente a ella, lógicamente tiene que existir una norma no escrita que prohíba esa conducta. Por tanto, el delito simultáneamente *cumple e infringe* uno y otro aspecto de la norma penal: cumple o encaja en la descripción de la proposición jurídicopenal, precisamente porque infringe la prohibición implícita en ella (y lógicamente previa). Técnicamente, a la definición o descripción de la conducta en la ley penal se la denomina «tipo», por lo que si una conducta coincide con la descripción de la ley penal, se la califica de conducta «típica»; en consecuencia, el delito es la conducta «*típicamente antijurídica*» = legal-penalmente antijurídica, o sea, aquella conducta antijurídica amenazada con pena por la ley.

Pero generalmente la doctrina considera que esa infracción de la norma penal ha de ser además *culpable*; es decir, que el delito requiere, además de la tipicidad o antijuridicidad penal de la conducta, culpabilidad. «Culpabilidad» podemos definirla ahora —para no en-

(56) Vid. supra II 2 B 3a, y doctrina citada en n. 25.

(57) Die Normen und Ihre Übertretung, I, 1872, 4.^a ed., 1922, 4-7.

(58) BINDING, Die Normen, I, 1922, 132 ss., 152 s., 173.

(59) MUÑOZ CONDE, Intr 1975, 11 n. 1; MIR, Intr 1976, 33, 35. En contra, MAURACH/ZIPF, AT, 1983, 258-261.

trar en la polémica sobre su concepto, que es uno de los más discutidos de la teoría del delito— con una noción neutra, como atribuibilidad o responsabilidad, o sea, el conjunto de condiciones que permiten atribuirle la infracción penal, hacer responsable de la misma a su autor. Sin esto no habría, pues, delito.

En cambio, un sector minoritario (60) considera que la culpabilidad es una característica del sujeto, y no un requisito del delito, que consiste simplemente en la acción penalmente antijurídica, tanto si su autor es culpable como si no lo es. Este es, por cierto, el concepto de delito («infracción», conducta «penada por la ley», o sea, típicamente antijurídica) que utiliza en su articulado el CP (61), que además en el art. 8, 1.º a 3.º, prevé con toda claridad la posibilidad de que inimputables como los enajenados, menores o quienes sufran alteraciones en la conciencia, es decir, personas no culpables cometan hechos constitutivos de «delito».

La verdad es que ambos conceptos de delito, el usual de la doctrina y el legal, son defendibles. Pues tanto se puede sostener que la culpabilidad es una condición del sujeto (cierto que al realizar el hecho), y entonces no sería un requisito del delito mismo, sino otro presupuesto adicional para la imposición de la pena, como mantener que la culpabilidad son una serie de circunstancias (concurrentes en el hecho, en torno al hecho y en el sujeto en referencia al hecho) que permiten atribuir el hecho al sujeto, y entonces será un requisito del delito y, por ello, también de la pena. Pero incluso manejando este último concepto de culpabilidad y de delito, a veces se dice (al igual que lo hace el CP) que el no culpable comete un delito, y en ese caso se está empleando el término sólo en su sentido de infracción de la ley penal y prescindiendo de la culpabilidad. Por tanto, como es perfectamente posible utilizar la expresión «delito» en los dos sentidos, es preciso estar atentos en cada momento al sentido con el que se la está empleando.

No es de extrañar, por lo demás, que se manejen simultáneamente dos acepciones de delito —con y sin la exigencia de culpabilidad— desde el momento en que también coexisten en el ordenamiento simultáneamente dos clases de consecuencias penales: no sólo las penas, sino además las medidas de seguridad. El concepto tradicional de delito incluyendo la exigencia de culpabilidad era lo más normal cuando la única sanción existente era la pena, puesto que ésta presupone inexcusablemente culpabilidad. [Pero incluso hoy, en que se da la coexistencia de penas y medidas, el concepto central de referencia para el concepto de delito sigue siendo la pena: así el art. 1 CP define

(60) P. ej., BUSTOS, Bases críticas de un nuevo DP, 1982, 112 ss.; PG, 1984, 356 ss., 371 ss.

(61) Así MIR, Los términos «delito» y «falta» en el CP, ADPCP 1973, 324 ss.

los delitos como acciones «*penadas por la ley*» (62).] En cambio, cuando aparecen las medidas de seguridad y coexisten con la pena dentro del sistema penal, como las medidas no requieren culpabilidad —aunque también se pueden aplicar a personas culpables—, sino peligrosidad criminal, entonces se tiene que operar con un concepto de delito que no incluya la culpabilidad: pues peligrosidad criminal equivale a probabilidad de que el sujeto cometa algún delito, pero entendiendo «delito» como hecho típicamente antijurídico con independencia de la culpabilidad; y esa probabilidad de delinquir en el sentido expuesto es la que requieren todas las medidas de seguridad, tanto las predelictivas, criticables pero existentes en nuestro Derecho, como las postdelictivas, que, con mayores garantías de seguridad jurídica, presuponen además de la peligrosidad criminal la previa comisión de un «delito», entendiendo otra vez el concepto con independencia de la culpabilidad.

D) *¿El delincuente como elemento distinto?*

Algunas definiciones de Derecho penal [p. ej. *Jiménez de Asúa, Bacigalupo o Bustos* (63)] incluyen entre los componentes básicos definidos por las normas penales, junto al delito y como presupuesto —distinto del delito— de las penas y medidas de seguridad, al autor del hecho, al delincuente.

Si con ello sólo se quisiera aludir a la cuestión de quiénes pueden responder como sujetos del hecho, como autores o partícipes, entonces no se justificaría una mención separada del delincuente, pues dentro del propio concepto de delito puede incluirse la cuestión de su sujeto activo, al igual que la del objeto, sujeto pasivo, etc. Por otra parte, si con la mención aparte al delincuente se alude a que la culpabilidad, presupuesto indispensable de la pena, más que una característica del hecho es una característica de sujeto (64), ciertamente que en referencia al hecho (es culpable precisamente por ese hecho), entonces estaríamos ante una precisión conceptual que, como ya hemos

(62) Y aunque «*penadas por la ley*» significa acciones prohibidas de modo general bajo pena, con independencia de si luego hay o no culpabilidad, no se puede olvidar que la referencia es a la previsión legal de una pena —no de una medida—, y que los sujetos a quienes luego se les va a poder aplicar judicialmente una pena son solamente los culpables.

(63) J. DE ASÚA, *Tratado I*, 1964, 69 ss.; BACIGALUPO, *RIntDP* 1978-1, 22 ss.; BUSTOS, *PG*, 1984, 5 s. Sobre doctrina italiana, argentina, francesa o yugoslava en el mismo sentido cfr. J. DE ASÚA, *cit.*, 70 s.

(64) Así lo hace BUSTOS, *PG*, 1984, quien, pese a que en la definición de Derecho penal advierte (p. 6) que la mención separada al delincuente tiene un alcance más amplio, luego, en la parte de su manual dedicada al «sujeto responsable» (la 3.ª Parte, 355 ss., a continuación de la 2.ª, dedicada al delito), reduce la cuestión al estudio de la culpabilidad.

visto, es tan admisible como la postura usual de incluir la culpabilidad en el propio concepto de delito, pero que no tendría mayor trascendencia práctica, puesto que en definitiva la base de la sanción sigue siendo exclusivamente el hecho, el delito y la culpabilidad (responsabilidad) respecto del mismo.

Pero con la precisión de que las normas penales prevén no sólo el delito, sino también ciertas *condiciones o circunstancias del sujeto distintas del delito* mismo, como presupuesto de la reacción penal —precisión que me parece correcta—, se puede aludir también a que en el actual Derecho penal la base de las consecuencias jurídicas no la constituye sólo el delito, aunque éste sea el marco de referencia fundamental, sino también otras circunstancias del sujeto, anteriores (p. ej., la reincidencia), coetáneas (p. ej., su personalidad) o posteriores (p. ej., el comportamiento postdelictivo), que influyen —en algunos casos de modo decisivo— en la imposición o no, medición, atenuación o incluso agravación, no sólo de las medidas de seguridad, sino también de las penas.

La doctrina mayoritaria, por el contrario, bajo el influjo sobre todo del horror de la ciencia penal alemana al llamado «Derecho penal de autor», no suele admitir como presupuesto de la pena más que el delito: el «hecho». Sin embargo, guste o no, sea ello aceptable o rechazable, no se puede desconocer que el Derecho vigente concede relevancia, en ocasiones extraordinaria, a circunstancias personales del sujeto distintas del «hecho» mismo (65). Este dato, cuya admisión choca con serias resistencias cuando se trata de determinar el presupuesto de las penas, es reconocido, en cambio, sin mayores problemas por la doctrina cuando se trata de las medidas de seguridad: en ellas se admite que su presupuesto no es, en puridad, el delito mismo, o no es sólo el delito, sino además las circunstancias del sujeto: su estado peligroso y su peligrosidad criminal.

E) *Penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias*

1. La pena es la consecuencia jurídica, la sanción tradicional del delito, y hoy sigue siendo la principal forma de reacción jurídica frente al mismo. Consiste en una privación o restricción de derechos, de bienes jurídicos, aplicada obligatoria y, si es preciso, coercitivamente al delincuente, es decir, un *mal* (66) que se le impone, dejando ahora

(65) Sobre todo ello LUZÓN, Prólogo a: De Vicente Remesal, El comportamiento postdelictivo, 1985, 24-28.

(66) Así, con independencia de concepciones retributivas o preventivas, MIR, Intr 1976, 61; LUZÓN PEÑA, Medición de la pena, 1979, 25, 67; RÍGUEZ MOURULLO. Algunas consideraciones sobre el delito y la pena en el P de CP español, en: La reforma penal y penitenciaria, Univ. Santiago, 1980, 41 ss.

al margen cuál sea el sentido, el porqué o el para qué de ese mal, cuestión que corresponde a la función y, por tanto, al concepto material de pena. Un mal en sentido naturalístico, es decir, algo en sí mismo no deseable para el sujeto —prescindiendo de si luego redundará o no en su beneficio y de si, por cualesquiera razones personales, el sujeto desea el castigo—, pues desde el punto de vista jurídico, como se destaca en la teoría de las causas de justificación, si concurren los presupuestos objetivos de la imposición de la pena, el resultado de la privación del bien está justificado, por perder el bien jurídico en ese caso la protección del Derecho, y, por consiguiente, jurídicamente no es un «mal» (67). Pero además la sanción penal es, en principio, no un mal cualquiera, sino la forma *más grave* de reacción de que dispone el ordenamiento jurídico; es, por tanto, una privación o restricción especialmente dura de los bienes jurídicos más importantes. Sin embargo, en la realidad y en ocasiones, las penas pueden coincidir en su contenido —es decir, dejando aparte otras diferencias, como el que puedan crear antecedentes penales, o su distinta gravedad cuantitativa, que por lo demás puede coincidir— con otras sanciones teóricamente menos graves, como las administrativas; así p. ej., la privación del permiso de conducir puede ser tanto una pena como una sanción administrativa. Al margen que sea discutible tal posibilidad y de que debiera haber, como mínimo, siempre una diferencia cuantitativa de gravedad (mayor en la pena), lo cierto es que, cuando se produzca tal identidad de sanciones, sólo se podrá acudir a criterios formales para su distinción: tal privación de derechos será una pena, y no una mera sanción administrativa, cuando se le dé expresamente ese nombre —utilizando la ley palabras como «pena de», el hecho «será penado» o «castigado con»— o se pueda encuadrar en la escala general de penas del CP, se aplique a un hecho calificado formalmente de «delito» (o «falta») y se imponga judicialmente en el correspondiente proceso penal (68).

La pena presupone inexcusablemente culpabilidad en el delito cometido, pero en cambio no la peligrosidad criminal del sujeto para el futuro. Por tanto, nunca se puede imponer una pena a un inculpable, mientras que sí se puede penar a un sujeto con independencia

(67) Cfr. LUZÓN, Aspectos esenciales de la leg. def., 1978, 121 ss., 250 s.; REP 238, 1987, 53 ss. (= LL 1988-1, 997 ss.).

(68) Sobre la distinción entre sanción penal y administrativa, e ilícito penal y administrativo, cfr. J. GOLDSCHMIDT, Das Verwaltungsrecht, 1902 (reimpr. 1969); MATTES, Untersuchungen zur Lehre der Ordnungswidrigkeiten, I, 1977, 105 ss. (Problemas de DP administrativo, trad. de R. Devesa, 1979, 138 ss.), II, 1982, 288 ss.; KRÜPPELMANN, Die Bagatelldelikte, 1966, 177; MARTÍN-RETORTILLO, Sanciones penales y sanciones gubernativas, en: Problemas actuales de DP y Procesal, Univ. Salamanca, 1971, 11 ss.; CASABÓ, en: Córdoba/R. Mourullo, Comentarios al CP, II, 1972, 77 ss.; PARADA, El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal, RAP 67 1972, 41 ss.; CEREZO, Curso 1, 1985, 41 ss.; COBO/VIVES, PG, 1987, 35 ss.

de su peligrosidad, o sea, tanto si no es probable que vuelva a delinquir, como si sí lo es. Por último, la pena —hoy, entre nosotros— se ha de imponer en un proceso criminal por el juez (o tribunal) penal.

2. La medida de seguridad es otro instrumento distinto de reacción frente al delito, que surge a fines del siglo pasado con el Proyecto de CP suizo de 1893, debido a *Stoos* (69), y se introduce en las diversas legislaciones desde comienzos de este siglo. Aunque ahora analicemos sólo su concepto formal, para entender su sentido es indispensable aludir a su *fin*: la prevención de futuros delitos por parte del sujeto concreto, o sea, la prevención especial. Ello se puede lograr, o intentarlo, mediante procedimientos asegurativos, de control, incoizadores o neutralizadores, pero también mediante métodos de corrección del sujeto: educativos, curativos, asistenciales, etc.; por ello, aunque su nombre abreviado y usual es el de medidas de seguridad, también se las denomina «medidas de seguridad y corrección» (70). Siendo esto así, su *contenido* —a diferencia del de la pena— *no tiene* por qué ser forzosamente un *mal*, una privación de derechos. Ello puede ocurrir en algunas, como, p. ej., las puramente privativas de libertad (internamiento de seguridad) o las privativas de derechos o las de vigilancia y control; o también esa privación de derechos, p. ej., de libertad ambulatoria, puede acompañar a un contenido no aflictivo, sino de tratamiento. Pero también la medida puede consistir exclusivamente en un tratamiento corrector: curativo, psiquiátrico, desintoxicador, educativo, etc., sin ir acompañada de privación de libertad, sino en régimen abierto. Y el que en esos casos, como en los demás, la medida se imponga obligatoriamente al sujeto, no convierte su contenido ni su carácter en un mal (71).

Dada su exclusiva finalidad preventiva especial, las medidas presuponen *peligrosidad criminal* (72) del sujeto. Por tanto, si en un sujeto que ha cometido un delito no se da esa probabilidad de que vuelva a delinquir, no se le someterá a una medida de seguridad. Como garantía de seguridad jurídica se requiere además que la situación del sujeto encaje en lo que se denomina un «estado peligroso», defi-

(69) Vid. JORGE BARREIRO, Las medidas de seguridad, 1976, 37 ss.

(70) Sobre esa duplicidad cfr. JESCHECK, Ttdo, 1981, 18, 1.113 ss.

(71) Por el contrario, COBO/VIVES, PG, 1987, 704 s., consideran que las medidas consisten, *esencial y realmente*, en una privación o restricción de derechos, añadiendo que evidentemente tienen naturaleza impositiva y son de obligada ejecución, sin contar con el consentimiento del destinatario. Quizá en esto último es donde ven siempre una privación o restricción de derechos. En p. 704 insisten —aunque sea para criticar la discordancia de su ejecución con el fin preventivo-especial que deberían tener— en que, al consistir su ejecución en una privación de derechos, tienen carácter aflictivo e intimidatorio.

(72) Aunque el concepto de «peligrosidad social» utilizado por la LPRS de 1971 es más vago y susceptible de una acepción más amplia e imprecisa (y por ello crítica-ble: cfr. JORGE BARREIRO, Las medidas de seguridad, 1976, 250 ss.), también cabe interpretarlo restrictivamente como «peligrosidad criminal»: así MIR, Intr 1976, 24 ss.

nido como tal por la ley. Dicho estado peligroso puede venir constituido por la comisión de uno o varios delitos junto con determinadas circunstancias del sujeto antes, en o después del delito o delitos; en ese caso estamos ante una medida de seguridad postdelictiva (73), cuya pertenencia al Derecho penal no se discute de *lege lata* y cuya conveniencia de *lege ferenda* sólo se rechaza por un sector doctrinal no muy amplio (74). Pero también existen en el Derecho español actual medidas predelictivas —aunque, con argumentación muy discutible, las STC 23/1986, de 14-2, y 21/1987, de 19-2, resolviendo recursos de amparo estiman que son inconstitucionales por violar el principio de legalidad del art. 25.1 CE—, en las que el estado peligroso no requiere la previa comisión de un delito; estas medidas no sólo son rechazadas por la doctrina dominante, sino que incluso se discute su naturaleza jurídicopenal (75).

Pero, pese a esto y a las cits. STC (76), no han sido derogados los correspondientes preceptos de la LPRS ni tampoco el TC ha declarado de modo general su inconstitucionalidad, puesto que no ha resuelto recursos o cuestiones de inconstitucionalidad sobre la LPRS, sino sólo unos concretos recursos de amparo relativos al supuesto de «estado peligroso» del art. 2.8 LPRS. Siendo así, la posición del TC, por lo demás no compartible en este caso, no es decisiva ni definitiva, pues, como destaca *Vives* (77), sólo tienen efectos frente a todos o «fuerza de ley» los fallos (y ello en la solución de conflictos o cuando resuelven la constitucionalidad o no de las leyes), y no la doctrina de fundamentación de los mismos: ésta puede ser cambiada, como en toda jurisprudencia, y el TC lo ha hecho en varias ocasiones, sin ni siquiera sujetarse al requisito del art. 13 LOTC de que en el tal caso se someta la decisión al Pleno (78).

(73) El término es más correcto que el de «postdelictual», que utilizan muchos autores.

(74) P. ej., RGUEZ. DEvesa, ADPCP 1978, 5 ss.; PG 1986, 987.

(75) Niegan o ponen en duda su carácter penal y consideran que tienen naturaleza administrativa, p. ej., ANTÓN, DP, I, 1949, 4; CAMARGO, Intr al est. del DP, 1964, 11; RGUEZ. MOURULLO, en (varios), Peligrosidad social y medidas de seguridad, Valencia, 1974, 363 ss.; PG, 1977, 17 s.; CUELLO: DP I, 1975, 8; MUÑOZ CONDE, Intr 1975, 40 ss.; JORGE BARREIRO, Las medidas, 1976, 92; TERRADILLOS: Peligrosidad social y Estado de Derecho, 1981, 133 s.; SAINZ CANTERO, Lecciones PG, I, 1982, 19, 23-25; BUSTOS, PG, 1984, 8; CEREZO, *Curso*, 1985, 34 s.; QUINTERO, PG, 1986, 32; RGUEZ. DEvesa, PG, 1986, 11, 990. En contra, sostienen con razón su carácter penal (aunque sean criticables), OLESA, Las medidas de seguridad, 1951, 141; DEL ROSAL, Tratado PG, I, 1968, 2; II, 1972, 559; COBO, en (varios): Peligrosidad social y med. de segur., Valencia, 1974, 98 s.; MIR, Intr 1976, 24 ss.; PG, 1985, 5; BARBERO, Política y DP, 1977, 9; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, 1981, 47 ss.; LANDROVE, Intr 1985, 24; QUERALT, ADPCP 1985, 305 s.; RGUEZ. RAMOS, Compendio PG, 1986, 8, 119, 279 s.; COBO/VIVES, PG, 1987, 26, 705. Ello con independencia de que puedan ser inconstitucionales por atentar al principio de legalidad o al de seguridad jurídica: cfr. infra n. 78.

(76) TC 23/1986, de 14-2, «BOE» 5-3-86; 21/1987, de 19-2, «BOE» 4-3-87.

(77) Tribunales de Justicia y Justicia constitucional, PJ 1986-2, 10 ss.

(78) El fallo en estos casos era meramente conceder amparo al recurrente, y la interpretación de dichas STC es tanto menos general por las peculiaridades de los supuestos concretos, en los que, además del principio de legalidad, el TC entendió vulnerado el *non bis in idem* —y ello era quizá lo decisivo— por ser el supuesto de estado

Las medidas de seguridad, tanto las postdelictivas como con mayor razón las predelictivas (que ni siquiera exigen un delito previo), a diferencia de las penas no requieren culpabilidad: ni es preciso que en el delito cometido —en el caso de las postdelictivas— concorra culpabilidad, ni tampoco hace falta que el peligro de futuros delitos sea de acciones culpables, sino que en ambos casos basta con que se trate de acciones típica, penalmente antijurídicas. El que no sea

perigroso del art. 2, 8.º LPRS: traficar con drogas, idéntico al hecho del art. 344 CP. Por otra parte, la argumentación de las STC es endeble y poco convincente: Se dice en ellas que se vulnera el principio de legalidad con las medidas predelictivas porque conforme al art. 25.1 CE «no cabe otra condena —y la medida de seguridad lo es— que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal». Pero, en primer lugar, no tiene sentido atenerse únicamente a los términos más o menos literales del art. 25.1 (que además no son exactamente como se dice en las STC). Lo importante es el significado —histórico y material— de tal principio, que es el de garantizar que sólo una ley previa pueda determinar cuándo se sancionan unos hechos y con qué sanciones; y si el art. 25.1 CE se refiriera a las medidas de seguridad —que no se refiere—, la exigencia se cumpliría con que una ley, y no el juez o la Administración, determine previamente a qué supuestos de estado peligroso (aunque sean predelictivos) les son aplicables medidas. Pero tal precepto —a diferencia del 25.2, que las menciona— no comprende el principio de legalidad para medidas (así MIR, PG, 1985, 65; COBO/VIVES, PG, 1987, 706), ni siquiera para las postdelictivas, pues el presupuesto de éstas no son «acciones u omisiones» que constituyan «delito» (art. 25.1), sino la peligrosidad criminal unida a un supuesto tipificado como estado peligroso, del que el delito, en su caso, no es más que un componente; y mucho menos aún se referiría a las medidas si dicho precepto exigiera, como dicen las STC cit., un «culpable» del ilícito penal (que no lo exige), ya que las medidas por definición no requieren culpabilidad. Además es incorrecto prescindir del inciso final del 25.1: «según la legislación vigente en aquel momento» y quedarse sólo con el inciso inicial: «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa», como si no existieran otras posibles condenas, que es lo que vienen a sostener esas STC; pues entonces se produciría el absurdo de tener que entender que el 25.1 CE prohíbe las condenas o sanciones civiles por ilícitos civiles, ya que no son delito, falta o infracción administrativa. Lo que el precepto quiere decir es, naturalmente, que si alguien va a ser condenado por delito, falta o infracción administrativa (y no quiere extender la garantía a otro tipo de condena o sanciones), el hecho debe estar previamente descrito como tal por la legislación. Por último, la 1.ª Sent. cit., la STC 23/1986, añade que se vulneraba también la presunción de inocencia del art. 24.2 CE con tal medida predelictiva, pues «se le estaría presumiendo culpable antes de que en proceso penal por delito se dilucidara su culpabilidad»; ello puede tener cierta base respecto del art. 2, 8.º LPRS, en cuanto que el estado peligroso se funda en dar por sentado que ha habido tráfico de drogas (lo que es lo mismo que el delito del 344 CP, pero apreciado antes de la condena), pero no como regla general para las medidas predelictivas, porque en ellas no se presume ni se declara «culpable» al sujeto, sino peligroso. La posible inconstitucionalidad de las medidas predelictivas guarda relación más bien con la infracción del principio de seguridad jurídica, del art. 9.3 CE (así COBO/VIVES, PG, 1987, 707; QUINTERO, PG, 1986, 150, que tb. menciona los arts. 81 y 53 CE como base del principio de legalidad. BUSTOS, PG, 1984, 8, basa su inconstitucionalidad en los arts. 9.3, 14 y 25.1), y del mandato de determinación, precisión o certeza como exigencia material del principio de legalidad, en la medida que éste indirectamente se pueda basar en los arts. 53.1, 81 ss. y en las exigencias de un Estado de Derecho del art. 1 CE (así MIR, PG, 1985, 64 ss.; COBO/VIVES, PG, 1987, 706 s.); pero tales infracciones, al no afectar a derechos fundamentales —arts. 15 a 29 CE—, no son apreciables en recurso de amparo, sino mediante cuestiones o recursos de inconstitucionalidad.

precisa la culpabilidad no significa que ésta sea incompatible con las medidas de seguridad, de tal modo que a los culpables se les impusiera sólo la pena, y las medidas se reservaran para los sujetos inculpables, pero peligrosos; por el contrario, a las personas culpables también se les puede aplicar una medida de seguridad si encajan en un «estado peligroso».

Por último, al igual que la pena, la medida de seguridad prevista por la norma penal sólo se puede imponer en un proceso por el juez penal (sea un juez especializado —Juzgados y Salas de Peligrosidad—, sea el juez ordinario: así la Disp. transit. 27.^a, 2 y 3, LOPJ 1985 atribuye las funciones de los anteriores Juzgados de Peligrosidad a los Juzgados de Instrucción, pero mantiene las competencias en apelación de la Sala de Peligrosidad en la Audiencia Nacional).

3. Para acabar de exponer estas nociones conceptuales sobre penas y medidas, sin entrar todavía en su significado material, hay que señalar que en la mayoría de los sistemas penales actuales coexisten ambas consecuencias jurídicas del delito, lo que se denomina «dualismo» o «doble vía», frente a los sistemas «monistas», que optan exclusivamente por una u otra reacción. Pero cuando coexisten ambas consecuencias en un sistema penal, podría optarse por una rígida separación en su aplicación: para los culpables sólo las penas y nunca medidas, y éstas solamente para los inculpables peligrosos (79), o puede optarse, como hace el Derecho español, por la posibilidad de coincidencia de penas y medidas en ciertos supuestos de personas culpables y peligrosas. A su vez, en tales casos puede optarse por una aplicación cumulativa de pena y medida, que es lo que ocurre normalmente en el Derecho español actual, o bien por una aplicación sustitutiva, total o parcial, de medida de seguridad y pena, sustituyendo aquélla o ésta, como se hace en el llamado «sistema vicarial», por el que opta para la mayoría de los casos el AP 1983 de nuevo CP, siguiendo la tendencia dominante en la moderna reforma penal en los países desarrollados (80).

4. Un tercer modo de reacción frente al delito previsto por las leyes penales lo constituyen lo que se puede denominar «consecuencias accesorias». El concepto procede del Derecho alemán, queriéndose indicar con el mismo que se trata de sanciones de naturaleza peculiar que, sin ser penas ni medidas, se unen o pueden unirse a una

(79) Hay que advertir que a esto también se le puede denominar «sistema monista», porque nunca son aplicables a un mismo supuesto ambas consecuencias (ni cumulativa, ni sustitutivamente); pero realmente el sistema penal es dualista, por poseer ambas formas de reacción frente al delito.

(80) Sobre todo ello cfr. JORGE BARREIRO, *Las medidas*, 1976, 165 ss., 183 ss.; *La reforma de 1978 a la LPRS*, en: *Comentarios a la leg. penal* (dir.: Cobo), II, 1983, 520 ss.; MUÑOZ CONDE, *Monismo y dualismo en el DP español*, en: *EPCr*, VI, 1983, 217 ss., 236 ss.; RFDUC, monogr. n.º 6, 1983, 505 ss.

condena penal (81); y si bien los §§ 45 ss. del StGB incluyen bajo esa rúbrica la inhabilitación para cargo y para sufragio activo y pasivo, que no hay ningún inconveniente conceptual para considerar penas —como se hace en nuestro CP—, también es cierto que aquel concepto es aplicable a la confiscación de beneficios ilícitos y al comiso, que el Tít. 7. de la Sec. 3.^a de la PG del StGB regula asimismo separadamente, reconociendo que no son penas ni medidas. Nuestro AP 1983, en una propuesta bastante aceptable (82), dedica el Tít. VII del Libro I a las consecuencias accesorias, considerando como tales en los arts. 136-138 el comiso, la privación de beneficios ilícitos de personas jurídicas, y la clausura, disolución, suspensión o prohibición de actividades de empresas o personas jurídicas. El CP vigente no prevé tal categoría sistemática general, sino que incluye el comiso entre las penas, y luego recoge de modo disperso por su articulado sanciones de disolución, clausura, suspensión o prohibición de actividades, p. ej., en los arts. 174, 265; 344 bis b, 344 ter, 347 bis, 452 bis d 2.^o, o de comiso de ganancias ilícitas, aunque se hayan transformado [lo que parece estar pensado para la utilización de sociedades entre otros casos (83)] en el art. 344 bis e CP.

La naturaleza de estas sanciones es ciertamente discutible, pues respecto de ellas puede sostenerse, y se ha sostenido, que son penas, o medidas de seguridad, o incluso administrativas. Así el art. 48 CP considera pena accesoria al comiso. Y de las sanciones que afectan a personas jurídicas, se ha sostenido que son penas por quienes defienden la capacidad delictiva de las personas jurídicas (84), o por otro sector doctrinal, seguido por los arts. 132 y 153 del P 1980, que son medidas de seguridad (85). Pero tales sanciones tienen en común que afectan o, en el caso del comiso, pueden afectar a terceras personas no responsables del delito (pues las personas jurídicas no

(81) Así JESCHECK, Lb 1978, 637 ss.; Ttdo 1981, 1094 ss., donde incluye además de los §§ 45 ss. StGB, la publicación de la sentencia condenatoria en delitos que afectan al honor, que realmente es una reparación moral de naturaleza civil.

(82) Tb. positivamente, justificando, p. ej., el paralelismo entre el comiso de instrumentos peligrosos y la disolución de una sociedad que puede ser utilizada como instrumento peligroso, MIR, El sistema de sanciones en la Propuesta de AP de CP 1983, DJ 1983 (37/40), 190.

(83) Aunque el inciso inicial del 344 bis e suscita dudas, por efectuar la salvedad: «a no ser que pertenezcan a un tercero no responsable del delito»; y las sociedades a las que se haga figurar como titulares de ganancias ilícitas producto del tráfico de drogas en puridad son terceros no responsables del delito, aunque estén controladas por los delincuentes. Pero, dada la *ratio* del precepto, probablemente procede una interpretación restrictiva (teleológica) del concepto de tercero no responsable, excluyendo del mismo a tales sociedades.

(84) P. ej., BARBERO, RDMerc 1957 (64), 324, 327 ss.; ZUGALDÍA, CPC. 11 1980, 77 ss., con ulters. citas.

(85) ANTÓN ONECA, PG, 1949, 155 s.; CUELLO CALÓN, I, 1975, 323 ss.; RGUEZ MOURULLO, PG, 1977, 230 s.; MIR, PG, 1985, 142; más matizadamente en Adiciones al Ttdo. de Jescheck, 1981, 309, 312. Ya el art. 90, 10.^a del CP 1928 incluía entre las medidas de seguridad la disolución, supresión o suspensión de personas jurídicas.

lo son). Por eso no son penas. Y tampoco son medidas de seguridad, pues éstas requieren peligrosidad criminal en el sujeto a quien se aplican, y ni el comiso ni la confiscación de beneficios ilícitos lo presuponen en absoluto, ni tampoco en las «medidas» aplicables a personas jurídicas hay peligrosidad criminal en éstas, puesto que no pueden delinquir (86). Por lo demás, las consecuencias accesorias son de naturaleza jurídicopenal —y no meramente administrativa (87)—, pues son consecuencias precisamente del delito y, aparte de ser sanciones impuestas por el juez penal (y previstas en normas penales), suponen privaciones de derechos de entidad considerable y (anticipando su sentido material) en todo caso de carácter preventivo.

F) *La aplicación judicial: ¿criterio definitorio?*

Hemos visto, al adelantar la definición de Derecho penal, que cierta doctrina, como *Quintano* basándose en *Carrara* (88), exige, para que la definición quede completa, que se añada la nota de que la aplicación de la norma penal se realice mediante un proceso penal previo. Y, en efecto, en el actual estado de cualquier Derecho penal civilizado se requiere una aplicación jurisdiccional, y tras un proceso, de la norma jurídicopenal; sólo así se aprecia el delito y sus responsabilidades, y sólo así se imponen las penas o las medidas de seguridad criminales. Esto es un hecho indiscutible en el *actual* panorama jurídico, que tiene un importante sentido material de garantía, que veremos más adelante, y por ello puede destacarse ya en el concepto mismo del *actual* —haciendo esa precisión— Derecho penal. Ahora bien, la cuestión es si además, como pretende ese sector doctrinal, es un crite-

(86) Por eso, RGUEZ. MOURULLO, PG, 1977, 230, tiene que hablar, siguiendo a R. SCHMIDT, de «peligrosidad objetiva» de la persona jurídica, reconociendo que la misma se basa en acciones de otros sujetos. Y MIR, Adiciones a Jescheck, 1981, 312, reconociendo que en la persona jurídica no hay peligrosidad criminal, considera que los textos legales no deben concebirla como sujeto pasivo de la medida, sino que los destinatarios de la medida que recae sobre la persona jurídica son los sujetos físicos que hay tras ella, a los que se les puede privar de que la utilicen criminalmente. Pero, en primer lugar, las medidas de seguridad requieren un pronóstico de peligrosidad criminal concreto sobre algún sujeto determinado, aunque fuera alguno de los sujetos de atrás, lo que no sucede en estas «medidas», en que basta la peligrosidad objetiva (de utilización como instrumento) de la sociedad o —según otras fórmulas legales— ello ni siquiera se exige expresamente. Y, en segundo lugar, las medidas de seguridad suponen una privación o restricción de facultades o simplemente un tratamiento que se aplica precisamente al sujeto peligroso; mientras que aquí se aplica a una sociedad de cuyas acciones pueden ser titulares personas que no tengan nada que ver con quienes la utilicen o puedan utilizar criminalmente (aparte de que la sociedad ya tiene personalidad propia).

(87) Así, en cambio, RGUEZ. DEVESA, PG, 1988, 392.

(88) CARRARA, Programa del Corso di Diritto criminale, I, 1924, Prefacio; QUINTANO, Compendio I, 1958, 5; Curso I, 1963, 5; seguido por GIMBERNAT, Código de las leyes penales, 1977, 13; también BARBERO, Política y DP, 1977, 9.

rio definitorio, delimitador de lo que es Derecho penal, en el sentido de que sólo la aplicación judicial puede en casos extremos servir para deslindar sanciones penales de otras sanciones no penales, como las administrativas.

La respuesta debe ser negativa. La aplicación jurisdiccional no es un criterio definitorio de lo que son normas penales, o delitos, o sanciones penales, en primer lugar porque éstas han podido aplicarse en otros momentos históricos o pueden aplicarse actualmente en otras culturas jurídicas por poderes públicos distintos del judicial, o incluso por otros sujetos, sin que por eso se les pueda negar el carácter de normas e instituciones del Derecho penal. Y, en segundo lugar, porque no toda sanción o medida que impone el juez de lo criminal en el proceso penal es una sanción o consecuencia jurídicopenal; puede tratarse también de sanciones o medidas procesales, civiles o administrativas [de estas últimas cabe citar, p. ej., la expulsión de extranjeros del territorio nacional autorizada por el juez en los casos de los arts. 21.2 y 26.3 de la LO 7/1985, de 1-7, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (89), expulsión que en otros casos y según el art. 26.1 de dicha LO puede acordar el Director de la Seguridad del Estado —medida claramente administrativa—, mientras que, si se dan los presupuestos de estado peligroso y «peligrosidad social», tal expulsión puede constituir una medida de seguridad criminal de los arts. 5.12 y 7 LPRS; o las múltiples sanciones disciplinarias y de orden que puede imponer el juez penal, p. ej., conforme a los arts. 181, 258, 684 o 716 LECr (90)]. Ocurre aquí lo mismo que con la inclusión de una sanción en una norma penal, que tampoco es criterio seguro, puesto que en una misma ley puede haber parte penal y preceptos no penales, sino de otra índole. Por tanto, como ya hemos visto al examinar el concepto de pena, en casos límite la única delimitación segura se basa en datos formales: el que, además de aplicarse jurisdiccionalmente y a un hecho calificado de delito, la sanción se denomine formalmente «pena» o «castigo» o encaje en el catálogo general de penas del CP; y lo mismo podría decirse —aunque aquí las dudas sean aún mayores— respecto de las

(89) En el art. 21.2 LO 7/1985 tal expulsión se prevé como «sustitutiva de las penas que le fueren aplicables» al condenado por delitos menos graves; por ello es discutible su naturaleza administrativa o de una peculiar sanción sustitutiva penal (aunque no sea pena ni medida de seguridad). Pero en el art. 26.3 la expulsión puede autorizarla el juez respecto de extranjeros sometidos a diligencias por delitos menos graves y a expediente de expulsión en trámite, pero que todavía no han sido condenados; por tanto, es indudable la naturaleza no penal de tal expulsión, que tampoco es meramente cautelar o procesal, sino claramente administrativa sancionadora, pero que puede ser acordada por el juez en lugar de serlo por la Administración, a quien normalmente le corresponde según el art. 26.1.

(90) Así lo destaca CASABÓ, en: Córdoba/R. Mourullo, Comentarios II, 1972, 82 n. 27.

medidas de seguridad y su encuadramiento en los catálogos de medidas y estados peligrosos de la LPRS o, en su caso, del CP.

Por consiguiente, aunque ello no tiene un carácter definitivo y definitivo (sobre lo que es o no Derecho penal), es cierto que en nuestro actual Derecho las normas jurídicopenales y sus instituciones han de apreciarse y aplicarse jurisdiccionalmente en un proceso. Hay que aclarar, para concluir, que esta última característica de las normas penales no forma parte de su objeto de regulación: es decir, que las normas del Derecho penal no se ocupan de cómo ha de producirse la aplicación judicial de las mismas, pues esa es materia procedimental —conexa con la penal y con importantes repercusiones mutuas, pero ciertamente distinta—, objeto del Derecho procesal penal.

3. Concepto material de Derecho penal

A) *Sentido material de delitos, sujetos, sanciones y garantías formales*

Los elementos del Derecho penal que hemos analizado formalmente tienen un significado material.

a) Por una parte, los objetos de los que se ocupan las normas penales tienen en común la nota de la *gravedad*. Así el *delito materialmente* supone (o suele suponer, cuando en los Estados democráticos el legislador selecciona correctamente las conductas delictivas) una conducta gravemente nociva para la sociedad, perturbando considerablemente bienes jurídicos importantes, es decir, condiciones mínimas de convivencia social de modo reprobable y no justificado y poniendo en cuestión la vigencia del orden jurídico (91); ello constituye la anti-juridicidad material. A esto se viene a añadir la culpabilidad como situación de responsabilidad normal del sujeto, que supone su asequibilidad al mandato y la amenaza penal: motivabilidad normal, que fundamenta la necesidad y eficacia de la prevención general (92). Como consecuencia de ello las *sanciones* penales también permiten restringir o afectar los bienes jurídicos más importantes como respuesta al delito. Aunque con distintos presupuestos y *finalidad* las diversas sanciones: las penas, dado que su finalidad fundamental es la prevención general, aunque también se orienten a la prevención especial (93),

(91) Desde v. LISZT, Lehrbuch, 12.^a/13.^a ed., 1903, 140 ss., se suele poner de manifiesto la nocividad social concretada en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos como componente de la antijuridicidad material. Pero a ello hay que añadirle la no justificación material, y —si se integra el dolo y la imprudencia en el injusto— la reprobabilidad; y, como consecuencia de ello, el ataque o inobservancia (de la pretensión de validez) del orden jurídico: esto último lo ponen de relieve, p. ej., SCHMID-HÄUSER, AT, Stb, 1984, 63 ss., 84 ss.; JAKOBS, AT, 1983, 27 ss.

(92) Vid. LUZÓN PEÑA, Medición, 1979, 45 s.

(93) Sobre la prioridad, compatibilidad o antinomias entre ambos fines de la pena, cfr. LUZÓN, Medición de la pena, 1979, passim.

tienen como presupuesto la previa comisión responsable de un delito, y no forzosamente la futura comisión de un delito —peligrosidad criminal—. En cambio, las medidas de seguridad, como su finalidad es exclusivamente preventivo-especial [aunque de facto en algunos casos puedan también cumplir una función preventiva general (94)], presuponen ineludiblemente la probable comisión futura de un delito —aunque no sea culpable—, es decir, peligrosidad, pero no siempre la previa comisión de un delito (sí las post, pero no las predelictivas) y, en cualquier caso, no requieren, aunque pueda darse, la previa comisión culpable de un delito. Y las consecuencias accesorias tienen también finalidad preventiva (reforzada, agravada): En la medida que son accesorias de penas, a las que acompañan, tienen finalidad disuasoria y, por tanto, preventivo-general, pues refuerzan la eficacia disuasoria de aquéllas frente a potenciales delincuentes, al amenazarles con privarles de disfrutar o utilizar efectos del delito, aunque formalmente sean ajenos, o al suponer la amenaza de inutilizar aquellos objetos o entidades, aunque sean de ajena titularidad, que puedan utilizar como instrumento de delitos. Y, por otra parte, tienen una clara finalidad preventivo especial —reforzando la de las penas o eventualmente medidas a las que acompañan—, ya que pretenden evitar que los sujetos que han delinquido y por ello potencialmente peligrosos vuelvan a utilizar instrumentos —objetos o personas jurídicas— para el delito (o incluso que otros sujetos distintos los vuelvan a utilizar aprovechando su idoneidad al efecto), o impedir que se beneficien de los efectos del delito, y ello, al resultarles rentable, les refuerce en su idea de persistir en el futuro o que materialmente les facilite o aumente su capacidad de seguir delinquiendo.

b) Si se da aquella gravedad material, por su especial dañosidad social y reprobabilidad, en las conductas que son presupuesto de las sanciones —y ello sucede en la mayoría de los delitos que lo son por igual o con pequeñas variantes en las distintas sociedades a lo largo de la historia y con independencia de su sistema político, económico, cultural, etc. (95), pero también en muchas conductas que adquieren esa gravedad en un determinado estadio de desarrollo histórico y social—, entonces resulta *inexacta* la consideración del delito simplemente como «conducta desviada». Los conceptos de desviación (*deviation*, *Abweichung*, etc.) y comportamiento o conducta desviada (*deviant behavior*, *abweichendes Verhalten*, etc.), de origen sociológico, están masivamente extendidos en la sociología y la criminología modernas para designar una amplísima gama de fenómenos sociales

(94) MIR, *Intr* 1976, 80; LUZÓN, *Medición*, 1979, 48; COBO/VIVES, *PG*, 1987, 704 s.

(95) Cfr. FIGUEIREDO/DA COSTA, *Criminología*, 1984, 89 (y n. 48, donde menciona la tradicional distinción entre *crimina naturaliter proba* y *mere prohibita*).

problemáticos y el delito como uno más de entre ellos (96). Incluso se ha dicho que, aunque a los juristas no les gusta tal expresión, «conducta desviada» es la fórmula sobre la que quizá un día podrían ponerse de acuerdo penalistas y criminólogos, de origen sociológico, psicológico o de otro tipo; para designar el objeto de su profesión (97). Pero conducta desviada significa sólo apartamiento, divergencia, discrepancia de usos o normas de todo tipo: sociales, éticas, religiosas, jurídicas, da idea de disidencia o marginalidad y no implica necesariamente dañosidad, ni gravedad, sino simplemente que la conducta no coincide, disiente o se aparta de lo usual, mayoritario, normal, dominante o sencillamente de lo establecido u ordenado. Por eso, cuando la tipificación de una conducta como delito ha sido correcta y materialmente justificada —desde las exigencias de un Estado democrático de Derecho—, no se puede definir el delito como conducta desviada a secas (pues esto es una pura constatación formal) (98), ni siquiera como gravemente desviada, ya que hay algo más: hay razones materiales para que esté justificada su consideración como la conducta más gravemente desviada respecto de (o mejor: infractora de) las normas más esenciales, a saber, su elevada e injustificada lesividad o peligrosidad para las condiciones básicas o elementales de convivencia de los ciudadanos en sociedad (lo que abreviadamente se denomina como «dañosidad social» grave) (99). Y en las sociedades democráticas

(96) Cfr. al respecto y sobre la utilización del concepto en las teorías de la anomia en las versiones de Merton, Parsons, de la subcultura de Cohen y de las subculturas delincuentes de Cloward y Ohlin, y por otras teorías criminológicas, FIGUEIREDO/DA COSTA, *Criminología*, 1984, 74 ss., 311 ss., 328 ss.; GARCÍA-PABLOS, *Estudios penales*, 1984, 106 ss., 110 ss.; CLARK/GIBBS, en: LÜDERSEN/SACK (edits.), *Seminar: Abweichendes Verhalten I*, 1975, 155, 180 s. n. 9. Esta última obra colectiva, bajo la rúbrica común de «Conducta desviada», contiene tres tomos (I, II, 1975; III, 1977) dedicados al surgimiento de la desviación en relación con las normas sociales y a las reacciones sociales ante la desviación y la criminalidad.

(97) LÜDERSEN, *Einführung*, en: *Seminar: Abweichendes Verhalten*; I, 1975, 7.

(98) Tal calificación como mera desviación, si se la considera como algo artificial, arbitrario o que responda a intereses de grupos dominantes, puede conducir a una exagerada descalificación y crítica global del sistema penal de selección de conductas como delictivas, como hacen las teorías del etiquetamiento y la criminología crítica (ver *infra*). Pero tb. puede conducir a la tendencia opuesta, aún más peligrosa y rechazable: a una concepción conservadora extrema, que legitime toda incriminación de la simple desviación; pues si el delito materialmente no es otra cosa que conducta desviada, puede considerarse justificada la criminalización de comportamientos discrepantes o disidentes en materia ideológica, política, moral, sexual, etc., aunque no sean gravemente lesivos o peligrosos para bienes jurídicos. Restrictivamente, O. DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, 105, 313, considera delitos los comportamientos desviados "más graves".

(99) FIGUEIREDO/DA COSTA, *Criminología*, 1984, tras exponer (63 ss.) los cambios sobre el objeto de la Criminología, desde el concepto formal y legalista de crimen al concepto material del mismo y, dentro de éste, del concepto de dañosidad social al de desviación, subrayan (87, 90) que incluso para un concepto sociológico de crimen o delito no basta con cualquier comportamiento desviado, sino que ha de ser además socialmente dañoso y capaz de despertar reacciones sociales emotivas y susceptible, por ello, de constituir un problema de política criminal. STRATENWERTH, *AT*, 2.ª, 1981, 18, señala que sólo deberían criminalizarse aquellas conductas infractoras de normas sobre las que exista total consenso social, y no cuando haya discrepancias.

hay mecanismos suficientes para que la incriminación de conductas responda en la mayoría de los casos a estas premisas, e ir cambiando o exigiendo el cambio en caso contrario. Siendo así, aún es menos compartible la hipótesis fundamental de la «criminología crítica» (100) de la neutralidad —y consiguientemente ubicuidad y normalidad— de la conducta delictiva, que realmente es creada, en primera instancia (selección primaria), por las normas mediante procesos arbitrarios y discriminatorios de selección, definición y adscripción («etiquetamiento» o «estigmatización» como criminalidad) conforme a los intereses de los grupos dominantes. Aunque esta teoría tiene buena parte de razón en su crítica al modo selectivo, casual a veces, desigual —y a veces clasista— de proceder el aparato de la Justicia en la aplicación de la ley (en la «selección secundaria»); como también tiene parte de razón en que en ocasiones el proceso de selección primaria —legislativa— de conductas delictivas ha sido, o sigue siendo, injustificado desde el punto de vista de la dañosidad social y ha respondido sólo a intereses de grupos dominantes, minoritarios o incluso mayoritarios, en dominar o reprimir la mera desviación.

Cuando ello sucede, incluso en los sistemas democráticos (donde, aunque en pugna con corrientes opuestas, hay una progresiva tendencia a corregir tales excesos mediante procesos desincriminadores, o incriminadores en lagunas de protección de intereses colectivos), pero sobre todo y de modo mucho más generalizado en sistemas totalitarios o no democráticos, ciertamente pueden llegar a constituir, a calificarse de delitos, aunque ello sea abusivo e injustificado materialmente, conductas no gravemente lesivas o peligrosas para bienes jurídicos importantes, sino meramente desviadas, discrepantes, disidentes o marginales —respecto de las pautas o intereses de grupos dominantes— en el aspecto político, religioso, moral, de modo de vida, sexual, etc.

c). La consideración aparte del *sujeto*, de su personalidad y otras circunstancias personales, junto con la del hecho a la hora de determinar la pena, significa una especial consideración de los intereses y necesidades de prevención especial (respecto del sujeto concreto, aparte de las necesidades preventivo-especiales que por lo general pueda denotar el hecho y sus circunstancias particulares); aunque normalmente ello sucede sin rebasar el marco de la proporcionalidad con

(100) TAYLOR/WALTON/YOUNG, *The new Criminology: for a social theory of deviance*, 1973 (trad.: *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, 1977); *Critical Criminology*, 1975 (trad.: *Criminología crítica*, 1977); BARATTA, *Criminología crítica e política criminale alternativa*, QCr 1977, 339 ss.; *Criminología crítica y política penal alternativa*, RIntDP 1978-1, 43 ss. Cfr. BERGALLI, *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*, 1980, 224 ss.; GROSSO, *Nueva criminología y dogmática jurídicopenal*, CPC 10 1980, 47 ss.; bastante coincidente aunque parcialmente crítico, GARCÍA-PABLOS, en: *Estudios penales*, 1984, 107 ss.; *Problemas actuales de la criminología 1984*, 39 ss., 84 ss., 93 ss. Totalmente crítico NAUCKE, *Las relaciones entre criminología y política criminal*, CPC 5 1978, 95 ss.

la gravedad del hecho, necesaria para la eficacia de la prevención general. Si el límite máximo de la punición lo marca la gravedad del hecho; aunque luego operen las circunstancias personales del sujeto y su comportamiento ante y postdelictivo para cuantificar, hacia arriba o hacia abajo, la punición o para sustituirla, estamos ante manifestaciones residuales de Derecho penal de autor, pero siempre dentro de un Derecho penal de hecho como garantía de libertad y seguridad jurídica del ciudadano frente a posibles excesos (101) (a los que sería mucho más propenso un Derecho penal exclusivamente de autor), y que por ello no son censurables, sino plausibles por permitir un trato mucho más individualizado de cada delincuente. Así sucede con la consideración de la personalidad del delincuente (art. 61, 4.ª CP) o de las perspectivas para la futura vida del autor en sociedad (§ 46, 1 StGB) para la medición de la pena dentro del límite máximo trazado por la gravedad del hecho y el marco penal típico, con el comportamiento posterior positivo (§ 46, 2 StGB) o la rectificación o arrepentimiento como atenuante (art. 9, 9.ª CP), con la menor o nula necesidad preventivo-especial de pena en el sujeto como atenuante analógica muy cualificada (arts. 9, 10.ª y 61, 5.ª), o con la condición de delincuente primario en el sujeto, sus circunstancias favorables, el pronóstico positivo y la menor o nula necesidad preventivo-especial como criterios que pueden indicar la suspensión o sustitución de la pena (102); pero también sucede con la reincidencia y otras posibles circunstancias personales agravantes mientras no rebasen el límite máximo del marco penal típico fijado por la gravedad del hecho.

En cambio, si, como sucedía en nuestro Derecho en etapas anteriores, la reincidencia o multirreincidencia llega a dar lugar —en general y especialmente en los delitos patrimoniales— a penas superiores en grado a la pena típica, entonces (aunque ciertamente la reincidencia no es una circunstancia totalmente desconectada del hecho, puesto que supone que al delinquir el sujeto desprecia anteriores condenas) se está dando ya en la pena especial relevancia a consideraciones preventivo-especiales —y secundariamente preventivo-generales— entroncadas con el Derecho penal de autor por encima de la gravedad del hecho; lo que por ello fue mayoritariamente criticado en la doctrina (103). Pero, sobre todo, estamos ante una prevalencia de las necesidades preventivo-especiales y ante un reconocimiento de la insuficiencia o del no respeto al Derecho penal del hecho en el campo

(101) Cfr. LUZÓN, La aplicación y sustitución de la pena en el futuro CP, RFDUC monogr. 6, 1983, 421; Die Ersetzungsformen der Freiheits- und anderer Strafen in der spanischen Strafrechtsreform, en: HASSEMER (ed.), Strafrechtspolitik, 1987, 115; Prólogo a De Vicente: El comportamiento postdelictivo, 1985, 27.

(102) Sobre todo ello, LUZÓN, Medición de la pena, 1979, 41 ss., 80 ss., 86 ss., 110 ss., 116 ss.; Prólogo a De Vicente, cit. Tb. sobre el comportamiento postdelictivo, positivo o negativo, DE VICENTE, op. cit., 1985, passim.

(103) Cfr., por todos, MIR, La reincidencia en el CP, 1974, 546.

de las medidas de seguridad. Como aquí cuenta en principio únicamente la peligrosidad del autor, ello lleva no sólo a que, si es nula o escasa, no haya medida de seguridad o ésta sea a su vez leve o breve, sino en caso de elevada peligrosidad del sujeto, en sentido inverso, a imponer medidas más allá de la pena proporcional a la (poca o no excesiva) gravedad del hecho. Esta auténtica manifestación del Derecho penal de autor triunfando sobre el Derecho penal de hecho hace que parte de la doctrina se oponga o al menos mantenga reservas frente a ese «fraude de etiquetas» (104) y sus excesos; pero también es cierto que un considerable sector doctrinal no se opone aquí a que se rebase la duración máxima de la pena proporcional a la gravedad del hecho. Para evitar abusos, conviene establecer el principio de proporcionalidad de la medida no sólo con la peligrosidad del autor, sino con la gravedad de los hechos cometidos y que pueda cometer, instaurar de modo general el sistema «vicarial» —o de sustitución total o parcial de la pena por la medida—, y circunscribir los casos de medidas adicionales a la pena a supuestos totalmente excepcionales (como reconocimiento de insuficiencias asimismo excepcionales del Derecho penal de hecho para la protección social) frente a sujetos muy peligrosos en relación con delitos graves o muy graves (105).

d) Por otra parte, la existencia de ciertos requisitos *formales*, tales como la exigencia de rango de ley (incluso orgánica) a la norma penal y de aplicación jurisdiccional —donde se requiera— de tales normas también tiene un claro significado material de *garantía* (106). Dada la enorme gravedad y repercusiones que pueden tener las sanciones penales —debida a su vez a la gravedad de los delitos—, desde la perspectiva liberal del Estado de Derecho se pretende salvaguardar el máximo de libertad y de seguridad jurídica a los ciudadanos aplicando la división de poderes y evitando en todo caso la intervención del ejecutivo (salvo, precisamente, en la fase ejecutiva final y bajo control judicial) en la apreciación, abstracta o concreta, de delitos y en la previsión o aplicación de sanciones penales. Por ello, la previsión de delitos y sanciones criminales se reserva al Parlamento como

(104) Criticando el fraude de etiquetas, p. ej., MUÑOZ CONDE, Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo, en: DP y control social, 1985, 60 s. Ya VON LISZT, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, II, 1905, 72, ironizaba sobre quienes permitían hacer mediante medidas lo que no se le permite a la pena y se quedaban «contentos si se respetan las viejas y venerables etiquetas».

(105) Esa es la orientación del AP 1983: arts. 88.1, 89, 95 ss., 100. En ese sentido LUZÓN, Medición, 1979, 85; Prólogo a De Vicente, cit., 1985, 27 s.

(106) Sobre el significado material de las reglas y procedimientos jurídicos *formalizados*, HASSEMER, Einführung, 1981, 294 ss.; Fundamentos, 1984, 390 ss. Sobre el valor del garantismo del Estado de Derecho, LAMARCA, Posibilidades y límites de la dogmática penal, CPC 1987, 546 s., n. 61 (señalando el redescubrimiento del garantismo por la moderna doctrina socialista como muestra de lo que *Bobbio* llama «el descubrimiento de lo obvio»).

representación del pueblo y mediante leyes previas y precisas, y la aplicación de las mismas se reserva, como ulterior garantía de imparcialidad y recurribilidad, al poder judicial independiente (107).

Conviene, por último, examinar más detenidamente los aspectos materiales de las normas jurídicopenales, concretamente su carácter o esencia y su función (de la que resulta la función material del Derecho penal).

B) *Carácter o esencia de la norma jurídicopenal: ¿norma de valoración o norma de determinación?*

Una de las cuestiones discutidas con más intensidad por la doctrina jurídicopenal ha sido la del carácter —o, según otros, esencia— valorativo o imperativo de la norma penal. ¿Es ésta un juicio de valor o, por el contrario, un imperativo, o más bien ambas cosas? En principio, tal discusión no es más que un reflejo de la mantenida en la teoría general del Derecho, pero en Derecho penal se plantea con especial intensidad, dado que de las proposiciones jurídicopenales parece desprenderse ya a primera vista una norma (en el sentido de *Binding*) con carácter de imperativo, es decir, de prohibición o mandato. La formulación de los preceptos que castigan el homicidio, la violación, el hurto o la omisión de socorro está diciendo implícitamente: no matar, no violar, no hurtar, auxiliar al prójimo en grave peligro.

a) Ya respecto de la norma jurídica en general se puede optar por una concepción valorativa o axiológica de la misma, según la cual la norma expresa un juicio de valor, positivo o negativo, sobre determinadas acciones, relaciones, circunstancias, situaciones o resultados, de tal modo que antijurídico sería todo aquello sobre lo que recae una valoración jurídica negativa por considerarlo objetivamente indeseado (108); o también se puede optar por otras caracterizaciones de la norma jurídica que rechazan el considerarla como un imperativo (109).

(107) Tradicionalmente se vincula la garantía judicial al principio de legalidad: ver RGUEZ DE VESA, PG, 1986, 173; COBO/VIVES, PG, 1987, 47.

(108) Cfr. la exposición de esta postura (aunque él no la comparte) en JESCHECK, Lb 1978, 188; Ttdo 1981, 318 s.

(109) La concepción valorativa (en contraposición a la imperativa) de la norma se ha desarrollado, en efecto, sobre todo en el campo del Derecho penal. Fuera de él se han dado otras caracterizaciones de la norma no coincidentes exactamente con la del «juicio de valor». Así, p. ej., según ZITELMANN, Irrtum und Rechtsgeschäft, pp. 204 ss., la norma contiene una declaración sobre la orden dictada por el legislador: cfr. LARENZ, Metodología, 1966, 167 n. 14; para Díez-PICAZO, Experiencias jurídicas y teoría del Derecho, 1973, 91-92, la norma constituye una enunciación de los criterios generales de decisión de los conflictos (le sigue R. MOURULLO, PG, 1977, 83). LA-

Pero otro extendido sector doctrinal entiende que la esencia de la norma jurídica consiste en ser un imperativo (110), es decir, una prohibición o un mandato dirigido a los ciudadanos (por ello, a la norma jurídicopenal se la caracteriza en este sentido como «norma de determinación»). En palabras de *Engisch*: si la consecuencia jurídica de toda norma es la imposición de deberes —reduciendo los derechos a sus correspondientes deberes— y el deber es un dictado de la voluntad, como «la expresión de una voluntad dirigida a un comportamiento ajeno se llama “imperativo”...», podemos entonces decir que las normas jurídicas, como normas de deber dirigidas a una conducta humana ajena, son imperativos». «Con ello se quiere decir que las normas jurídicas expresan una voluntad de la comunidad jurídica o del Estado o del legislador. Esa voluntad está dirigida a un determinado comportamiento del súbdito del Derecho, exige ese comportamiento para conseguir realizarlo... Los deberes son, pues, el correlato de los imperativos» (111).

Cuando la discusión se sitúa en el plano de la norma jurídica en general, a la teoría imperativista se le han formulado diversas objeciones. En primer lugar, si el imperativo se concibe como vínculo o conexión psicológica entre dos voluntades —es decir, lo que algunos denominan «imperativismo ingenuo» (112)—, se ha alegado que entonces tal concepción no podría explicar la esencia de normas jurídicas como la costumbre o los tratados internacionales, en que no hay una voluntad que ordena y otra llamada a obedecer o—en los tratados— no hay subordinación de unas normas a otras, o en el caso de la ley, que la idea de una voluntad del soberano o del legislador no comprende suficientemente el proceso de elaboración parlamentaria —pluripersonal— en la moderna técnica legislativa o que, en el caso de una ley vigente desde hace tiempo, es absurdo pensar que se está obedeciendo la voluntad del soberano de hace cien años (113). A estos argumentos se puede responder: en cuanto a la costumbre, aunque su origen no responda a una voluntad, desde el momento en que se convierte en verdadero Derecho vinculante, hay por definición la voluntad de la comunidad jurídica —como diría *Engisch*— de que ello rija y sea respetado. En cuanto a los tratados, aunque igualmente en su origen la voluntad de unos Estados no esté subordinada a la

RENZ, oponiéndose también a la teoría de los imperativos, considera la norma (op. cit., 170 s.) como una «orden de validez»; sin embargo, en la 3.^a ed. de la obra (*Methodenlehre*, 1975, 238 s.) la entiende, adhiriéndose a Reinach, como «norma de determinación», que distingue, no obstante, del imperativo.

(110) Cfr. al respecto con amplísimas indicaciones bibliográficas ENGISCH, *Einführung in d. jur. Denken*, 1971, n. 6b, 195-196; también LARENZ, *Metodología*, 1966, n. 14, 167; *Methodenlehre*, 1975, 235 s., n. 5.

(111) ENGISCH, *Einführung*, 1971, 21 s.

(112) Vid. R. MOURULLO, PG, 1977, 78.

(113) Cfr. BAJO, Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma, en: *Estudios penales I*, 1977, 16-19; R. MOURULLO, PG, 1977, 78 s.

de otros, desde el momento de su ratificación e incorporación al orden jurídico interno hay una aceptación del Estado de someterse —quedando, en su caso, también vinculados los ciudadanos— a la «voluntad» objetiva que se desprende de esa norma. Pues, y esto es lo más importante, ya que vale igualmente para la ley normal, lo que cuenta no es la voluntad subjetiva e histórica del legislador o soberano (aunque se la conciba como una voluntad «impersonal»), sino lo que en la teoría de la interpretación se denomina la «voluntad» objetiva de la ley, es decir, su finalidad o su sentido, que puede consistir en ordenar o prohibir algo, con independencia de cuál fuera la del legislador. Es decir, que el «imperativo» no debe concebirse como derivado de una «voluntad» en sentido psicológico y cuasipersonal. En segundo lugar, contra esa concepción (desafortunada ciertamente) del imperativo como vinculación real entre dos voluntades, se alega que tampoco puede explicar los casos en que la voluntad de los súbditos no se siente vinculada por el mandato, porque lo desconoce o no lo comprende, etc. (114). De ello me ocuparé, no aquí, sino en relación a la norma jurídicopenal en particular.

Por otra parte, se alega que hay normas meramente permisivas o declarativas; otras que suprimen totalmente imperativos, normas derogatorias que dejan libre la voluntad de los súbditos; o normas que conceden, modifican, limitan o sustraen derechos, poderes o capacidades (115). A lo primero, ya sabemos que la respuesta de los imperativistas es que tales normas permisivas o declarativas son incompletas, y sólo unidas con el imperativo principal determinan el alcance exacto de éste; en cuanto a las normas derogativas se responde que sólo tienen la función de disminuir el conjunto total de imperativos vigentes sin introducir en el mismo preceptos jurídicos de nuevo tipo: esas normas «sacan determinadas formas de conducta fuera del dominio jurídico y las dejan en el ámbito libre de Derecho; todo lo que después queda, son sólo imperativos otra vez» (116). Por lo que respecta a la existencia del último tipo de normas, los imperativistas recurren, como sabemos, a ver en los derechos el correlato de los deberes (que ya expresan imperativos), o bien a considerar a aquellas normas que determinan el status jurídico de una persona —p. ej., la adquisición de la capacidad jurídica o de la nacionalidad— como proposiciones jurídicas incompletas que forman parte del supuesto de hecho (añadiendo requisitos indispensables) de otras normas de las que ya derivan deberes para o frente a alguien (117); o

(114) Así BAJO, op. cit., 20; R. MOURULLO, op. cit., 79-83.

(115) Sobre esto último cfr. LARENZ, Metodología, 1966, 167-170; tb. BAJO, Estudios penales I, 1977, 18 s.

(116) Cfr. ENGISCH, Einführung, 1971, 23 s. Igualmente, siguiendo a LUMIA, Principios de teoría e ideología del Derecho, 1979, 34 ss., O. DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, 166 s.

(117) Cfr. LARENZ, Metodología, 1966, 167-170, criticando por insuficiente dicho procedimiento.

bien se responde que, en cualquier caso, puede tratarse de un imperativo dirigido al Juez o a otros órganos estatales para que reconozcan, declaren o impongan determinadas consecuencias ante cualquier supuesto de hecho (118).

Ahora bien, podemos dejar planteada la cuestión de si es o no exagerado pretender que toda norma jurídica constituye un imperativo y de si, p. ej., no expresa suficientemente el sentido de las normas civiles reguladoras de la propiedad considerarlas sólo en el aspecto de imposición de deberes a terceros de respetar o no perturbar al propietario, porque en cualquier caso lo que sí se puede afirmar es que las normas jurídicopenales son imperativos, normas de determinación, con independencia de que toda norma jurídica sea o no un imperativo (119). Y aunque en otras ramas del Derecho realmente hubiera normas jurídicas cuyo sentido no fuera imperativo, con la afirmación del carácter imperativo de la norma punitiva no se está rompiendo la llamada «dilecta unidad de la antijuridicidad» ni ello «implica dos concepciones del Derecho» (120); pues incluso quienes niegan que todas las normas jurídicas sean imperativos, reconocen, claro está, que hay muchas que sí lo son (121), y se trataría simplemente de que en las normas punitivas concurre esa característica.

b) En efecto, las normas que se podrían denominar punitivas en sentido estricto —las normas jurídicopenales que asignan *penas* a los delitos— (122) constituyen imperativos dirigidos a los ciudadanos: prohibiciones o mandatos de realizar determinadas conductas, que, como vimos, se desprenden implícitamente de la formulación de la proposición jurídicopenal completa. Por supuesto que lo que denominamos norma secundaria también contiene un imperativo, dirigido al Juez, de imponer la sanción en caso de incumplimiento del primer imperativo (122 bis); pero cuando se discute el carácter imperativo o de norma de determinación de la norma penal, en lo que se está pensando es en el primero, en el imperativo de la norma primaria (la «norma» en el sentido de *Binding*): La norma penal es una norma de determinación: mediante la amenaza de la pena pretende determinar, motivar a los ciudadanos para que se abstengan de cometer delitos (123). Con

(118) Así ENGISCH, Einführung, 1971, 23: «prohibiciones y mandatos a los sometidos al Derecho, entre los que, por lo demás, también se cuentan los órganos del Estado». Critica este recurso R. MOURULLO, PG, 1977, 84.

(119) Así MIR, Intr 1976, 54 s.

(120) Como pretende BAJO, Estudios penales I, 1977, 29. Le critica MIR, CPC 4, 1978, 178.

(121) Vid. LARENZ, l.u.cit.

(122) Así MIR, op. cit., 56.

(122 bis) MIR, Intr 1976, 31 ss.; PG, 1985, 21-ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, 1981, 170.

(123) Concepción mayoritaria hoy en Alemania: cfr. JESCHECK, Lb, 1978, 188 s.; Ttdo 1981, 319 s. En España, cfr. sus orígenes en GIMBERNAT, Estudios de DP, 1976, 64 ss., 94 ss.; MUÑOZ CONDE, Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform, en Strafrecht und Strafrechtsreform, 1974, 312 ss.; Introducción, 1975, 46 ss.; MIR, Introduc-

ello, como se verá, no se pretende negar que la norma penal sea también norma de valoración; lo que se niega es que sea sólo norma de valoración.

Lo curioso es que la mayoría de quienes en el campo jurídicopenal atacan la concepción imperativista de la norma, acaban reconociendo que la norma penal también opera como norma de determinación, sólo que consideran que el aspecto primario es el de norma de valoración. Concretamente, lo que se niega es que en el campo de la antijuridicidad la norma que se infringe sea norma de determinación: en la antijuridicidad sólo se infringiría la norma objetiva de valoración, mientras que la norma penal en su aspecto de norma subjetiva de determinación sólo operaría en el campo de la culpabilidad (124).

Pues bien, la norma jurídicopenal es, ya en el ámbito de la antijuridicidad, norma de determinación, tiene carácter imperativo. La crítica más importante (125) que se le hace a esta concepción es la de que con ella no se puede explicar la antijuridicidad de las conductas de los inimputables y se hace imposible la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, ya que el imperativo sólo se dirige y vincula a la voluntad de quienes son capaces de conocerlo, comprenderlo y seguirlo, pero no lo pueden infringir quienes, como los menores, los locos o los que sufren un error de prohibición invencible, no están en condiciones de ello por no ser asequibles al mismo (126). Y en efecto, antiguamente ha habido quienes, concibiendo la norma penal como imperativo, entendían que los imperativos jurídicos sólo se dirigen a los imputables, que serían los únicos que los pueden infringir, de modo que los inculpables no podrían actuar antijurídicamente: así la llamada «concepción subjetiva de la antijuridicidad» (127). Pero lo que sucede es que esta concepción es equivocada, y además actual-

ción, 1976, 56 ss.: PG, 1985, 30 s.; LUZÓN, Aspectos esenciales leg. def., 1978, 219 ss.; Medición, 1979, 26. Defiende una concepción imperativa de la norma, pero criticando la teoría de la motivación, O. DE TOLEDO, Concepto, 1981, 86-90, 102 ss.

(124) Así, p. ej., MEZGER, GS 89 (1924), 240 ss.; Lehrbuch, 1949, 164 ss.; Tratado I, 1955, 341 ss.; BAJO, Estudios penales I, 1977, 25 s.; R. MOURULLO, PG, 1977, 83; COBO/VIVES, PG, 1987, 189. Sobre la evolución histórica que conduce a esta concepción, cfr. BACIGALUPO, RFDUC monogr. 11, 1986, 65 s.

(125) Otras objeciones, como las que formula BOCKELMANN, Strafrecht AT, 1975, 35 (a las que se adhiere BAJO, op. cit., 20 s.), de que la concepción imperativista no puede explicar las normas permisivas o la punibilidad de la culpa inconsciente, son fácilmente refutables: cfr. las respuestas de MIR, Intr, 1976, 55. Por lo demás, BOCKELMANN sólo se opone a un imperativismo extremo, pues a continuación (36 s.) considera él mismo la norma penal también como norma de determinación e «imperativo generalizador».

(126) Así la crítica de BAJO, Estudios penales I, 1977, 20 s., 33-35; también BOCKELMANN, op. cit., 35.

(127) Cfr. ampliamente sobre la teoría que parte de A. Merkel, LUZÓN, Aspectos esenciales de la legítima defensa, 1978, 213 ss. Aparte de la doc. cit. por mí en esa obra, tb. fue un relevante partidario de la concepción subjetiva Binding: cfr. BACIGALUPO, RFDUC monogr. 11, 1986, 64.

mente, ya no es mantenida por nadie. El error está en concebir la norma penal como norma *subjetiva* de determinación. En efecto: aunque la norma jurídicopenal es también norma de valoración, «el medio o procedimiento por el que la norma jurídica trata de encauzar las conductas humanas para que respeten los bienes jurídicamente valorados es precisamente mediante imperativos o prohibiciones que pretenden motivar o determinar dichas conductas; es decir, la norma a la que se opone el acto antijurídico es también norma de determinación. Pero lo que es falso es que esta norma de determinación no se refiera a los actos de los inimputables y, en general, de las personas no culpables. Los imperativos y prohibiciones jurídicas pretenden motivar a la generalidad, no sólo las conductas de las personas imputables» (128).

De modo que los imperativos de las normas penales van dirigidos a la totalidad, a la generalidad de los ciudadanos, sin distinguir entre culpables y no culpables (129), entre otras cosas porque, como han destacado Baumgarten y Jescheck, en ocasiones y en cierta medida también los inimputables se dejan determinar o motivar por la norma penal (130). Pero, en cualquier caso, aunque los no culpables sean sólo muy anormalmente accesibles o prácticamente inaccesibles a la motivación de la norma penal, ello no significa que no puedan obrar de modo contrario a la misma: una cosa es que la norma penal *quiera* prohibir una conducta frente a todos, es decir, motivar o determinar a su no comisión (problema de antijuridicidad), y otra que en el caso concreto *pueda* motivar o determinar a ciertos sujetos que no son normalmente asequibles al estímulo de la amenaza penal (problema de culpabilidad). «Pero los comportamientos de los que se trata en la esfera de la “culpabilidad” siguen estando prohibidos (de manera general)» (131).

c) Ya hemos anticipado, no obstante, que la norma penal es tanto norma de determinación como norma de valoración, pues aquélla (el imperativo) se basa en ésta, en valoraciones, en aprobaciones y desaprobaciones. Norma de valoración, pues, en un doble aspecto: primero, en cuanto que valora un determinado bien como digno de protección jurídica, y, en segundo lugar, en cuanto que desvalora, en consecuencia, la conducta que en determinadas circunstancias ata-

(128) LUZÓN, Aspectos esenciales, 1978, 219 s.

(129) Así BAUMGARTEN, Notstand und Notwehr, 1911, 107-110; GIMBERNAT, Festschrift f. Welzel, 1974, 490 s.; Estudios, 1976, 114 s.; BOCKELMANN, Strafrecht AT, 1975, 36; MIR, Intr 1976, 55 s.; Función de la pena y teoría del delito, 1982, 29 ss., 59 ss.; PG 1985, 30; JESCHECK, Lb 1978, 189; Tido 1981, 319 s. Sobre todo ello cfr. mi obra: Aspectos esenciales, 1978, 220-222.

(130) BAUMGARTEN, op. cit., 109 s.; JESCHECK, l. u. cit.; se adhiere a Jescheck MIR, Intr 1976, 56. En contra, BAJO, Estudios penales I, 1977, 32; R. MOURULLO, PG, 1977, 80. Estos últimos pueden tener razón en que un niño recién nacido es evidentemente inasequible totalmente a la motivación penal; pero ello no sucede siempre así en los restantes inimputables.

(131) Vid. GIMBERNAT, l. u. cit.

ca tal bien jurídicamente protegido (132). Dice *Mezger* al respecto: «El Derecho como “norma de determinación” (imperativo) no es “concebible” en absoluto sin el Derecho como “norma de valoración”; el Derecho como norma de valoración es presupuesto lógico e indispensable del Derecho como norma de determinación... Pues quien quiere “determinar” a alguien a hacer algo, tiene antes que saber a qué le quiere determinar: tiene que “valorar” ese algo en un determinado sentido positivo. El prius lógico del Derecho como norma de determinación es siempre el Derecho como norma de valoración, como “orden objetivo de la vida”» (133). Ello es evidentemente correcto si se considera que la norma jurídica no suele ser arbitrariedad, voluntad desvinculada de cualquier consideración o un despótico capricho, sino el resultado de previas reflexiones y valoraciones (134). Pero el aspecto de norma de valoración no es más que un momento interno en el proceso legislativo, pues la valoración sólo se convierte en norma jurídica cuando se arma de la fuerza del imperativo, de la orden o de la prohibición, pues de lo contrario sería un puro deseo platónico sin efectividad y fuerza vinculante: por ello es fundamental el aspecto de norma de determinación (135).

d) En cuanto al carácter de las normas jurídicopenales que asignan medidas de seguridad, ya no se puede decir que operen como normas de determinación dirigidas a los ciudadanos al igual que las normas punitivas (las que señalan penas). Ni siquiera en el caso de las medidas postdelictivas se puede concebir la norma como amenaza que pretenda motivar o determinar al ciudadano para que no delinca porque, de lo contrario, posiblemente se le imponga —además o en vez de una pena— una medida de seguridad: pues ello supondría desconocer que las medidas de seguridad tienden exclusivamente a la prevención especial y sólo de modo absolutamente marginal y en algunos casos pueden servir de hecho a la prevención general, pero ése no es su fin (136). Pero sobre todo, no se puede concebir las

(132) Vid. *mi* obra: Aspectos esenciales, 1978, 219.

(133) MEZGER, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89 (1924), 240 s. Cfr. También ARTHUR KAUFMANN, JZ 1956, 355 ss.; HENKEL, Einführung in die Rechtsphilosophie, 1964, 61 s.; MIR, Intr 1976, 57; BAJO, op. cit., 25; R. DEVESA, PG, 1986, n. 16, 186. En su recensión de Estudios penales I (en CPC 4, 1978, 176 s.) MIR contesta a BAJO, que «prioridad lógica» hay que entenderlo como anterioridad cronológica, no como prevalencia o prioridad de rango.

(134) Así ENGISCH, Einführung, 1971, 27-28. Pero debe quedar bien claro que, aunque en un caso concreto la norma fuera totalmente arbitraria, no por eso dejaría de ser norma jurídica que expresara un imperativo; en este sentido R. DEVESA, l. u. cit.; MIR, CPC 4, 1978, 177 s. (criticando unas manifestaciones de BAJO: op. cit., 24 s., que podrían entenderse en sentido contrario); O. DE TOLEDO, Concepto, 1981, 88 s.

(135) Cfr. ENGISCH, op. cit., 28; JESCHECK, Lb 1978, 189; Ttdo 1981, 320 s.; MIR, Intr 1976, 57; PG, 1985, 31; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, 1981, 87.

(136) Vid. LUZÓN, Medición de la pena, 1979, 48.

normas que prevén medidas de seguridad como normas de determinación, porque el presupuesto de las medidas —tanto post como predelictuales— es un estado peligroso, la peligrosidad criminal: y se pueden prohibir u ordenar conductas, pero evidentemente no «estados» o modos de ser (137).

Podría entonces pensarse que el carácter de estas normas es el de normas de valoración: el Derecho valora negativamente la posibilidad de que un sujeto cometa (o vuelva a cometer) delitos en el futuro, y emite entonces un juicio de desvalor sobre el estado peligroso, sobre esa peligrosidad criminal. Y ciertamente esa valoración negativa es lo que mueve a la norma a ordenar la imposición de una medida de seguridad en ese caso. Pero hay que hacer dos precisiones: primero, que sólo se trata de un juicio de desvalor en el sentido de que ese estado criminalmente peligroso resulta indeseable por suponer la posibilidad de comisión futura de un hecho desvalorado (un delito), pero no de una valoración negativa de una conducta por ser contraria a las normas jurídicas; así pues, si se puede hablar de desvaloración respecto de un estado peligroso, ha de ser en un sentido totalmente distinto al del desvalor que implica el juicio de antijuridicidad. Y, sobre todo, que esa valoración previa no es más que la motivación interna que funciona como presupuesto lógico de la norma que prevé medidas de seguridad, pero no es el aspecto principal o característico de tales normas, ya que en ellas lo primordial es su orientación exclusiva a la finalidad de prevención especial (138).

Sin embargo; también las normas que prevén medidas de seguridad tienen carácter imperativo, sólo que no en el sentido estudiado de norma de determinación dirigida a todos los ciudadanos. Como señala *Mir*, contienen un imperativo dirigido al Juez, ordenándole imponer una medida en caso de darse un estado peligroso; es decir, que de los dos mandatos que contiene la norma punitiva (la que prevé penas), estas otras sólo contienen el de la norma secundaria, pero

(137) Así *MIR*, Intr 1976, 59; PG, 1985, 32; R. MOURULLÓ, PG 1977, 86.

(138) Por lo expuesto, no me parece exacta la posición de *MIR*, Introducción, 1976, 59 s., al decir que tal tipo de normas «no supone un *juicio de desvalor* sobre el sujeto peligroso» y que no se puede concebir las medidas «como respuesta valorativa a un estado de la personalidad desvalorado, pues se aplicaría así a las medidas de seguridad el mecanismo lógico de la retribución, absolutamente ajeno a su concepto», pues las medidas «no son valoración ni el resultado de un juicio de valor». El juicio de desvalor no recae sobre el sujeto peligroso, sino sobre el estado peligroso en el sentido expuesto; y no se trata de que las medidas sean valorativas, ni respuesta valorativa, sino de que las normas que las prevén se basan en una valoración previa; por otro lado no es correcto equiparar desvaloración a retribución, pues una valoración negativa puede conducir exclusivamente a fundamentar la necesidad de prevención (general o especial). En PG, 1985, 32, *MIR* se limita a afirmar que no estamos ante normas de valoración ético-jurídica, que sólo puede recaer sobre conductas evitables por el sujeto; ello es correcto, pero no obsta a que se pueda hablar, en otro sentido —el indicado—, de valoración jurídica negativa del estado peligroso.

no el imperativo de la norma primaria: la prohibición o el mandato a los ciudadanos de realizar ciertas conductas (139).

Ello no afecta a la afirmación general de que la norma jurídicopenal es norma de determinación, pues cuando se plantea la polémica doctrinal norma de valoración-norma de determinación, se está pensando siempre en las normas jurídicopenales más importantes y numerosas: las que asocian penas a los delitos.

C) *Función de las normas penales*

a) *Función de protección*

La norma jurídicopenal, al igual que las restantes normas jurídicas, cumple o intenta cumplir la función de posibilitar la convivencia humana en sociedad. Su peculiaridad estriba en que funciona intentando proteger las condiciones elementales mínimas para esa convivencia social, en la especial gravedad de los medios empleados por la norma penal para cumplir esta misión, y en que sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a esas condiciones mínimas de la convivencia pacífica en la comunidad (140). En la medida que consiga el cumplimiento de estas misiones, la norma penal resultará funcional, en caso de que las perturbe, difuncional (141).

La norma penal intenta cumplir, en definitiva, una función protectora, más concretamente, protectora de esas condiciones elementales de la convivencia social. Esto es, lo que se denomina función de protección de bienes jurídicos (142), misión que trata de llevar a cabo tanto la norma jurídicopenal como el Derecho penal en su conjunto. En cuanto al concepto de bien jurídico, sin entrar aquí en una discusión a fondo del tema, baste decir que los bienes jurídicos son esos presupuestos o condiciones indispensables de la convivencia social pacífica: pueden consistir en estados, circunstancias, intereses, valores, relaciones, etc., que, por ser de utilidad y considerarse valiosos para el hombre y la sociedad, se denominan bienes, y en tanto son objetos de protección por el Derecho, bienes jurídicos o jurídicamente protegidos (143). De entre los innumerables conceptos de bien jurídico pueden mencionarse aquí como significativas dos definiciones recientes y sustancialmente coincidentes: la de bienes jurídicos como aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorealización en la

(139) Cfr. MIR, *Intr* 1976, 60; PG, 1985, 32, tb; R. MOURULLO, PG, 1977, 85 s.

(140) Cfr. MUÑOZ CONDE, *Intr* 1975, 47 s.

(141) Cfr. MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, 46 s.; LUZÓN, *Medición de la pena*, 1979, 9 ss.

(142) Así, p. ej., MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, 48-49; CALLIESS, *Theorie der Strafe*, 1974, 188; MIR, *Intr* 1976, 106.

(143) Cfr. MUÑOZ CONDE, *op. cit.*, 48.

vida social (144), y la que los concibe como «posibilidades de participación en los sistemas sociales» (145).

Los bienes jurídicos se consideran individuales cuando se protegen en función y en interés del individuo concreto, y se denominan, en cambio, bienes jurídicos comunitarios o supraindividuales cuando se protegen en función de y en atención a la comunidad social o estatal como tal, no en función de individuos particulares que los puedan o no sentir como propios (146). Aunque naturalmente es cierto que también sobre los bienes individuales tiene interés (en su subsistencia y protección) la comunidad, como a la inversa, también al individuo le interesa la no alteración de los bienes comunitarios, como presupuestos de su autorrealización (147).

b) Función de protección y función de prevención

Pues bien, esta función de protección de bienes jurídicos la llevan a cabo las normas jurídicopenales a través de su orientación hacia la prevención de delitos. El logro de la finalidad preventiva (de prevención general y especial) asignada a las consecuencias jurídicas: penas y medidas de seguridad, previstas por las normas penales es, pues, el procedimiento por el que éstas intentan cumplir su función de protección de bienes jurídicos. Se trata, por consiguiente, de que la función de protección se realiza por medio de la función de prevención; es decir, que no estamos ante dos funciones encaminadas a fines distintos, sino que la función última —la de protección— la cumple la norma penal a través de la función preventiva, general y especial, asignada a diversos medios, las penas y las medidas, ya que tanto la prevención general como la especial sirven a la protección de bienes jurídicos (148). Naturalmente, que con ello la prevención también

(144) Así MARX, Zur Definition des Begriffs «Rechtsgut»; 1972, 62; MUÑOZ CONDE, l. u. cit.

(145) Así, CALLIESS, Theorie der Strafe, 1974, 143-152, 186-190; MIR, Intr 1976, 137-140, PG, 1985, 76 s.; BERDUGO, El delito de lesiones, 1982, 22.

(146) Cfr. LUZÓN, Aspectos esenciales de la leg. defensa, 1978, 543-553.

(147) Vid. MUÑOZ CONDE, Intr 1975, 48 s.

(148) MUÑOZ CONDE, op. cit., 47 ss., habla de que «protección y motivación, o mejor dicho, protección a través de la motivación, son las dos funciones inseparables e interdependientes de la norma penal»; pero «motivación» se refiere sólo a la prevención general, y olvida la función de prevención especial que también intentan cumplir las normas penales. Un planteamiento más similar al aquí seguido es el de MIR, Intr 1976, 88-109: prevención como función del Derecho penal, que en definitiva se orienta a la de protección de bienes jurídicos; similar, pero acentuando el encuadramiento en el actual modelo de Estado, en: Función de la pena, 1982, 25 ss.; PG, 1985, 53 s., 75. En cambio, O. DE TOLEDO, Concepto, 1981, tras sostener (257 ss.) que la función del Derecho penal, además de la de incriminación, se deriva de la función de las penas y medidas de seguridad, estima (274 s., 269 ss.) que la pena, a través de la motivación ocasionada por la intimidación, cumple una «función de mantenimiento del orden jurídico».

sirve a la defensa o mantenimiento del orden jurídico; pero en un sistema liberal y democrático la afirmación, mantenimiento o restablecimiento del orden jurídico no se puede considerar aisladamente ni como un fin en sí mismo, sino íntima vinculación con e incluso como medio para la protección de bienes jurídicos concretos de los ciudadanos o de la comunidad.

Las diversas normas jurídicas penales tienen la misma función que los medios —penas o medidas— que prevén. Por lo que respecta a las normas que prevén penas, les corresponde tanto la función de prevención general como la de prevención especial; mientras que las normas que prevén medidas de seguridad están orientadas únicamente a la prevención especial.

Como ha destacado una reciente corriente doctrinal, la evolución operada en la caracterización y fundamentación política del Estado ha influido decisivamente en los cambios de acento en cuanto a las funciones y carácter asignados al Derecho penal: así, al Estado liberal de Derecho correspondería una concepción retributiva de la pena concebida como respuesta a un hecho concreto y una configuración del Derecho penal orientado a establecer garantías para la libertad y seguridad jurídica del individuo frente al Estado; mientras que al surgimiento del Estado social intervencionista corresponden la orientación de la pena hacia el fin de prevención, sobre todo especial, convirtiendo al delincuente en objeto de tratamiento, y, sobre todo, la aparición de las medidas de seguridad, exclusivamente preventivo-especiales (149), del mismo modo que la introducción del carácter socializador en el Derecho penal se manifiesta en la nueva legislación sobre la omisión de socorro, los delitos laborales o económico, o la toma en consideración de la víctima (150). Por último, el Estado democrático de Derecho, entendido como culminación y superación del liberal y del social, implicaría una serie de consecuencias para el carácter y límites del Derecho penal, entre las que se puede destacar la configuración de la pena como un proceso de diálogo, de tal modo que su ejecución resocializadora supusiera la participación activa del delincuente en la configuración de la misma y la creación de posibilidades de participación en los sistemas sociales (151).

Pues bien, dado que la retribución es totalmente rechazable como fin o esencia de la pena (152), a las normas jurídicas penales que establecen penas no les corresponde más que la función de prevención de delitos, sin que ello vaya a suponer merma alguna de las garantías

(149) Cfr. MIR, *Intr* 1976, 86 s., 119 ss.; *Función*, 1982, 25-28; PG, 1985, 53 s.; BERISTAIN, CPC 6, 1978, 64.

(150) BERISTAIN, *l. u. cit.*

(151) Cfr. CALLIESS, *Théorie der Strafe*, 1974, 160 ss., 199-213; MIR, *Intr* 1976, 85 ss., 164 s.; *Función*, 1982, 29 ss.; PG, 1985, 77-85. Sigue con matizaciones todo el planteamiento de MIR, *O. DE TOLEDO*, *Concepto*, 1981, 311 ss.

(152) Cfr. LUZÓN, *Medición de la pena*, 1979, 21 ss.

para el ciudadano derivadas del Estado liberal (y que pretendidamente se asegurarían mejor asignando una función retributiva a la pena). Pero esa función preventiva de delitos se realiza en dos frentes: Por un lado, mediante la prevención general (153), es decir, intentando evitar (prevenir) que la colectividad, la generalidad de los ciudadanos cometan delitos, esto es, que potenciales delincuentes llegaran a serlo efectivamente. Ello se consigue mediante la intimidación que supone la conminación penal que prevé la norma jurídicopenal, es decir, incidiendo en la motivación de los ciudadanos mediante esa amenaza de pena contenida en la norma —y cuya seriedad se ve confirmada por la ejecución penal— para que se abstengan de cometer delitos. La prevención o intimidación general opera así a través de un complicado proceso psicológico de motivación de los individuos, reforzando con la amenaza de pena los mecanismos inhibidores de los mismos. En este sentido se ha hablado también de «función de motivación» (154) de la norma jurídicopenal.

Y además, la prevención general de delitos mediante las penas se logra también con la afirmación del orden jurídico y consiguiente confianza de los ciudadanos en el mismo, evitando que lo rechacen o se tomen la justicia por su mano; faceta que hoy se conoce como prevención general integradora, estabilizadora o positiva, pero que, para ser admisible, debe concebirse como una función correlativa y derivada de la de la intimidación general, sin rebasar las exigencias de lo imprescindible para la intimidación (154 bis).

Pero, por otro lado, la norma que prevé penas logra también cumplir su función preventiva mediante la prevención especial (155), esto es, intentando evitar futuros delitos del delincuente concreto, apartarle de la comisión de nuevos delitos a través de diversos medios: resocialización, intimidación especial, aseguramiento o inocuización (156).

(153) Los orígenes de este concepto en su sentido actual se encuentran, sobre todo, en FEUERBACH, *Ledrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 11.^a ed., 1832, § 12 ss. Cfr. al respecto SCHMIDHÄUSER, *Vom Sinn der Strafe*, 2.^a ed., 1971, 17 ss., 25 ss.; MIR, *Intr* 1976, 65 s.

(154) Cfr., para más detalles, GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, 1971, 93 ss.; *El sistema del Derecho penal y procesal*, 1971, 93 ss.; *El sistema del Derecho penal en la actualidad*, ACJ 1971-2, 277 ss.; *Estudios*, 1976, 64 ss.; 94 ss., MUÑOZ CONDE, en: *Strafrecht u. Strafrechtsreform*, 1974, 312 ss.; *Intr* 1975, 50 ss.; MIR, *Intr* 1976, 57 s., 106 s.

(154 bis) Así, LUZÓN, *Medición*, 1979, 27, 35 ss.; CPC 1982, 97 ss.; GA 1984, 397 ss. Comparten mi posición O. DE TOLEDO, *Concepto*, 1981, 269 s.; MUÑOZ CONDE, *DP y control social*, 1985, 42. Con similar finalidad, defiende una relación de recíprocas restricciones entre ambos aspectos de la prevención general MIR, *ADPCP* 1986, 56-58.

(155) Cuyo origen moderno se encuentra en las tendencias correccionalistas en España, de la Escuela positiva italiana, y de la «dirección moderna» de V. LISZT en su «Programa marburgués»: *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, en: *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, 1905 (reimpr. de 1970), 126 ss. Vid.; al respecto, MIR, *Intr* 1976, 68 ss.

(156) Así, V. LISZT, op. cit., 164; cfr. también mi obra: *Medición de la pena*, 1979, 49-50, 55 s.

En definitiva, la prevención especial resulta también, por ello, un medio de protección de bienes jurídicos (157). Y no cabe decir que, a diferencia de la prevención general, la prevención especial no es una función de la propia norma penal, sino que sólo la podría cumplir la propia pena en la fase de ejecución, ya que en la misma fase de conminación penal la norma prevé ya en las reglas legales de determinación de la pena, que luego aplicará el juez en la fase siguiente, el marco de juego de la prevención especial (158).

Por último, en cuanto a las normas que prevén medidas de seguridad, la doctrina es unánime en considerar que les corresponde una función de prevención especial respecto a sujetos que se encuentran en un estado peligroso (159). Y en cuanto a las normas que prevén consecuencias accesorias, ya hemos visto (supra, II 3 A a) que su función es de refuerzo de la disuasión general y claramente de prevención especial.

c) ¿Función de control social, dominación o represión?

Las funciones preventivas y protectoras son las que tradicionalmente se le han asignado al Derecho Penal y sus normas por la ciencia jurídicopenal. Pero recientemente se ha extendido ampliamente, no sólo en la criminología, sino en la política criminal e incluso en la dogmática penal, considerar —junto con o incluso en vez de aquellas funciones— el «control social» como la misión o función característica de las normas y demás instituciones del Derecho penal.

La noción de control social es un concepto sociológico (160), que desde principios de siglo ha tenido en la sociología norteamericana tanto versiones amplias o extensivas, que incluyen los procesos de adaptación de un individuo a la sociedad y a su status, como versiones restrictivas, que aluden a los medios empleados por instancias autorizadas para asegurar la conformidad frente a normas formales, y fórmulas intermedias que incluyen cualesquiera procedimientos de organización social, con sanciones formales e instancias oficiales o sin ellas (161); y que recientemente aparece estrechamente vinculado a

(157) ROXIN, Problemas básicos del DP, 1976, 41 n. 21; MIR, op. cit., 91; LUZÓN PEÑA, Medición de la pena, 1979, 48 ss.

(158) Cfr. LUZÓN, Medición de la pena, 1979, 56 s. Siguiéndome, O. DE TOLEDO, Concepto, 1981, 282 s.; 291 ss.

(159) Vid., p. ej., BERISTAIN, Medidas penales, 1970, 50; MUÑOZ CONDE, Intr 1975, 39; JORGE, Las medidas de seguridad, 1976, 87; MIR, Intr 1976, 79-81; JES-CHECK, Lehrbuch, 1978, 4 s.; Ttdo 1981, 7 ss.; O. DE TOLEDO, Concepto, 1981, 243; CEREZO, Curso, 1985, 33; COBO/VIVES, PG, 1987, 704 (aunque señalando que *de facto* pueden tener carácter intimidatorio).

(160) Cfr. CLARK/GIBBS, Social Control: A reformulation, en: Social Problems 12 1964/65, 398; (vers. alemana): Soziale Kontrolle: Eine Neuformulierung, en: LÜDERS-SEN/SACK (edits.), Seminar: Abweichendes Verhalten, I, 1975, 153; SACK, Einleitung, en: Seminar: Abw. Verhalten I, 151; JANOWITZ, Wissenschaftlicher Überblick zur Entwicklung des Grundbegriffs «soziale Kontrolle», KZfss 1973, 499 ss.

(161) Cfr. CLARK/GIBBS, en: Seminar: Abweichendes Verhalten, I, 1975, 153 ss., 180 ss., citando a ROSS, COOLEY, La Piere o Peterson en la concepción amplia, Lumley,

la desviación, como reacción social o control de la conducta desviada, o definida como desviada (162). Y para ello habría tanto instancias o mecanismos informales: modelos sociales, símbolos, mecanismos socializadores de la familia, la escuela, prohibiciones y sanciones sociales, etc., hasta instancias formales de control, como son las del Estado y el Derecho, de modo que el Derecho penal (o el control penal) es un mecanismo más —de esta última clase— de control social (163).

Tal planteamiento se acepta no sólo en numerosos artículos y monografías, sino ya en manuales y obras generales, que valoran el control social como un mecanismo imprescindible y normal en cualquier sociedad para mantener un mínimo de orden y convivencia social (164). Pero el concepto de «control social» es vago y ambiguo (165): tanto puede utilizarse en el sentido expuesto, como mecanismo, más o menos razonable, de control de la sociedad sobre sus miembros para evitar infracciones, como puede significar control que algunos grupos (dominantes) o miembros de la sociedad ejercen sobre ésta, es decir, mecanismos más o menos burdos, de poder y dominación (166). Así, p. ej., en la presentación de una revista de reciente aparición, «Poder y Control», se propone como objetivo examinar críticamente las manifestaciones y trasfondos de los diversos mecanismos de poder, do-

Down y Bernard en la restrictiva, y Hollinshead y Smith/Ari en las intermedias. Sobre otras definiciones de control social, como las de Wolff, Bottomore o Kaiser cfr. GARCÍA PABLOS, Problemas actuales de la criminología, 115 (con amplias indic. bibliográficas en 116 n. 15).

(162) Cfr., p. ej., CLARK/GIBBS, op. cit., 155 ss.; SACK, Einleitung cit., 151; HASSEMER, Einf 1981, 283 s.; Fundam 1984, 389 s.; GARCÍA PABLOS, Problemas actuales de la criminología, 1984, 67, 118 s.; BERGALLI, Conflicto social y control penal, RFDUC monogr. 11, 1986, 107; LAMARCA, CPC 1987, 545.

(163) Cfr. CLARK/GIBBS, HASSEMER, lugs. últ. cits.; BERGALLI, cit., 109; LAMARCA, CPC 1987, 544.

(164) Aparte de los trabajos cits. en notas anteriores, p. ej., KAISER, Strategien u. Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle, Legitimation, Wirklichkeit u. Alternativen, 1972; JESCHECK, en: Max-Planck Ges. Jahrbuch 1980, 14; BERDUGO, Honor y libertad de expresión, 1987 15 ss. También BERGALLI, cit., aun reconociendo (101, 103-106) que el control social puede servir a las formas más burdas de dominio y dominación, considera imprescindible (102) el control social y el control penal. En obras generales, cfr., p. ej., STRATENWERTH, AT, 2.ª 1981, 16 ss. (tb. en 3.ª ed., 1985); HASSEMER, Einf 1981, 292 ss.; Fundam 1984, 388 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO, Concepto, 1981, 105, 270, 312 s.; MUÑOZ CONDE, DP y control social, 1985, 18, 36 ss.; MIR, PG, 1985, XXXVI.

(165) Así CLARK/GIBBS, op. cit., 155; MELOSSI, Oltre il «Panopticon», QCr 1980, 277; BERGALLI, RFDUC monogr. 11, 1986, 102.

(166) Cfr., sobre esto último, MELOSSI, cit. en n. anter.; Istituzioni di controllo sociale e organizzazione capitalistica del lavoro, QCr 1976, 293 ss.; PAVARINI, «Concentrazione» e «diffusione» del penitenziario. La tesi di Rusche e Kirchheimer e la nuova strategia del controllo sociale in Italia, QCr 1978, 39 ss.; HAFERKAMP, Herrschaft u. Strafrecht, 1980; BERGALLI, RFDUC monogr. 11, 1986, 103, 105 ss. GARCÍA VALDÉS, en Prólogo a ROLDÁN, Historia de la prisión en España, 1988, 4 s., destaca las influencias de Baratta, Melossi y Pavarini en la obra de Roldán, concibiendo al Estado como creador de delincuencia, que necesita, en su misión social, de dominio, explotación y control, o la privación de libertad como instrumento de represión de la disidencia social.

minación y control social según las áreas de los países capitalistas u occidentales: mientras que en Latinoamérica, las estrategias del poder y control social en la pasada década fueron brutales y bárbaras, recayendo sobre los cuerpos y llegando incluso a la desaparición del disidente, y hoy se trata de volver a la normalidad, el control en Europa se ejerce de forma diferente, pudiendo permitirse en su seno incluso la disidencia (167).

Pues bien, ocurre aquí lo mismo que ya vimos sobre la concepción de delito como conducta desviada. Por una parte puede entrañar el riesgo de mantener una concepción acrítica y legitimadora de cualquier forma de actuación del Derecho penal como método de control social de la desviación, o incluso de burda dominación, lo que no es aceptable. Pero, por otra, las connotaciones negativas del término «control de la desviación» pueden conducir, como en ciertas orientaciones radicales a una generalización y descalificación global de la función de todo el Derecho penal, como un mecanismo —eso sí, con ciertas garantías formales— de control (aunque lo ejerza la mayoría) sobre la conducta simplemente desviada, discrepante o marginal, aunque no sea gravemente dañosa para la sociedad, o incluso de dominación e imposición de sus intereses a la sociedad por grupos minoritarios (168). Ello puede darse, y ciertamente se da, sobre todo en sistemas no democráticos, pero también a veces en éstos, y entonces estamos ante una utilización abusiva de la función del Derecho penal [aunque para esos fines se adecuarán mucho mejor en ocasiones otros métodos de control más eficaces y sin formalidades ni garantías (169)].

Pero cuando en una sociedad democrática —con sus correspondientes mecanismos de representación de los diversos sectores sociales y de control del poder, incluyendo el poder punitivo— el Derecho penal interviene en la mayoría de los casos intentando prevenir y luchar contra delitos cuya calificación como tales está materialmente justificada, es decir, contra graves ataques a las condiciones básicas para la convivencia de los ciudadanos o de su conjunto, entonces estamos ante algo que es inexacto llamar control social de la (mera) desviación. Ocurre lo mismo que con las connotaciones (negativas) de la descripción de la función del Derecho penal mediante el término

(167) Presentación en: PYC (Poder y Control. Revista hispano-latinoamericana de disciplinas sobre el control social), n.º O, 1986, 11-13.

(168) Así, p. ej., GROSSO, CPC 10 1980, 62: es el control social el que crea la desviación. Cfr. tb. las referencias de LÜDERSSEN, en *Seminar: Abweichendes Verhalten I*, 1975, 15 (con citas en 33, n. 19), a la perspectiva materialista, según la cual la sociedad o sus grupos dominantes necesitan la criminalidad y a los criminales porque la represión de los criminales es parte de la necesaria demostración de dominio.

(169) En este sentido MUÑOZ CONDE, DP y control social, 1985, 37 s., 41 s., 46 s., 61 ss., 67 s.; GARCÍA-PABLOS, Problemas actuales de la criminología, 1984, 77 s.; LAMARCA, CPC 1987, 545 s.

«represión» o «Derecho represivo» (170), pues ello lleva asociada la idea de represión de libertades, o de conductas legítimas o al menos neutras. Pero si lo que se «reprimen» o «controlan» —intentando mantener un grado razonable de control (171)— son conductas intolerables, por su lesividad o peligrosidad, para cualquier sociedad, en ese caso el Derecho penal cumplirá una función protectora de libertades y legítimos intereses de los individuos y de la sociedad, es decir, su correcta y legítima función de protección mediante la prevención.

(170) P. ej., BERISTÁIN, *Crisis del Derecho represivo*, 1977. Hablando de «represión-prevención», GARCÍA-PABLOS, *Problemas actuales de la criminología*, 1984, 59, 129 ss., 136; MUÑOZ CONDE, *DP y Control social*, 1985, 51; BERGALLI, *RFDUC monogr. 11*, 1986, 112.

(171) Así GARCÍA-PABLOS, *Estudios penales*, 1984, 119 ss.; *Problemas actuales de la criminología*, 1984, 50 ss., 103.

La acción «libera in causa»

MERCEDES ALONSO ALAMO

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

SUMARIO: 1. Concepto. Excepción a los principios *nullum crimen sine actione* y *nulla poena sine culpa*. Referencias legislativas.—2. Fundamento. Paralelismo con la autoría mediata. Crítica. El principio *causa causae est causa causati*. Crítica. Necesidad de pena y equiparación de la *actio non libera in se* pero *libera in causa* y la *actio libera in se*.—3. Extensión.—a) *Inimputabilidad e incapacidad de acción al tiempo del hecho*. Referencias históricas. Situación actual.—b) *Fenómenos afines*. Delimitación. La acción típica, antijurídica (*actio illicita*) o culpable in causa. Problemas de error referible a un momento precedente.—4. Estructura.—a) *Actio praecedens*. Comienzo de ejecución. Acción típica. Imputación objetiva.—b) *Fenómenos con estructura diversa*. Delimitación. *Inimputabilidad sobrevenida: durante la ejecución de la acción típica; durante la fase preparatoria del delito*.—c) *Delito determinado*. El problema de la drogodependencia. Figuras agravadas y privilegiadas. Relevancia del error de tipo.—5. *Omissio libera in causa*.—6. *Actio* (y *omissio*) *libera in causa dolosa* y *culposa*.—7. *Actio libera in causa* y figuras delictivas específicas. Delimitación. Referencias de Derecho extranjero. Derecho español. La conducción de vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes [art. 340 bis a) 1.º].—8. Disposiciones legislativas generales. Trastorno mental transitorio (art. 8.1.º). Capacidad limitada de autodirección (art. 9, 1.ª y 2.ª). La Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983. Consideración de *lege ferenda*.

1. Con la expresión *actio libera in causa* se designa en la literatura tradicional el fenómeno delictivo caracterizado porque, al tiempo del hecho, el autor se encuentra en estado de inimputabilidad o es incapaz de acción, pero esta situación puede referirse a un momento anterior (*actio praecedens*) en que era plenamente capaz. Destaca un primer momento en que el sujeto todavía capaz *se coloca* en situación de inimputabilidad o de incapacidad de acción; en este momento no

ha comenzado aún a realizar la acción descrita en el tipo (1). Y un segundo momento en que el sujeto realiza la conducta típica encontrándose ya en estado de inimputabilidad o siendo incapaz de acción. Entre ambos momentos, la *actio praecedens* y la realización del comportamiento típico, debe mediar un nexo psicológico o anímico.

En la *actio libera in causa*, de conformidad con lo expuesto, el sujeto interpone una «causa» cuando aún es capaz de acción o imputable (2). Pero el hecho típico se produce cuando es incapaz de acción o inimputable, pese a lo cual es puesto a su cargo. La vigencia de los principios *nullum crimen sine actione* y *nulla poena sine culpa* se ve, así, perturbada. Momento en el que el autor debe ser capaz de culpabilidad es el de la realización del hecho típico; el autor debe ser capaz de culpabilidad al tiempo del hecho; también en este momento debe ser capaz de acción, es decir, la acción debe poder ser referida a su voluntad (3). Ello no ocurre así, evidentemente, en las *acciones liberae in causa* (por ejemplo, si el autor se halla al tiempo del hecho en estado de embriaguez plena preordenada al delito; o, de admitirse la llamada *omissio libera in causa* —a la que nos referiremos después— si el «garante» toma un narcótico para hallándose dormido no impedir en el momento decisivo el accidente ferroviario; o si el sujeto provoca la situación de fuerza irresistible realizando entonces el hecho típico), pese a lo cual un sector de la doctrina, representado sobre todo por Maurach, no duda en afirmar que los principios antes citados rigen sin ninguna excepción y que la denominada *actio libera in causa* es sólo una «excepción aparente» al principio de culpabilidad (4).

Hruschka ha mostrado, sin embargo, que detrás de esta afirmación late una evidente confusión terminológica (5). Quienes mantienen la vigencia del principio de culpabilidad no fundamentan suficientemente esta posición y parece que, refieren, objetiva y subjetivamente, el hecho típico realizado al actuar precedente del autor. Se produce así una «anticipación» de la realización del tipo para evi-

(1) Importa subrayar esto desde ahora, pues no siempre aparece suficientemente claro en la literatura, *vid. infra*, notas 7 y 8 y epígrafe 4, a) y b).

(2) La «causa decisiva»: *vid. MAURACH/ZIPF: Strafrecht, A.T., I, 1.º, 6 Aufl., Müller, 1983, p. 470; vid., también, SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER: Strafgesetzbuch Kommentar, 22 Aufl., Beck, 1985, p. 265.*

(3) El Código penal alemán reclama expresamente que las causas de inimputabilidad concurran en la *comisión del hecho* (parágrafo 20). De aquí que la atención de la doctrina se haya centrado, fundamentalmente, en la *actio libera in causa* del inimputable. Pero lo expuesto vale también para el incapaz de acción.

(4) MAURACH: *Fragen der actio libera in causa*, JuS 1961, p. 373; MAURACH/ZIPF: *Strafrecht, A.T., I, 1.º, cit.*, p. 470; JAKOBS: *Strafrecht, A.T., W de G*, 1983, p. 417. Destacando que es cuestión discutida si la *actio libera in causa* es una excepción aparente o real al principio de culpabilidad, *vid. SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER: Loc. cit.*, p. 265.

(5) HRUSCHKA: *Methodenprobleme bei der Tatzurechnung trotz Schuldunfähigkeit des Täters. Zugleich eine Apologie des Art. 12 SchwStrGB, SchwZStr*, 1974, pp. 63 y ss.

tar las consecuencias a que lleva la ausencia de un elemento del delito al tiempo del hecho (*Vorverlegungsdoktrin*). Ello pugna con el principio de simultaneidad (*Simultaneitätsprinzip*), que exige que concurra temporalmente cada uno de los elementos del delito con los restantes para que pueda hablarse con rigor de hecho punible, y con el principio de referencia (*Referenzprinzip*), que exige que la realización de cada elemento esté referida a la realización de los otros (6). El que la conducta sea «libre» en su causa, el que medie un nexo psicológico entre el actuar precedente y el resultado (por ejemplo, el sujeto se embriaga *para*, en estado de embriaguez plena, dar muerte a su enemigo) y el que también aquí pueda traerse a colación el principio según el cual la causa de la causa es la causa del resultado, no basta para que pueda afirmarse sin reservas que la imputación del resultado al sujeto inimputable al tiempo del hecho se realiza sin menoscabo del principio de culpabilidad, pues en el embriagarse, como se mostrará después, no cabe ver aún ninguna acción típica de homicidio; el embriagarse se mantiene en la fase preparatoria del delito y no es acto de ejecución (7); desde la perspectiva del tipo doloso del ho-

(6) HRUSCHKA: *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, W de G, 1983, pp. 64 y ss. y 269 y s. *Vid.* también las indicaciones de NEUMANN sobre el principio de simultaneidad o de coincidencia, en *Neue Entwicklungen im Bereich der Argumentationsmuster zur Begründung oder zum Ausschluß strafrechtlicher Verantwortlichkeit*, ZStW 1987, pp. 574 y ss. Una «anticipación» puede hallarse en LISZT cuando afirma que momento decisivo no es la ejecución del resultado, sino el impulso dado, cuando existe imputabilidad, para que la cadena causal se desarrolle, *vid. Tratado de Derecho penal*, T. 2, trad. de la 20.ª ed. alemana por Jiménez de Asúa, Reus, 1916, p. 388. En la literatura española se advierte la anticipación, por ejemplo, en COBO/VIVES: *Derecho penal*, P.G., 2.ª ed., Tirant lo Blanch, 1987, cuando afirman: «...ha de entenderse ejecutado el delito justo en el momento en que se adquiere el trastorno mental preordenado a su comisión» (p. 406), o respecto de la *actio libera in causa culposa* que «la acción ejecutiva tiene lugar en situación de imputabilidad» (p. 406); también CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal*, P.G., I, 3.ª ed., Tecnos, 1985, afirma: «...si el sujeto previó o pudo prever que durante el sueño podía realizar una conducta delictiva y no tomó las precauciones necesarias para impedirlo, podría incurrir en responsabilidad penal a título de dolo o culpa por las acciones u omisiones que precedieron al sueño», p. 292, nota 2; MIR PUIG: *Derecho penal*, P.G., 2.ª ed., PPU, 1985, al fundamentar la punibilidad de la *actio libera in causa culposa* entiende que «hay que castigar... por la imprudencia anterior» y que cuando hay provocación imprudente de trastorno mental transitorio subsiste «una imprudencia anterior a la que es imputable el resultado lesivo producido y que, por ser anterior al trastorno, no tiene por qué quedar exenta de la responsabilidad que corresponda a los delitos imprudentes», p. 510, *vid.* también *infra* nota 10; MUÑOZ CONDE: *Teoría General del delito*, Temis, 1984, dice: «...en estos casos llamados *acciones liberae in causa* lo relevante penalmente es el actuar precedente», pp. 18 y s.; QUINTERO OLIVARES: *Derecho penal*, P.G., Gráficas Signo, 1986, destaca que en la *actio libera in causa* «el momento de valoración de la existencia de una acción penalmente relevante y causalmente atribuible al sujeto se sitúa no en el momento de la realización del hecho, sino en aquel en que el sujeto voluntaria o imprudentemente dejó de tener la plena consciencia de sus actos» (p. 422), y en relación con la *actio libera in causa culposa* afirma que «si bien no hay ningún obstáculo en admitirla, parece un periplo conceptual innecesario», ya que puede configurarse *directamente* como supuestos de imprudencia punible (pp. 422 y s.).

(7) Sin embargo, un amplio sector doctrinal ve ya tentativa de delito en la realiza-

micidio el embriagarse no es «objetivamente imputable» (8), no es una acción perteneciente al círculo de las acciones que el tipo pretende captar. Precisamente porque ello no es así se recurre al expediente de las *actiones liberae in causa* y no viene en consideración sin más un homicidio intentado o consumado. Otros intentos de fundamentar la *actio libera in causa* a la luz del principio de culpabilidad tampoco pueden sostenerse seriamente. Esto sucede con la interpretación extensiva del pasaje legal «al tiempo del hecho» del parágrafo 20 del Código penal alemán y del art. 10 del Código penal suizo (que declaran ausente la responsabilidad si en el momento del hecho concurren determinadas causas de inimputabilidad) en el sentido de entender el «hecho» no como la realización del correspondiente tipo de delito, sino el acontecimiento total, comprensivo en su caso de la *actio praecedens*. Esta interpretación violenta el sentido de los citados preceptos, es decir, fuerza la vigencia del principio de culpabilidad mediante un adelantamiento o anticipación de las barreras del tipo (9)

La violación del principio *nullum crimen sine actione* no puede tampoco ignorarse. La acción típica debe poder ser referida a la voluntad. Esto no sucede en los supuestos en que el sujeto es incapaz de acción. Entender que momento de la «acción» es ya la produc-

ción de la *actio praecedens*: vid. JAKOBS: *Strafrecht*, A.T., cit., p. 417; TRIFFTERER: *Österreichisches Strafrecht*, A.T., Springer, 1985, pp. 267 y s.; PUPPE: *Grundzüge der actio libera in causa*, JuS, 1980, p. 347; ROXIN: *Der Anfang des beendeten Versuchs*, *Festschrift für R. Maurach*, Müller, 1972, p. 230. Más recientemente, el mismo ROXIN: *Bemerkungen zur actio libera in causa*, *Festschrift für K. Lackner, W. de G.*, 1987, pp. 311 y ss. Hay traducción del trabajo de ROXIN, por MUÑOZ CONDE, en «ADPCP» 1988, pp. 22 y ss., aparecida después de enviado el presente estudio para su publicación. En el ámbito italiano, ANTOLISEI señala que quien se embriaga para ponerse así en condiciones de cometer un delito comienza, en el momento en que se procura la embriaguez, a ejecutar ya el mismo delito, *Manuale di Diritto Penale*, P.G., 8.ª ed., Giuffrè, 1980, p. 524. Quienes consideran momento decisivo el de la *actio praecedens* realizada siendo el sujeto aún capaz deben llegar, en rigor, a esta consecuencia. Así también MANZINI: *Tratado de Derecho penal*, T. 2, trad. de Sentis Melendo, EDIAR, 1948, p. 169; y en la doctrina española, COBO/VIVES: *Derecho penal*, P.G., cit., p. 406.

Como el texto, JESCHECK: *Tratado de Derecho penal*, P.G., T. 1, trad. de Mir Puig y Muñoz Conde, Bosch, 1981, pp. 610 y ss.; MAURACH: *Fragen der actio libera in causa*, cit., pp. 376 y s. y 378; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER: loc. cit., pp. 265 y s.; diferenciando entre delitos de acción y de omisión impropia, vid. SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER: loc. cit., p. 290, vid. *infra*, nota 91.

(8) En otro sentido, SCHMIDHÄUSER: *Strafrecht*, A.T., Mohr, 1982, pp. 99 y s. y 195; TRIFFTERER: *Österreichisches Strafrecht*, A.T., cit., pp. 268 y s.

(9) HRUSCHKA: *Methodenprobleme...* cit., p. 64. Tampoco parece correcto entender, como hace STRATENWERTH: *Strafrecht*, A.T., 1, 3 Aufl., Heymanns, 1981, p. 166, que el sentido de la ley no es otro que poner de manifiesto que la capacidad de culpabilidad no debe tomarse en cuenta en el momento de dictarse sentencia, sino en el momento del hecho. Sobre el paralelismo de la *actio libera in causa* con la autoridad mediata, vid. *infra*, epígrafe 2; aún admitiendo, lo que es dudoso, dicho paralelismo, nada dice ello, como se verá, sobre el fundamento de la punibilidad del sujeto incapaz al tiempo del hecho.

ción de la propia incapacidad de acción (10) lleva a un distanciamiento de la esencia misma del instituto de la *actio libera in causa* que presupone una «acción» no libre *in se* (en sí misma considerada), sino *in causa*. Llevada tal «anticipación» a sus últimas consecuencias conduce a admitir ya tentativa de delito de homicidio, por ejemplo, en la provocación de los presupuestos de una situación de fuerza irresistible.

La *actio libera in causa* implica, por consiguiente, de acuerdo con el criterio aquí sostenido, una desviación del principio de culpabilidad y, en su caso, del principio *nullum crimen sine actione* (11).

Pero detrás de la discusión actual sobre la figura cabe advertir dos concepciones en cierto modo antitéticas y ya aludidas, en notas 6 y 7.

Por una parte, la concepción, que adquiere recientemente amplio reconocimiento y que se aparta de la aquí sostenida, caracterizada por anticipar el comienzo de la acción típica a la producción de la propia deficiencia (incapacidad de acción o inimputabilidad) (modelo de la tipicidad). Se salvaguarda así, ciertamente, la vigencia de los principios *nullum crimen sine actione* y *nulla poena sine culpa*. Pero ello implica, de un lado, adelantar el comienzo de la realización del tipo a acciones que no suponen en absoluto un peligro para el bien jurídico protegido ni tampoco una conmovión en la seguridad del bien jurídico en el sentido de la teoría de la impresión; y, por otro lado, desconocer el verdadero sentido histórico de la figura mediante una construcción que en el fondo es la negación de la *actio libera in causa*: en efecto, entendida en los términos expuestos la denominada *actio libera in causa* no es *libera «in causa»*, sino «*in se*»: al menos

(10) Puesto que el incapaz de acción no realiza ninguna «acción» en sentido juricoporal, la producción de la propia incapacidad de acción es la última acción objetivamente imputable, TRIFFTERER: *Österreichisches Strafrecht*, A.T., cit., p. 268. Con relación a un problema específico, el momento en que deben conocerse las circunstancias, entiende MIR PUIG que, a efectos del art. 60, párrafo segundo, del Código penal, en los supuestos de incapacidad de acción o inimputabilidad provocadas, momento de la acción sólo puede ser el momento de la provocación de la situación, *Derecho penal*, P.G., cit., p. 508.

(11) HRUSCHKA se refiere a la *reducción* de la regla de la impunidad del autor incapaz de culpabilidad al tiempo del hecho, *vid. Methodenprobleme...*, cit., pp. 48 y 66. *Vid.*, también, PUPPE: *Grundzüge der actio libera in causa*, cit., p. 347, y PAEFFGEN: *Actio libera in causa und § 323 a StGB*, ZStW, 1985, pp. 522 y s. De «ficción penal» califica DEL ROSAL la figura, en notas a Antolisei, *Manual de Derecho penal*, P.G., trad. de Torío López, UTEHA, 1960, p. 466, nota 186: «Estamos aquí ante una ficción penal, comprensiva, nada menos, de una fundamentación de culpabilidad»; GÓMEZ BENÍTEZ señala que «la acción libre en la causa es una ficción jurídica, no regulada legalmente, porque, en realidad, se sigue reconociendo que en el momento de la realización de la descripción típica el sujeto carecía del dominio y posibilidad de dominio de su acción...», *Teoría jurídica del delito*, Civitas, 1984, p. 113. Excepción al principio de culpabilidad la considera DEL ROSAL BLASCO: *Problemas de estado de necesidad e imputabilidad en un supuesto de síndrome de abstinencia de drogas*, en «La Ley», núm. 586, 1983, p. 4.

al comienzo de la «ejecución» el autor era «libre»; esta construcción conduce además a consecuencias insostenibles, como la de hacer responder por la pena de la tentativa a quien se embriaga plenamente para cometer un delito, pero finalmente por causas ajenas a él ni siquiera llega a salir de casa en busca de la víctima.

Frente a ello se alza la concepción de la *actio libera in causa* que, respetuosa con el sentido histórico de la figura, entiende que la realización del tipo tiene lugar en situación actual de incapacidad (de acción, de culpabilidad) y estima la *actio praecedens* típicamente neutra (modelo de la excepción).

Esta concepción de la *actio libera in causa* es técnicamente correcta y es conforme con el sentido histórico de la figura, pero supone ciertamente una desviación de los principios *nullum crimen sine actione* y *nulla poena sine culpa*, por lo que podría cuestionarse su procedencia. Como ha destacado Hruschka, supone una verdadera imputación extraordinaria. No deja de haber algo artificioso en la figura de la *actio libera in causa*. Hay en ella algo de ilógico que se concilia mal con el sistema del Derecho penal. No puede invocarse en su favor el que se halle reconocida consuetudinariamente. Dada la vigencia, proclamada incluso en la Constitución, del principio de legalidad (del que cabría inferir el principio de culpabilidad sin entrar en la discutida cuestión del fundamento constitucional del principio de culpabilidad) podría constituir analogía prohibida.

Sin embargo, no parece que la materia comprendida en la figura deba quedar impune. Existe realmente un *paralelismo* entre la acción «libre» *in se* y la «no libre» *in se*, pero *libera in causa*. Este paralelismo permite fundamentar la *equiparación* de ambos supuestos, esto es, la equiparación de la *actio non libera in se*, pero *libera in causa*, con la *actio libera in se*. Ello exige la intervención del legislador.

El Código penal alemán no contiene disposiciones al respecto. Jescheck no duda en admitir que la *actio libera in causa* es una excepción no regulada legalmente, pero reconocida consuetudinariamente, de la regla que asegura la impunidad del autor inimputable al tiempo del hecho, es decir, «una excepción a la regla de que la incapacidad “en la comisión del hecho” conduce a la impunidad», pero al propio tiempo afirma que la *actio libera in causa* dolosa «no implica vulneración alguna del principio de culpabilidad» (12).

En el Código penal suizo, por el contrario, aparece referido este fenómeno, siquiera sea parcialmente, al disponer el art. 12 la no aplicación del art. 10 (que establece determinados supuestos de inimputabilidad) y del art. 11 (sobre capacidad limitada de autodirección) en los casos en que la grave alteración o la perturbación de la conciencia hayan sido provocadas por el mismo sujeto con el designio de cometer la acción punible.

(12) JESCHECK: *Tratado de Derecho penal*, P.G., T. 1, cit., pp. 610 y 612.

También el Código penal italiano contiene disposiciones al respecto. El art. 87 establece que no se aplicará el art. 85, párrafo primero (según el cual «nadie puede ser castigado por un hecho previsto en la ley como delito si, en el momento en que lo ha cometido, no era imputable»), a quien se ha situado en estado de incapacidad de entender o de querer con el fin de cometer el delito o de prepararse una excusa. La embriaguez y el uso de estupefacientes origina una regulación específica. El art. 92 dispone que «la embriaguez no derivada de caso fortuito o de fuerza mayor no excluye ni disminuye la responsabilidad» y «si la embriaguez era preordenada con el fin de cometer el delito o de prepararse una excusa, la pena es aumentada». De donde, no sólo pervive la responsabilidad si la embriaguez es preordenada al delito (lo que fundamenta incluso una agravación de la pena), sino también cuando media culpa o dolo (sin preordenación). Y lo mismo prevé el art. 93 para los supuestos en que el hecho es cometido bajo la influencia de estupefacientes.

En el Código penal español aparece reflejado el fenómeno de las *acciones liberae in causa* en el art. 8.1.º (13), que declara exento de responsabilidad criminal al que se halle en situación de trastorno mental transitorio «a no ser que éste haya sido buscado de propósito para delinquir».

Se trata de regulaciones parciales e incompletas. Los preceptos citados (con la excepción de lo dispuesto en el Código penal italiano para la embriaguez y el uso de estupefacientes) parecen limitarse, por un lado, a reconocer la *actio libera in causa dolosa* en que el estado de *inimputabilidad* ha sido predispuesto por el autor con la finalidad de cometer el delito. La jurisprudencia y un sector de la doctrina admiten, sin embargo, la *actio libera in causa* con dolo mediato o de segundo grado y con dolo eventual y elaboran la doctrina de la *actio libera in causa culposa*. No debe quedar exento de responsabilidad quien, por ejemplo, bebe excesivamente antes de comenzar a desarrollar una función que, como él sabe, puede entrañar un cierto riesgo para la vida de un compañero, representándose la posibilidad de causar su muerte si llega a perder el control sobre sí mismo, lo que efectivamente acontece al realizar en estado de *inimputabilidad* una acción peligrosa que produce el resultado letal. En el ámbito español la ausencia de regulación de este fenómeno y los términos en que se halla regulado el trastorno mental transitorio hacen surgir una doctrina plural. Unos autores, como Córdoba Rodá, consideran que la regulación del trastorno mental transitorio integra una ordenación inspirada en características distintas a las de la *actio libera in causa*,

(13) Prescindimos de momento de la capacidad limitada de culpabilidad preordenada al delito, respecto de la que también contiene el Código penal español una referencia en el art. 9.2.º «La embriaguez no habitual, siempre que no se haya producido con propósito de delinquir.»

y que si la embriaguez no ha sido *provocada con la finalidad de cometer el delito* realizado deberá excluirse la responsabilidad criminal (esto es, viene en aplicación el art. 8.1.º) lo que supone rechazar la *actio libera in causa culposa* en este ámbito (14). Otros autores, en cambio, entienden que debe venir aquí en consideración la doctrina general de las *actiones liberae in causa* declarando punible la *actio libera in causa culposa*, ciertamente sin apoyo legal específico (15). También con relación al Código penal suizo existen manifestaciones semejantes (16). Y un sector de la doctrina italiana extiende la *actio libera in causa* en general (aparte de las disposiciones específicas sobre la embriaguez y los estupefacientes) más allá de la simple preordenación, a pesar de los términos del art. 87 antes citado (17).

Por otro lado, las referencias legislativas en los Códigos penales italiano, suizo y español se limitan a los supuestos de producción de la propia *inimputabilidad* y, en el caso español, más aún, el trastorno mental transitorio. Pero, como ya se ha indicado, el fenómeno de la *actio libera in causa* se presenta también en los supuestos en que el sujeto se coloca en situación de *incapacidad de acción*, por ejemplo en la situación de fuerza irresistible, para cometer el delito. No existen referencias legislativas, ni siquiera en conexión con las causas de exclusión de la acción previstas legalmente, que apoyen la persistencia de la responsabilidad a pesar de la incapacidad de acción al tiempo del hecho.

De todo lo expuesto cabe, en síntesis, concluir, por una parte, que la admisión de la llamada *actio libera in causa* supone un cierto distanciamiento de los principios *nullum crimen sine actione* y *nulla poena sine culpa*. La materia que la figura pretende captar, sin embargo, no parece que deba quedar impune, debiendo producirse, dado el paralelismo *realmente* existente, una *equiparación* de la *actio non libera in se* pero *libera in causa* con la *actio libera in se*. Ello aconseja que la legislación penal contemple expresamente esta figura.

(14) CÓRDOBA RODA: *Comentarios al Código penal*, I, Ariel, 1976, p. 422, y también en: *Las eximentes incompletas en el Código penal*, Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos, Oviedo, 1966, pp. 58 y s.; *vid.*, también, CEREZO MIR: *El tratamiento de los semiimputables*, en «ADFCP», 1973, pp. 26 y s.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO: *Derecho penal*, P.G., II, ed. Rafael Castellanos, 1986, pp. 79 y 72 y s., recordando que corresponde a la ley colmar las lagunas legales.

(15) ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, P.G., 1949, p. 302; MIR PUIG: *Derecho penal*, P.G., *cit.*, pp. 509 y s.

(16) SCHULTZ: *Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafrechts*, I, 4 Aufl. Stämpfli, 1982: según la ley sólo existe responsabilidad si el sujeto ha producido voluntariamente su situación de inimputabilidad, pero la doctrina entiende que si se produce culposamente esta situación se responde por el hecho culposo, previsible, cometido, pp. 185 y s.

(17) Así, ANTOLISEI señala que si «el estado de incapacidad es referible a la voluntad del sujeto, la responsabilidad se deriva inevitablemente de los principios que regulan el instituto de la culpa», *Manuale...*, *cit.*, p. 525; *vid.*, también, MANTOVANI: *Diritto penale*, P.G., CEDAM, 1979, pp. 580 y 582.

Por otra parte, se ha destacado que en el Derecho español vigente la regulación de la *actio libera in causa* es parcial e incompleta y, por ello, insatisfactoria; lo mismo sucede en el Código penal suizo e italiano, mientras que otros sistemas positivos, como el alemán, no la contemplan en absoluto, lo que debe considerarse criterio político-legislativo insostenible.

2. La punición de la *actio libera in causa* ha alcanzado un reconocimiento general. Los puntos de vista divergentes que propugnan la impunidad o la consideran en parte superflua (18) se hallan hoy prácticamente abandonados.

El instituto de la *actio libera in causa* hace responder al sujeto por la acción realizada en estado de ausencia de «liberada». Se aparta, por tanto, de la técnica consistente en tipificar la causación de la propia incapacidad que origina el peligro de cometer un delito y donde la efectiva realización del mismo puede funcionar, por ejemplo, como condición objetiva de punibilidad. En tal supuesto no se precisa enlace psicológico alguno entre la acción causante de la incapacidad y del peligro, por un lado, y la realización de la acción típica, por otro. Basta un enlace causal físico o externo. Por ello, de reconocerse legislativamente una figura delictiva de tales características, ha de tener carácter subsidiario respecto de la *actio libera in causa*, es decir, sólo procederá su aplicación en el supuesto en que no pueda ser apreciada una *actio libera in causa*.

Delimitada la materia propia de la *actio libera in causa* en el sentido de entender comprendida en la figura la acción (u omisión) realizada en estado de actual incapacidad, pero enlazada psicológicamente a un hacer precedente, procede plantear la cuestión del fundamento de la punición de tales acciones.

Como ya se ha expuesto, según el criterio aquí sostenido, la *actio praecedens* no constituye aún principio de ejecución de delito. Quienes, de modo diverso entiendan que ya en la *actio praecedens* cabe ver un comienzo de ejecución (19) realmente superan o desbordan el marco de la *actio libera in causa*: la responsabilidad a título de tentativa no ofrece duda, pues el sujeto es aún capaz cuando da comienzo a la ejecución del delito. Y la responsabilidad por delito consumado, supuesto que el resultado se produzca siendo el sujeto incapaz, se

(18) Estos son expuestos así por MANZINI: necesidad de que el dolo sea concomitante a la consumación (Tissot); imposibilidad de que en plena embriaguez sea realizable el propósito anterior: el delito cometido se debe a la casualidad o a una pura combinación psicológica, pero no a una causa imputable (Brusa, Pessina, Temme); el sólo propósito no es punible (tampoco a título de tentativa) y, por tanto, no puede integrar el elemento moral de un hecho objetivamente delictivo cometido en estado de no imputabilidad (Katzenstein), *vid.* MANZINI: *Tratado de Derecho penal*, T. 2, *cit.*, pp. 167 y s.

(19) *Vid. supra* nota 7.

funda en que basta la capacidad en el primer acto de la ejecución (20); en el supuesto de que la incapacidad determine (o concurra con) una forma de ejecución diversa de la representada se tratará, por lo general, de una desviación inesencial del curso causal, lo que deberá ser examinado en cada caso.

Aunque la hipótesis considerada es tratada en el ámbito de la *actio libera in causa* por los autores que ven ya en la *actio praecedens* un comienzo de ejecución, lo cierto es que *al tratar de fundamentar* la responsabilidad por la acción «libre» *in causa* transforman ésta sorprendentemente en una acción *libera in actu*.

Esta no es la posición aquí sostenida. Al entender, de modo diverso, que la *actio praecedens* no es acto de ejecución y que la acción típica se realiza en estado de actual ausencia de capacidad queda abierta la cuestión del fundamento de la punición de la *actio libera in causa*.

Un amplio sector de la doctrina advierte un paralelismo entre la *actio libera in causa* y la *autoría mediata* entendiendo que desde la perspectiva del injusto material no cabe hallar diferencias, por ejemplo, entre quien se sirve de un inimputable para cometer el delito y quien se hace a sí mismo inimputable y en esta situación comete el delito. Si el «ejecutor» es un puro instrumento del autor mediato, en la *actio libera in causa* el sujeto incapaz al tiempo del hecho es un puro instrumento de sí mismo (21). Este criterio aparece a menudo sostenido, ciertamente, por quienes consideran que la producción de la propia incapacidad es ya comienzo de ejecución al establecer una analogía entre quien coloca o se sirve de otra persona en estado de incapacidad y quien se sirve de sí mismo (22). Pero es igualmente invocado por quienes delimitan nítidamente la *actio praecedens* del momento de la realización típica (23).

Sin embargo, entre ambas figuras —la *autoría mediata* y la *actio libera in causa*— existen diferencias notables. Por de pronto, la *autoría mediata* presupone la existencia de, al menos, dos personas de las cuales una (el ejecutor) es instrumento en manos de otra («el hombre de atrás»), mientras que en la *actio libera in causa*, equiparada

(20) Sobre el momento al que debe extenderse la imputabilidad (comienzo de la ejecución, realización de todos los actos de ejecución, consumación), *vid.* TRIFFTERER: *Österreichisches Strafrecht*, A.T., *cit.*, p. 260.

(21) Sobre este paralelismo ya LISZT: *Tratado de Derecho penal*, T. 2, *cit.*, p. 388. *Vid.* también JAKOBS: *Strafrecht*, A.T., *cit.*, p. 417; TRIFFTERER: *Österreichisches Strafrecht*, A.T., *cit.*, p. 268; ROXIN: *Bemerkungen zur actio libera in causa*, *cit.*, pp. 314 y ss.

(22) *Vid.* así los autores y referencia bibliográfica citada en nota 7. En conexión con esta cuestión se halla el problema del momento de la acción en la *autoría mediata*. Indican COBO/VIVES: «Así como en la *autoría mediata*... la ejecución del hecho comienza cuando el autor inicia la actuación sobre el instrumento, en los casos de *actio libera in causa* la ejecución se adelanta al momento en que el autor actúa sobre sí mismo con el fin de colocarse en situación de inimputabilidad», *Derecho penal*, P.G., *cit.*, pp. 407 (nota 9) y 519 y ss.

(23) JESCHECK: *Tratado...*, T. 1, *cit.*, p. 612.

a una autoría causi-mediata, como indica Hruschka, una única persona es tomada simultáneamente por dos, lo que en sí mismo atenta contra el principio lógico de identidad (24). Por otra parte, la *actio libera in causa* no está sometida a los mismos límites materiales que la autoría mediata. Así, dada la identidad personal, no hay obstáculo para admitir la *actio libera in causa* en los delitos especiales propios y en los de propia mano, a diferencia de lo que sucede con la autoría mediata. El paralelismo, además, sólo podría establecerse con la *actio libera in causa dolosa*. Puesto que no cabe una autoría mediata culposa, la invocación de la autoría mediata dejaría sin contestar la cuestión del fundamento de la *actio libera in causa culposa*. Por último, la *actio libera in causa* se circunscribe al supuesto en que el sujeto hace surgir positivamente su propia incapacidad, mientras que la autoría mediata puede estar presente también si el «hombre de atrás» aprovecha la previa incapacidad del instrumento.

Entre la *actio libera in causa* y la autoría mediata existen, pues, importantes diferencias. Pero es que aún admitiendo el paralelismo entre ambas figuras queda sin contestar la cuestión de *por qué* debe responder quien es incapaz —de acción, de culpabilidad— al tiempo del hecho, incapacidad presente en la *actio libera in causa* y no, en cambio, en la autoría mediata. El autor mediato tiene el dominio de la situación y es capaz en todo momento. Si se admite que en la *actio libera in causa* la causación de la propia incapacidad no es aún comienzo de ejecución y que, por tanto, la acción típica es realizada por un sujeto incapaz, entonces, el recurso a la autoría mediata no nos dice nada sobre el por qué de la punición de un sujeto incapaz al tiempo del hecho. No procede la equiparación a la autoría mediata porque el autor mediato es capaz. Por ello, el paralelismo con la autoría mediata como fundamento de la punibilidad de la *actio libera in causa* sólo puede ser invocado, con propiedad, por quienes ven ya en la *actio praecedens* un comienzo de ejecución, pero entonces, como ya se ha indicado, nos hallamos en un campo distinto al de las *actiones liberae in causa*.

Tampoco resulta satisfactoria la concepción que hace residir el fundamento de la punibilidad de la *actio libera in causa* en la existencia de un enlace causal físico y psíquico entre el hacer precedente «libre» y la acción (u omisión) «no libre» con invocación del principio *causa causae est causa causati*. Siendo el sujeto incapaz (de acción, de culpabilidad) al tiempo del hecho se retrotrae esta situación a un momento anterior en que aún capaz, produce (voluntariamente) su situación de incapacidad o «no libertad», es decir, al momento en que, aún «libre», coloca la «causa decisiva» (la causa eficiente).

No basta la presencia de un nexo causal, externo, físico, en el

(24) HRUSCHKA: *Methodenprobleme...*, cit., p. 66.

sentido de la teoría de la *conditio sine que non*, entre acción precedente y acción típica (25). Decisivo es que, simultáneamente, esté presente un nexo psicológico entre la *actio praecedens* y la acción típica.

Sin embargo, al destacar la exigencia de este nexo externo, físico y psíquico en la *actio libera in causa* no se proporciona una respuesta al por qué de la punición del incapaz al tiempo del hecho. El criterio de la causalidad lleva, en definitiva, a fundamentar la responsabilidad en la conducta anterior a la ejecución del hecho, en la llamada *culpa praecedens*, traspasando las barreras del «tiempo del hecho» al que debe referirse la capacidad de acción y la imputabilidad. Ello supone la justificación de la *actio libera in causa* a costa de la expansión de los límites mismos de la responsabilidad juridicopenal. Por otra parte, la invocación del principio *causa causae est causa causati* para fundamentar la *actio libera in causa* aparece frecuentemente acompañada en la literatura de un desdibujamiento del contenido y límites de la misma. Así Manzini, quien es seguido en este punto por un amplio sector doctrinal, confunde dos fenómenos distintos cuando advierte un paralelismo entre «quien coloca una bomba provista de un mecanismo “de tiempo” que la haga explotar después de varias horas cuando el delincuente se encuentre lejos y eventualmente en un estado transitorio de absoluta inconsciencia...» y quien predispone su propio poder de acción material para actual cuando «la propia mente estará ofuscada o paralizada por la desatención, por el sueño, por la embriaguez o por el delirio», donde cabe ver, dice, una «causalidad voluntaria», afirmando que basta que el dolo acompañe a un momento cualquiera de la ejecución (26). Aparte de la cuestión de que en la *actio libera in causa* no está ausente (en su caso) el dolo, sino la capacidad de acción o la imputabilidad, existe una importante diferencia entre las dos hipótesis consideradas: mientras que quien coloca una bomba realiza un acto típico de ejecución, quien, por ejemplo, se embriaga para darse ánimos y cometer el delito se mueve todavía en una fase previa a la ejecución (27). El criterio de la causalidad resulta inadecuado para fundamentar la *actio libera in causa* desde el momento que se admita que la *actio praecedens* no es aún principio de ejecución del delito.

De lo anterior se deriva que no cabe equiparar la *actio libera in causa* a la autoría mediata ni tampoco invocar la causalidad externa y psíquica que, en definitiva, lleva a hacer responder por la conducta anterior. En la *actio libera in causa* el sujeto responde por la acción realizada en situación de actual ausencia de «libertad». Materialmente, sin embargo, la acción no puede quedar impune por estar conectada externa y psíquicamente a un hacer precedente. Este enlace causal

(25) No se dice: entre acción precedente y resultado típico.

(26) MANZINI: *Tratado de Derecho penal*, T. 2, cit., pp. 168 y s.

(27) En contra, consecuentemente, MANZINI: *Loc. cit.*, p. 169.

hace surgir la necesidad de pena. Pero tal necesidad de pena reclama una intervención del legislador que establezca una excepción a los principios *nullum crimen sine actione* y *nulla poena sine culpa*, que comprenden, respectivamente, la exigencia de que la acción pueda ser referida a la voluntad y de que esté presente la imputabilidad al tiempo del hecho.

3. La extensión y contenido de la figura de la *actio libera in causa*, que hasta el momento hemos referido a supuestos de incapacidad de acción o imputabilidad al tiempo del hecho, no es en absoluto unánime. Existen posiciones doctrinales discrepantes. Se ha llegado a extender en el presente siglo a acciones que, en sí mismas consideradas, no son antijurídicas (se halla presente una causa de justificación), pero que son antijurídicas en su causa (por ejemplo, si el sujeto se ha colocado en situación de legítima defensa). Se habla entonces de «*actiones illicitae in causa*», lo que, en verdad, constituye un fenómeno que debe ser nítidamente diferenciado de las *actiones liberae in causa*. Lo mismo cabe indicar respecto de las causas que excluyen la culpabilidad (por ejemplo, el sujeto se coloca voluntariamente en estado de necesidad en principio exculpante y comete en esta situación el delito), y de los supuestos de ausencia de tipicidad al tiempo del hecho referible a un actuar precedente. En lo que sigue veremos cómo se ha desarrollado el tema en la historia y en qué medida puede hablarse de una ampliación del concepto.

a) Tradicionalmente el problema de las *actiones liberae in causa* ha sido un problema de *imputabilidad*. Se ha entendido que consiste en que el sujeto, imputable al tiempo del hecho, se ha colocado voluntariamente en tal estado por lo que realiza una acción no «libre» en sí, pero «libre» en su causa. Se piensa por lo general en la producción de situaciones de imputabilidad transitorias y no en genuinas enfermedades mentales por considerar que sólo aquellas pueden ser producidas dolosamente (28). Pero hay que tener en cuenta que se opera aquí con realidades fluidas y podría tratarse en la situación concreta de la consciente provocación, por ejemplo, de una «enajenación». Así quien ingiere alcohol conociendo su embriaguez patológica, verdadera psicosis alcohólica.

En relación con la imputabilidad aparece ya aludido el fenómeno en canonistas, postglosadores y en la doctrina alemana del Derecho común, si bien la expresión técnica latina *actio libera in causa* se acuña más tardíamente (29). La doctrina parece surgir para dar

(28) LILIENTHAL: *Zurechnungsfähigkeit*, VDA, V, 1908, p. 34. El art. 8.1 del Código penal español reclama que el trastorno mental transitorio no se haya buscado con propósito de delinquir. No establece la misma exigencia para la enajenación. Pero la cuestión es, con relación a ambos supuestos, la aplicabilidad de la teoría general de las *actiones liberae in causa*.

(29) En la literatura del Derecho común, indica SCHAFFSTEIN, no se encuentra

respuesta al problema del tratamiento del autor embriagado. Como indica Engelmann, el Derecho canónico puso de relieve, por un lado, la ausencia de capacidad de culpabilidad en situaciones de embriaguez y, por otro, la culpabilidad del autor en la producción de las mismas, con lo que preparó el camino de las *actiones liberae in causa*. Pero si bien aparece una correcta referencia a la «culpa praecedens» no aparece todavía propiamente, entre los canonistas, la *actio libera in causa*. En efecto, el Derecho canónico ve la culpabilidad en la embriaguez excesiva en sí. El delito perpetrado en estado de embriaguez es imputado sólo como consecuencia de una acción en sí misma ilícita (30). Por el contrario, la doctrina italiana de los postglosadores admitió la culpabilidad porque la voluntad delictiva ya antes de la situación de inimputabilidad había sido causal (31). Carerius indica que quien conociendo su vicio se embriaga dolosamente para matar y mata entonces es castigado con pena ordinaria (32). El Derecho común, como señala Schaffstein, consideró, por una parte, el hecho cometido en embriaguez como delito culposo punible *extra ordinem*

dicha expresión, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen, Neudruck der Ausgaben 1930-1932*, Scientia, 1973, p. 104, nota 3.

Según KRAUSE aparece denominada así por primera vez por Kleinschrod en 1794, *vid. Betrachtungen zur actio libera in causa, insbesondere in der Form vorsätzlicher Begehung, Festschrift für Hellmuth Mayer*, 1966, p. 307.

Para HRUSCHKA, en Kleinschrod, como en Grolmann y Tittmann, la expresión aparece unida a otra hablándose de «actio libera in causa sive ad libertatem relata», es decir, acción libre en la causa o relacionada con la libertad. Pero HRUSCHKA indica que la expresión «actio libera in causa» se halla ya antes en un breve escrito de Johann Bernhard Müller de 1789, *vid. Methodenprobleme... cit.*, p. 56, e incluso antes en Hupka en 1779, quien, en su opinión, es el primero que acoge esta locución e introduce en el Derecho penal la expresión «actio libera in causa». *vid. Strafrecht... cit.*, p. 340; sobre el precedente en Pufendorf (*Elementorum Jurisprudentiae Universalis libri duo*, de 1660) quien se refiere a «lo que en sí mismo no está en poder de un individuo, pero cuya causa estaba en poder del mismo», la doctrina posterior y la tradicional distinción entre *actio libera in se* y *actio libera in causa*, *vid. HRUSCHKA: Ordentliche und ausserordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa*, ZStW, 1984, pp. 661 y ss., y el mismo HRUSCHKA: *Imputation, in Eser/Fletcher, Rechtfertigung und Entschuldigung*, I, Freiburg i. Br., 1987, pp. 146 y ss. También ahora HRUSCHKA, en la 2.ª ed. (1988) de su *Strafrecht... cit.*, pp. 348 y s., aparecida des después de concluido el presente estudio.

Como precedente de la expresión se cita frecuentemente en la literatura el pasaje de Tomás de Aquino que trata de las pasiones que eliminan la acción donde distingue el caso en que la *passio* dominante del hecho es en su origen voluntaria del caso en que es involuntaria. Respecto de la primera indica: «Y entonces (si tal pasión en principio fue voluntaria) el acto es imputado al pecado porque es voluntario en su causa»: «*Et tunc (si talis passio a principio fuit voluntaria), imputatur actus ad peccatum, quia est voluntarius in sua causa*», *Summa Theologica*, I, II, quaestio 77, articulus 7.

(30) ENGELMANN: *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, 2. Aufl. Scientia, 1965, pp. 30 y s.

(31) ENGELMANN: *Die Schuldlehre... cit.*, p.31; KRAUSE: *Betrachtungen... cit.*, p. 307. Sobre el reflejo de ambos puntos de vista en la obra de Farinacius, *vid. también*, ENGELMANN: *Loc. cit.*, pp. 31 y s.

(32) «*Nisi dolose sciens suum vitium inebriaret se, ut occideret, et occidit; tunc punitur poena ordinaria*», *vid. ENGELMANN: Loc. cit.*, p. 31, nota 35.

radicando la culpa en que el autor no había evitado la embriaguez a pesar de que tenía que saber que en esa situación fácilmente cometería un hecho punible. Pero, por otra parte, si el autor, aún sobrio, había proyectado la realización del delito y se da ánimos embriagándose o se embriaga para cometer el hecho en este estado, entonces se da el *dolo* y con ello la pena ordinaria. También se admitió el *dolus* cuando el autor era alcohólico y por ello, por experiencia, sabía, o tendría que saber, que durante la embriaguez podía cometer un hecho punible. Por tanto, el Derecho común estimó «todo hecho punible sin excepción cometido “*in voluntaria abrietate*” como *actiones liberae in causa* y penó por culpa arbitraria o, en especiales circunstancias, con la pena ordinaria del dolo» (sin embargo, la expresión latina *actio libera in causa*, como ya se indicó, aparece posteriormente) (33).

Pero ya desde sus orígenes la doctrina de las *actiones liberae in causa* es aludida, junto al tratamiento del delito cometido en embriaguez, en el tratamiento del delito cometido durante el sueño. El propio Carerius, antes citado, indica que si el autor conociendo su mal es descuidado entonces hay *culposes homicidium* y si se duerme dolosamente para matar es castigado por *doloses homicidium* con la pena ordinaria (34). En el Derecho común el *dormiens delinquens* permanece libre de pena a menos que esté presente una *actio libera in causa* (35). El sueño, como la embriaguez, aparece generalmente tratado como una causa de inimputabilidad. Los juristas italianos y la ciencia alemana del Derecho común no elaboraron un concepto unitario de inimputabilidad, sino que más bien se limitaron a enumerar particulares causas de inimputabilidad (*furor* y *dementia*, sordomudez, ebriedad, *dormiens delinquens* incluyendo el sonambulismo, etc...) o de capacidad disminuida de imputación, con evidente influencia del Derecho canónico. Todavía al final del desarrollo de la ciencia alemana del Derecho común (Böhmér, Quistorp, Meister) faltan, como indica Schaffstein, los presupuestos médicos y especialmente psiquiátricos necesarios para progresos significativos en la teoría de la inimputabilidad (o, en su caso, imputabilidad disminuida) que tiene en común el que eliminan total (o parcialmente) la espontaneidad de la acción, entre los que se halla, como hemos indicado, el sueño (36).

En períodos sucesivos el sueño sigue siendo tratado como causa de inimputabilidad. En torno al mismo, como en torno a la embriaguez, se desarrolla la doctrina de las *actiones liberae in causa*. Las causas de inimputabilidad, entendidas en sentido amplio, comprenden todas aquellas situaciones en que el acto no puede ser atribuido al

(33) SCHAFFSTEIN: *Die allgemeinen Lehren...*, cit., p. 104.

(34) ENGELMANN: *Die Schuldlehre...*, cit., p.33.

(35) SCHAFFSTEIN: *Die allgemeinen Lehren...*, cit., p. 106.

(36) SCHAFFSTEIN: *Die allgemeinen Lehren...*, cit., pp. 98 y s.

sujeto «por no concurrir en él el desarrollo o la salud mentales, la conciencia o la espontaneidad», es decir, situaciones en que, según la concepción de Carrara, la fuerza moral subjetiva del delito se halla anulada (37). Entre estas situaciones aparece referido el sueño. El conocido supuesto de la madre conocedora de su sueño agitado que ahoga al niño durante el mismo es frecuentemente aludido, en múltiples versiones, al tratar de la inimputabilidad y de la *actio libera in causa* (38).

Sin embargo, en la ciencia penal actual predomina el criterio según el cual en el delito cometido durante el sueño (normal o en supuestos de sonambulismo) está ausente la capacidad de acción (o de realización de la acción debida en la omisión) (39). No obstante, no es infrecuente que incluso autores que ven en el sueño y el sonambulismo incapacidad de acción hagan referencia a estos estados de inconsciencia plena, por reminiscencia de períodos anteriores, al tratar la figura de las *actiones liberae in causa* en el ámbito de la *inimputabilidad*. La doctrina más reciente, sin embargo, destaca la problemática de las *actiones liberae in causa* ya al estudiar la incapacidad de acción.

Al tratamiento conjunto, en la inimputabilidad, del «dormiens delinquens» y del embriagado contribuyó, por una parte y como ya se ha indicado, la ausencia de un concepto unitario de imputabilidad y la enumeración casuística en los juristas italianos y la doctrina alemana del Derecho común de causas de inimputabilidad entre las que se describen fenómenos, como el sueño o el sonambulismo, en los que cabe ver, de acuerdo con la moderna concepción de la teoría

(37) CARRARA: *Programa del Curso de Derecho Criminal*, P.G., I, trad. de Jiménez de Asúa, p. 274; JIMÉNEZ DE ASÚA, a quien pertenece la frase entrecorrida en texto, *Adiciones al programa del Curso de Derecho Criminal*, de F. Carrara, p. 348.

(38) El caso procede de los canonistas, *vid. KRAUSE: Betrachtungen...*, *cit.*, p. 306, nota 7; *vid. también sobre los orígenes CARRARA: Programa...*, *cit.*, p. 288, nota 1 bis; al tratar de la imputabilidad también LISZT: *Tratado de Derecho penal*, T. 2, *cit.*, p. 388.

(39) JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, T. 3, 3.ª ed., Losada, 1965, pp. 693 y ss.; DEL ROSAL: *Tratado de Derecho penal español*, P.G., Vol. 1, 2.ª ed., por Cobo, 1976, pp. 743 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, P.G., 9.ª ed. por Serrano Gómez, Dykinson, 1985, p. 499; CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal español*, *cit.*, p. 292; RODRÍGUEZ MOURULLO: *Derecho penal*, P.G., Civitas, 1978, p. 232; SAINZ CANTERO: *Lecciones de Derecho penal*, P.G., II, Bosch, 1982, pp. 287 y s.; RODRÍGUEZ RAMOS: *Compendio de Derecho penal*, P.G., Trivium, 1984, pp. 169 y s.; QUINTERO OLIVARES: *Introducción al Derecho penal*, Barcanova, 1981, p. 185; MIR PUIG: *Derecho penal*, P.G., *cit.*, p. 159; MUÑOZ CONDE: *Teoría General del Delito*, *cit.*, p. 18; BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho penal español*, P.G., Ariel, 1984, p. 220; GÓMEZ BENÍTEZ: *Teoría jurídica del delito*, *cit.*, p. 110: «Situaciones de ausencia de imputación de la acción al autor.» En sentido diverso, ANTÓN ONECA para quien sueño y sonambulismo son supuestos de trastorno mental transitorio excluyente de la imputabilidad, *Derecho penal*, *cit.*, pp. 300 y s.; también sobre el sonambulismo *vid. CUELLO CALÓN/CAMARGO: Derecho penal*, P.G., I, Vol. 2, 18.ª ed., 1981, pp. 546 y s.

del delito, verdaderas causas de exclusión de la acción. Pero también ha contribuido el que, en el período de desarrollo de la dogmática juridicopenal a fines del siglo pasado y durante el siglo XX, tampoco haya existido acuerdo sobre el concepto de imputabilidad. Hoy predomina la concepción de la imputabilidad como capacidad de culpabilidad —luego veremos en qué medida esta afirmación es matizada por un sector de la literatura en el presente (40)—, pero autores como Binding han sostenido que la imputabilidad es la capacidad de acción o de delito (41). Esta concepción impide un tratamiento diferenciado de los supuestos que estamos considerando y que la concepción de la imputabilidad como capacidad de culpabilidad —en el marco de la teoría normativa compleja o normativa pura de la culpabilidad— permite diferenciar (42).

En cualquier caso, lo que importa destacar ahora es que —en una situación de predominio de la concepción de la imputabilidad como capacidad de culpabilidad— la teoría de la *actio libera in causa* afecta tanto a los supuestos de incapacidad de acción como a los supuestos de inimputabilidad al tiempo del hecho. Abogan en favor de ello razones histórico-jurídicas generales e histórico-dogmáticas, en el sentido que se acaba de exponer. Y también el que entre unos y otros supuestos hay una zona límite, como sucede con la inconsciencia más o menos plena, que establece entre ellos una íntima conexión. La embriaguez letárgica, por ejemplo, lleva consigo una verdadera ausencia de la acción mientras que, de ordinario, la embriaguez afecta a la imputabilidad, es decir, a la capacidad de comprender lo injusto del hecho o de determinarse conforme a dicha comprensión (43).

Decisivo es en ambos supuestos (incapacidad de acción o inimputabilidad) que la acción no «libre», no voluntaria, no espontánea, en sí misma considerada, es, sin embargo, «libre» en su causa o rela-

(40) Vid. *infra* nota 45.

(41) BINDING: *Die Normen und ihre Übertretung, Band II, Hälfte I, Neudruck der 2. Aufl.*, Leipzig, 1914, Scientia, 1965, pp. 117 y ss. y 132 y ss.

(42) A la misma consecuencia llevan las concepciones de la imputabilidad como capacidad de pena (Feuerbach, Radbruch...), o como capacidad jurídica del deber (Merkel, Kohlrausch...). Sobre las distintas concepciones, MEZGER: *Tratado de Derecho penal*, T. 2, trad. de Rodríguez Muñoz, ed. Rev. D. Privado, 1955, p. 39, nota 3; MAURACH: *Tratado de Derecho penal*, T. 2, trad. de Córdoba Roda, Ariel, 1962, pp. 32 y s.; DÍAZ PALOS: *Teoría General de la imputabilidad*, Bosch, 1965, pp. 27 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, T. 5, 3.ª ed., Losada, 1976, pp. 81 y ss.

(43) MEZGER distingue entre la inconsciencia plena que excluye la acción y la «perturbación de alto grado de la misma» que es propiamente el ámbito al que, en su opinión, se limita el viejo parágrafo 51 (hoy 20), relativo a la inimputabilidad, cuando alude a la perturbación de la consciencia. Pero MEZGER cita el desmayo como causa que excluye la acción, *Tratado...*, *cit.*, T. 1, p. 216, y se refiere a *estados de desmayo* (y delitos cometidos en estado de *somnolencia*) en los que se tratará generalmente, dice, de procesos morbosos que afectan a la imputabilidad, *loc. cit.*, T. 2, pp. 69 y ss., especialmente, p. 72. Todo ello muestra la fluidez de esta materia.

cionada con la libertad (*actio libera in causa sive ad libertatem relata*) (44). La ausencia de libertad al tiempo del hecho ha sido históricamente referida al actuar sin culpabilidad (45), pero en el actual estado de la dogmática se refiere también a la ausencia de acción, pues la acción exige un *acto de voluntad*, que puede faltar al tiempo del hecho, pero estar presente en un momento anterior (46).

(44) No cabe entender «libre» o voluntario «en el sentido de dolo o culpa». El inimputable puede actuar al tiempo del hecho con dolo y su acción, sin embargo, no es libre *in actu*, sino *in causa*, *vid. infra* epígrafe 6.

(45) Todavía hoy la discusión del concepto de culpabilidad gira en torno al problema de la libertad. La concepción de la culpabilidad como juicio de «reproche» que se formula frente al concreto autor porque «pudo» obrar de forma diversa a como lo hizo, está sometida a revisión. Se considera que no puede verificarse si en la situación concreta el autor pudo realmente obrar de otra forma: que no puede demostrarse si el sujeto actuó o no libremente. Sobre ello, TORIO LÓPEZ: *El concepto individual de culpabilidad*, en «ADPCP», 1985, pp. 287 y ss., donde admite la espontaneidad como dato antropológico y reivindica un concepto individual de culpabilidad, pp. 296 y ss., y TORIO LÓPEZ: *Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad*, en el Libro-Homenaje a A. Candáu, Univ. de Valladolid, 1988, pp. 319 y ss., con crítica de las modernas concepciones sobre la culpabilidad en la medida en que caen en las mismas objeciones que formulan frente a la concepción tradicional.

MIR PUIG rechaza la concepción tradicional de la culpabilidad y entiende que no cabe hablar de un actuar libre. Parte de la teoría de la motivación de la norma. El inimputable no es motivable «normalmente» por la norma, no es motivable como los demás, *vid. Fundamento de la irresponsabilidad penal del inimputable*, en «Psicopatología», 2, 2, 1982, pp. 159 y s. La concepción de la imputabilidad como motivabilidad por la norma debe llevar a sustituir la expresión «acción libre en su causa» por «acción motivable en su causa» (o, en el supuesto de falta de acción, por «acción voluntaria en su causa»). Hasta qué punto ello supone una recaída en la concepción de la imputabilidad como capacidad jurídica de deber, no es cuestión que pueda ser examinada aquí. Por otra parte, se advierte también una concreción de la imputabilidad con relación a los demás, lo que se presta a las mismas críticas dirigidas a la concepción de la culpabilidad que decide ésta atendiendo a que «otro» hubiese obrado de diversa manera; surge, pues, una pérdida del carácter personal de la imputabilidad y su determinación con relación a otros. En la literatura española, distanciándose del concepto individual de culpabilidad, *vid. MUÑOZ CONDE*, quien propugna un concepto social, dialéctico, de culpabilidad y afirma que «no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en referencia a los demás», *vid. La imputabilidad del enfermo mental*, en «Psicopatología», 2, 2, 1982, pp. 131; el mismo, *Teoría General del delito*, *cit.*, pp. 130 y s.; y el mismo, *El principio de culpabilidad*, III Jornadas de Profesores de Derecho Penal, Santiago de Compostela, 1975, pp. 229 y ss.; *vid. también, GIMBERNAT ORDEIG: El sistema del Derecho penal en la actualidad*, en «Estudios de Derecho Penal», 2.^a ed., Civitas, 1981, pp. 146 y ss.

(46) La acción humana es, en efecto, modificación del mundo exterior dependiente de la voluntad e independiente del contenido de la voluntad. Esto es sostenido por la doctrina tradicional. Pero en último término es sostenido también por la teoría finalista del delito a pesar de que parte de una concepción de la acción humana como *actividad final*. Para la teoría finalista hay acción tanto en los delitos dolosos como en los culposos; delitos dolosos y culposos se diferencian no en la acción, sino en el tipo; la ausencia de dolo no excluye la acción, sino el tipo de lo injusto de los delitos dolosos. Por ello, en el fondo, partidarios de la llamada dirección tradicional y finalistas vienen a coincidir en requerir una *voluntad* para la existencia de la acción, con independencia de su contenido. Esta coincidencia se confirma, como señala MIR PUIG, en la faz negativa de la acción: «Ambos admiten las mismas causas de ausencia de acción relativas a la voluntariedad: 1.º fuerza irresistible; 2.º inconsciencia; 3.º actos reflejos», *vid. MIR PUIG: Derecho penal, P.G., cit.*, pp. 150 y s.

La inconsciencia plena producida por el sueño profundo permite afirmar que en la omisión de la acción debida o en los movimientos realizados durante el sueño falta toda referencia a la voluntad. Se trata de un estado de inconsciencia que determina la impunidad por ausencia de acción a no ser que el sujeto haya provocado esta situación para cometer el delito o que, siendo consciente de que el sueño le sobrevenía y de que en tal estado produciría (o no evitaría) el resultado delictivo, no lo impide. Esta situación puede darse también en supuestos de sonambulismo (47). Cabe plantear la cuestión respecto de la «autosugestión» conscientemente producida y posterior comisión de un hecho delictivo mediando un nexo psicológico. En la autosugestión extrema excluyente de la acción podría considerarse la posibilidad de una *actio libera in causa*. Una *actio libera in causa* en situaciones de hipnotismo puede estar presente si el sujeto se presta voluntariamente a ser hipnotizado para cometer en tal estado el delito (48).

También en los movimientos reflejos (supuestos de desmayo, deslumbramiento, ataques, etc...) que producen un hecho delictivo está ausente la acción porque el comportamiento no es referible a la voluntad. Pero si tal situación es referible a la voluntad en un momento anterior entonces se deberá responder por una *actio libera in causa* dolosa o, en su caso, culposa (49).

Asimismo, se excluya la acción si media fuerza irresistible. Es la única causa de exclusión de la acción expresamente prevista en el Código penal español que la contempla en el art. 8.9.º en los siguientes términos: está exento de responsabilidad «el que obra violentado por una fuerza irresistible». Comprende los supuestos en que, por la presencia de una *vis physica* absoluta, puede afirmarse que el sujeto no actúa, sino que es actuado. Pero si tal situación puede ser referida a la voluntad del sujeto en un momento precedente, entonces, aunque

(47) El «individuo que sabe que padece sonambulismo y no adopta las precauciones debidas, y en estas situaciones sonambúlicas realiza un acto delictivo», *vid.*, sobre ello, DEL ROSAL: *Tratado...*, 1, 2.ª ed., *cit.*, p. 745; también LISZT: *Tratado de Derecho penal*, T. 2, *cit.*, pp. 388 y s., nota 1.

(48) ANTÓN ONECA: *Derecho penal*, *cit.*, p. 302; QUINTERO OLIVARES: *Introducción...*, *cit.*, p. 185; BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho penal español*, *cit.*, p. 220; MIR PUIG: *Derecho penal*, P.G., *cit.*, p. 159. No entramos en la cuestión de si el hipnotismo puede excluir la acción o la imputabilidad, *vid.* MIR PUIG: *Loc. cit.*, p. 158 y nota 26.

(49) MEZGER: *Tratado...*, *cit.*, T. 1, p. 216, nota 4. *Vid.* también SILVA SÁNCHEZ: *Recensión a Schünemann*, en «ADPCP», 1987, p. 538. De los movimientos reflejos se distinguen las acciones realizadas en corto circuito en las que un estímulo origina la reacción espontánea o repentina del autor. En tales acciones no deja de estar presente, siquiera sea de forma atenuada, una participación de la voluntad por lo que afectan más bien a la imputabilidad, ya se trate de un trastorno mental transitorio (art. 8.1.ª), ya constituya un «estado pasional» (art. 9.8.º), de admitirse que los estados pasionales afectan a la imputabilidad.

el Código no lo mencione expresamente, deberá venir en consideración una *actio libera in causa* dolosa o, en su caso, culposa (50).

Sintetizando lo expuesto puede afirmarse que capacidad de acción e imputabilidad tienen como sustrato común la «libertad» o están relacionadas con la «libertad», entendida ésta como espontaneidad o como comportamiento voluntario independientemente del contenido de la voluntad. Si tal «libertad» no concurre al tiempo del hecho, pero el comportamiento remite a un momento anterior en que el sujeto era aún «libre», entonces puede estar presente una *actio libera in causa*.

b) El ámbito tradicional de las *actiones liberae in causa* (imputabilidad y, en los términos expuestos, capacidad de acción) se pretende traspasar por un sector de la literatura en el que ocupa un puesto fundamental el importante trabajo de Maurach, «Fragen der actio libera in causa», aparecido en 1961. Maurach señala aquí, apartándose de su propio criterio, expresado con anterioridad, que «objeto de consideración apropiado de la *actio libera in causa* es todo elemento constitutivo de delito» (51). Una *actio libera in causa* estaría presente tanto si falta la capacidad de acción o la imputabilidad por causas atribuibles al sujeto como si está ausente el tipo (52), la antijuridicidad (concorre una causa de justificación), o la culpabilidad (concorre una causa de exclusión de la misma), por razones imputables al propio sujeto (*actio praecedens*).

Estos supuestos si bien presentan una estructura paralela a la de las *actiones liberae in causa* deben ser, sin embargo, diferenciados. En ellos está presente, en efecto, como en las *actiones liberae in causa*, por un lado un comportamiento que, en sí mismo considerado, no puede declararse delictivo por faltar uno de los elementos del delito, y, por otro lado, esta situación remite a un momento anterior en que el sujeto origina la ausencia del elemento del delito de que se trate. Tal proximidad estructural es la que lleva a un sector de

(50) MIR PUIG: *Derecho penal, P.G., cit.*, pp. 156 y s.

(51) *Fragen der actio libera in causa, cit.*, pp. 373 y s. En el *Tratado de Derecho penal*, trad. de Córdoba Roda, T. 2, *cit.*, pp. 113 y s., todavía limita el estudio de la *actio libera in causa* a la imputabilidad; en el ámbito de la acción hace una referencia a las mismas con remisión a su tratamiento en la imputabilidad, *vid.* T. 1, p. 216.

(52) MAURACH en *Fragen der actio libera in causa, cit.*, p. 374, propone el supuesto de quien realiza el comportamiento que describía el parágrafo 148 reclamando el dolo directo (poner en circulación dinero falso recibido como auténtico, después de conocida su falsedad). No se cumpliría el tipo subjetivo si el autor mezcla en su cartera con otros billetes el billete falso recibido, después de conocida su falsedad, y lo da posteriormente en pago concurriendo entonces a lo sumo dolo eventual. Entiende MAURACH que las reglas de la *actio libera in causa* llevan a denegar al autor el pretendido álibi moral.

Con relación al Código penal italiano (art. 457) ve MANZINI en un supuesto semejante un delito cometido en estado de conciencia disminuida preordenado al delito y, por tanto, imputable al sujeto, *vid.* *Tratado de Derecho penal*, T. 2, *cit.*, p. 170.

la doctrina a equiparar estos fenómenos (53). Pero en dichos casos no puede hablarse, con rigor, de una *actio libera in causa*, sino, a lo sumo, de una acción *típica* [dolosa en el ejemplo de Maurach citado en la nota (52), conforme a la teoría finalista del delito], *antijurídica* (*actio illicita in causa* si, por ejemplo, el sujeto ha provocado la aparición de los presupuestos de una causa de justificación); o *culpable* (si se ha producido, por ejemplo, la situación de estado de necesidad exculpante o la propia situación de miedo insuperable, de admitirse que sean causas que excluyan la culpabilidad) en la «causa». En ninguno de estos supuestos se trata, en efecto, de cuestiones relacionadas con la «libertad».

En la acción «típica» en su causa no deja de estar presente un comportamiento libre al tiempo del hecho. No se alude ahora a supuestos de ausencia de acción. Se hace referencia a supuestos en que falta el dolo exigido por el tipo (de acuerdo con los presupuestos de la teoría finalista del delito) y ello está en conexión con un hacer precedente. Sería más apropiado hablar, en este sentido, de acciones «dolosas» en su causa. Las acciones dolosas *in causa* son «libres» *in actu*. Pero además habría que preguntar si realmente en supuestos como el antes descrito (nota 53) media sólo dolo eventual o, dada la preordenación existente, puede afirmarse el dolo (directo) reclamado por el tipo. Es un problema que afecta a la prueba del dolo y que no puede resolverse acudiendo a la técnica de las *acciones liberae in causa* sin violentar sus límites y producir un oscurecimiento del concepto (54). A los problemas de error se hará referencia más adelante.

Respecto a las llamadas *acciones illicitae in causa* (55) puede afirmarse igualmente que se trata de un fenómeno diverso al de las *acciones liberae in causa* aunque presenta una estructura análoga. Que la acción pudiera considerarse justificada al tiempo del hecho, por ejemplo porque el autor repele «racionalmente» una agresión ilegítima y, sin embargo, sea antijurídica en su causa, por haber provocado el defensor esta situación, en nada afecta a la «libertad» o «no libertad». El tema se desenvuelve en el marco de la antijuridicidad. Presente una acción justificada *in actu* se plantea la cuestión de su antijuridicidad (ilicitud) *in causa*.

(53) Vid. también SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER: *Loc. cit.*, p. 265. Críticamente, HRUSCHKA: *Methodenprobleme...*, *cit.*, pp. 75 y ss.; KRAUSE: *Betrachtungen...*, *cit.*, pp. 309 y ss.; ROXIN: *Die provozierte Notwehrlage*, ZStW, 1963, pp. 545 y ss. Con relación al Derecho español, críticamente, LUZÓN PEÑA: *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo*, *Comentarios a la legislación penal*, T. 5, Vol. 1, EDERSA, 1985, p. 267. Vid. también SILVA SÁNCHEZ: *Sobre el estado de necesidad en Derecho penal español*, en «ADPCP», 1982, p. 681.

(54) A este oscurecimiento se refiere HRUSCHKA: *Methodenprobleme...*, *cit.*, p. 76.

(55) Esta expresión es de origen relativamente reciente. Al parecer se debe a KOHL-RAUSCH y surge por primera vez en la 27 ed. del StGB de Liszt/Delaquis, de 1927, *vid.* HRUSCHKA: *Strafrecht*, *cit.*, p. 372. Se habla también de *actio quasi-libera in causa*, *vid.* GOLDSCHMIDT: *Metodología juridicopenal*, Reus, 1935, pp. 42 y s.

Dada la regulación de la legítima defensa en el Código penal español (art. 8.4.º) internamente al concepto opera la exigencia de la «falta de provocación suficiente por parte del defensor». La provocación determina *ab initio* la ausencia de justificación del comportamiento y, por tanto, su carácter antijurídico por faltar la «legitimidad de la causa» (56). También en la regulación del estado de necesidad reclama el Código penal español (art. 8.7.º) que «la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto». Presente tal provocación, el estado de necesidad no puede ser apreciado. La legítima defensa exige la ausencia de provocación; la regulación del estado de necesidad reclama que éste no haya sido provocado *intencionadamente*. Ante esta situación legislativa cabe plantear la cuestión de la legitimidad del comportamiento en supuestos en que la agresión o la situación de necesidad han sido «provocadas» culposamente (o con dolo eventual). En los supuestos de causación imprudente (o con dolo eventual) del presupuesto de una causa de justificación podrían formularse reparos *materiales* a la justificación del comportamiento. Su «legitimidad» y no contradicción con el ordenamiento jurídico no están plenamente fundamentadas. Respecto de la legítima defensa se ha podido sostener, de conformidad con lo expuesto, que la provocación a que alude el art. 8.4 puede ser imprudente (57).

Más dudoso es que, a la luz del Derecho positivo español, pueda sostenerse que no hay «estado de necesidad» si se produce culposamente o con dolo eventual la situación de necesidad. La fórmula del art. 8.7.º se refiere, según criterio dominante en la literatura y que se deriva del propio tenor literal, a la no provocación *intencional* de la *situación de necesidad*. La causación imprudente o con dolo eventual del estado de necesidad no debe cerrar el paso a la eximente. A esta solución se ha opuesto reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El Tribunal Supremo rechaza la aplicación del art. 8.7 en supuestos de causación culposa de la situación de necesidad y aprecia un delito culposo si se ha originado imprudentemente el peligro y la situación de necesidad, como en el caso de una conducción imprudente que coloca al automovilista ante el dilema de atropellar a un ciclista o chocar frontalmente con un camión (58). Un sector

(56) El Código penal alemán no contiene referencia expresa a la falta de provocación por lo que la cuestión se plantea en términos distintos. Sobre los distintos criterios para el tratamiento de esta materia en el Derecho alemán, JESCHECK: *Tratado...*, T. 1, *cit.*, p. 471 y nota 45; *vid.* también LUZÓN PEÑA: *Legítima defensa y estado de necesidad defensivo*, *cit.*, pp. 265 y s.

(57) *Vid.*, así, BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho penal español*, *cit.*, pp. 238 y s. Sobre la interpretación de la expresión «provocación suficiente» por la doctrina española, LUZÓN PEÑA: *loc. cit.*, pp. 263 y ss.

(58) Sobre esta línea jurisprudencial, MIR PUIG: *Derecho penal*, P.G., *cit.*, p. 404; el mismo, *Problemas de estado de necesidad en el art. 8.7.º del Código penal*, en «Estu-

doctrinal ha destacado que debe invocarse en tales supuestos una *actio illicita in causa* y fundamentar la responsabilidad en la «imprudencia de la conducta anterior» (59). Sin embargo, en el momento decisivo, el de la realización de la acción típica, el sujeto actúa con dolo. Si se admite que la conducta (dolosa) está justificada, pues no hubo provocación intencional de la situación de necesidad, carecerá de sentido invocar «ilicitud» en la causa para fundamentar la responsabilidad a título de culpa por el hecho realizado; a lo sumo cabría suscitar la cuestión de si el comportamiento imprudente, en sí mismo considerado, es jurídico-penalmente relevante. Si, de forma diversa, se admitiera la «ilicitud» en la causa, ello debería llevar consecuentemente a hacer responder por el hecho doloso realizado y no por la imprudencia anterior. Pero a esta solución se opone el Derecho positivo. A efectos del art. 8.7 sólo es «ilícita» la provocación intencional de la situación de necesidad. La provocación culposa de la situación de necesidad puede consistir, ciertamente, en la realización de una conducta «ilícita» en sí misma considerada. Pese a ello, el hecho típico (doloso) realizado es conforme a derecho, pues sólo la provocación *intencional* determina la ilicitud del comportamiento. No parece que pueda invocarse la «ilicitud» en la causa para fundamentar la responsabilidad por el mismo hecho a título de culpa. Más bien parece que la llamada «*actio illicita in causa*» culposa es, en rigor, una acción «ilícita» *in se* que si conduce causalmente al resultado e infringe el deber objetivo de cuidado, cumple el tipo de lo injusto del delito culposo que venga en consideración.

En la regulación española del estado de necesidad cabría ver una concreción legislativa de las *actiones illicitae in causa dolosas* (60) paralela a la concreción de las *actiones liberae in causa dolosas* en la regulación del trastorno mental transitorio (que establece la exigencia de que éste no haya sido buscado «de propósito para delinquir»,

dios Jurídicos en honor del profesor O. Pérez-Vitoria», I, Bosch, 1983, pp. 517 y ss.; *vid.*, también, CORDOBA RODA: *Comentarios...*, I, *cit.*, pp. 296 y s. En favor de una modificación *de lege ferenda* que excluya la eximente si se produce imprudentemente la situación de necesidad, como hace hoy la jurisprudencia sin base legal, *vid.* MUÑOZ CONDE: *Teoría General del delito*, *cit.*, p. 110.

(59) MIR PUIG: *Derecho penal*, P.G., *cit.*, pp. 404 y s.; el mismo, *Problemas de estado de necesidad...*, *cit.*, pp. 518 y s.; SILVA SÁNCHEZ: *Sobre el estado de necesidad...*, *cit.*, la producción imprudente de la situación de necesidad no infringe el requisito segundo del art. 8.7.º del Código penal, pero subsiste, dice, una imprudencia originaria y «siempre que quepa imputar objetivamente dicho resultado a la conducta imprudente inicial, deberá castigarse por imprudencia, como sostiene la teoría de la “actio illicita in causa”», pp. 684 y ss. Sin embargo, no parece que ello constituya el fenómeno de la *actio illicita in causa*, más bien parece que se trata de una acción imprudente respecto de la que cabe interrogar por su relevancia juridicopenal sin que proceda la figura de la *actio illicita in causa*.

(60) *Vid.*, sin embargo, SILVA SÁNCHEZ: *Sobre el estado de necesidad...*, *cit.*, p. 686.

art. 8.1.º del Código penal). Lo mismo podría sostenerse respecto de la legítima defensa.

Quedaría abierta la cuestión de la posible elaboración doctrinal y jurisprudencial de la *actio illicita in causa culposa* paralela a la construcción de la *actio libera in causa culposa* con la consiguiente perturbación de la seguridad jurídica (61). Una *actio illicita in causa culposa* no parece, sin embargo, que pueda admitirse. Esta no se caracterizaría sólo por la culposa provocación de la situación de legítima defensa o del estado de necesidad, sino decisivamente por la imprudencia respecto del resultado. En los supuestos de delito producido en legítima defensa o en situación de necesidad no se da esta posición psicológica (culpa) respecto del resultado, pues, independientemente del criterio que se adopte sobre la exigencia de un elemento subjetivo de justificación, lo decisivo es que el sujeto realiza la acción típica dolosamente (sea para defenderse, sea para salvaguardar otro bien jurídico). Así, en el supuesto de causación culposa de una situación de necesidad y posterior decisión de lesionar un bien jurídico para salvaguardar otro de (igual o) superior valor no puede hablarse con rigor de una *actio illicita in causa culposa*, pues en el momento decisivo está presente el dolo. Cuestión distinta es la de la relevancia juridicopenal del comportamiento imprudente en la situación concreta.

Tampoco parece que pueda hablarse de una *actio illicita in causa culposa* con relación a otras causas de justificación. El ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 8.11.º del Código penal) gravita sobre la legitimidad del comportamiento. Tal legitimidad (medio justo para la consecución de un fin justo) se ve al menos afectada si el presupuesto de la justificación se ha producido culposamente o con dolo eventual. Por ejemplo, en el homicidio culposo producido por un agente de la autoridad en el ejercicio de su cargo es muy dudosa la legitimidad de la acción si el sujeto con su comportamiento imprudente ha provocado el tener que hacer uso del arma reglamentaria que, sin embargo, no utilizó con dolo homicida. El problema se resuelve, pues, internamente a la propia causa de justificación sin que posea sentido recurrir al expediente de la *actio illicita in causa culposa*.

Tampoco constituyen una *actio illicita in causa culposa* los casos de error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación (error de tipo a tratar como delito culposo (62) conforme a las teorías

(61) Es significativo que el Tribunal Supremo admita sin reservas la *actio libera in causa culposa* y se resista también a declarar exento de responsabilidad, a pesar de los términos de la regulación, a quien provoca imprudentemente una situación de peligro.

(62) El error sobre los presupuestos fácticos de las causas de justificación no está comprendido en el art. 6 bis a), pero su tratamiento debe reconducirse al error de tipo, *vid.*, sobre ello, TORIO LÓPEZ: *Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la reforma penal*, en «Reformas penales en el mundo de hoy», Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1984, pp. 110 y s.

del dolo y la teoría limitada de la culpabilidad] cuando la falsa creencia se ha provocado culposamente por el sujeto. Y ello por dos razones: primero, porque la causación imprudente de la propia situación de error informa, a lo sumo, sobre la «vencibilidad» de éste; se tratará, por tanto, de un error de tipo vencible sin necesidad de acudir a la figura de la *actio illicita in causa*. Y segundo, porque incluso si se rechazara lo anterior no se tratará de un acción antijurídica (ilícita) en su causa culposa, sino, en su caso, de una acción típica en su causa culposa. Sobre este problema que posee singularidad propia se volverá después.

Las consideraciones anteriores muestran, por un lado, el paralelismo estructural entre las *actiones liberae in causa* y las *actiones illicitae in causa*, y, al propio tiempo, las diferencias. En todo caso, se trata de fenómenos distintos. Las *actiones illicitae in causa* son acciones «libres» *in actu*. La producción imprudente de la situación justificante origina una gama de fenómenos no caracterizables como *actio illicita in causa culposa* y no correlativos a la *actio libera in causa culposa*. El correcto tratamiento de la materia analizada exige la intervención del legislador. Otorgar relevancia de *lege ferenda* a la producción culposa de la situación de necesidad, por ejemplo, supone ampliar el marco de las posibles acciones *illicitae in causa*, pero en modo alguno permite hablar de *actiones illicitae in causa culposas*. Precisamente las consideraciones en torno a las hipotéticas *actiones illicitae in causa culposas* muestran las diferencias entre la llamada *actio illicita in causa* y el instituto de la *actio libera in causa*.

No puede hablarse tampoco de *actiones liberae in causa* en los supuestos de producción culposa de causas de exclusión de la culpabilidad. A pesar de que, como ya se indicó, el problema de la culpabilidad se halla enlazado tradicionalmente al problema de la libertad, en las llamadas causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto no se trata de que el sujeto no haya actuado «libremente», sino de que no se le podía exigir una conducta distinta. El problema de la libertad se plantea en relación a la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, mientras que en las causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto se parte de un comportamiento «libre» (63). Así, por ejemplo, en el miedo insuperable el autor obra bajo una *vis compulsiva* (frente a la *vis physica* absoluta de la fuerza irresistible que excluye la acción). En el miedo insuperable el sujeto puede decidir la realización del comportamiento antijurídico (*coactus tamen voluit*) aunque no se le puede exigir un comportamiento distinto y por ello se declara ausente la culpabilidad. También en el estado de necesidad excluyente de la culpabilidad (conflicto de bienes de igual

(63) Otra cuestión es que pueda hablarse de un comportamiento libre, pues no puede verificarse si realmente, en la situación concreta, el sujeto pudo obrar de modo diverso a como lo hizo, *vid. supra* nota 45.

valor) el sujeto decide lesionar un bien jurídico. Por lo demás se plantean aquí los mismos problemas que ya hemos visto al tratar del estado de necesidad justificante. La provocación intencional de la situación de necesidad excluye la aplicación del art. 8.7.º, pero cabe plantear si más allá de esto, la causación culpable del peligro o de la situación de necesidad debe fundamentar la *exigibilidad* del comportamiento.

Cuando el estado de necesidad o el miedo insuperable son provocados y se comete en tal situación el delito no puede hablarse de una *actio libera in causa* en sentido propio, sino, a lo sumo, de una acción «culpable» en su causa, expresión que, ciertamente, puede resultar equívoca.

En conexión con las cuestiones tratadas constituye un problema particular, aludido en parte al hablar de la *actio illicita in causa*, el error del autor al tiempo del hecho cuando tal situación de error deriva de su propio comportamiento precedente.

No hay que confundir esta cuestión con el tema, diverso, de la realización de una *actio libera in causa* concurriendo error. Por ejemplo, el sujeto se embriaga para darse ánimos y destruir el escaparate de un enemigo suyo, pero, ya en situación de inimputabilidad, confunde a un dependiente con un maniquí y le mata. Aquí podría suscitarse la cuestión de si debe rechazarse la *actio libera in causa*, pues se realiza un delito distinto del proyectado (64) o si se trata de una *actio libera in causa* realizada con error de tipo debiendo responder, supuesta la vencibilidad del error, por homicidio culposo, en su caso en concurso ideal con un delito de daños, siempre que concurren los requisitos de la *actio libera in causa culposa* (65).

De estas cuestiones se distingue, en efecto, el fenómeno consistente en realizar el hecho delictivo concurriendo error sobre los elementos positivos del tipo, sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación, o sobre los presupuestos fácticos de una causa de exclusión de culpabilidad, cuando la situación de error es referible a un momento precedente; el sujeto cree erróneamente que su conducta no cumple el tipo, o que es víctima de una agresión ilegítima (legítima defensa putativa), o que le amenaza un mal (miedo insuperable putativo, de admitirse éste), y esta creencia errónea se debe a su propio comportamiento anterior al hecho.

El error sobre los elementos positivos o negativos del tipo provocado por el propio sujeto es un error *vencible*. Pero es preciso diferenciar distintos supuestos.

La provocación dolosa del propio error sobre los hechos con la finalidad de cometer el delito abre la cuestión de si el sujeto debe responder, como parece correcto, por la pena plena del dolo (acción

(64) Vid. *infra* epígrafe 4 c).

(65) Sobre la relevancia del error de tipo, *infra* epígrafe 4 c); sobre la *actio libera in causa culposa*, *infra* epígrafe 6.

típica en su causa dolosa), o si debe apreciarse un error de tipo [también el error sobre los supuestos fácticos de una causa de justificación es error de tipo aunque no recogido en el art. 6 bis a), como ya se indicó] viniendo en consideración un delito culposo, en el supuesto de que la comisión culposa del delito de que se trate se halle efectivamente inculpada.

Por el contrario, la causación imprudente de la situación de error parece que debe dar lugar sin duda a apreciar delito culposo, pues tal causación imprudente informa exclusivamente sobre la *vencibilidad* del error. Así la errónea creencia de que es objeto de una agresión ilegítima, debida al propio comportamiento imprudente anterior, constituye un error de tipo vencible. La imprudencia anterior cumple exclusivamente la función material de informar sobre la vencibilidad del error. Se trataría de un error vencible sobre el presupuesto fáctico de una causa de justificación que origina una responsabilidad por imprudencia sin que proceda en absoluto entrar a considerar la «tipicidad» en la causa. La cuestión se resuelve, pues, al margen de la llamada *actio* «típica» *in causa* cuya admisión llevaría a la consecuencia sin duda insatisfactoria de rechazar la legítima defensa putativa e imponer la pena del dolo.

También en casos de error sobre los presupuestos fácticos o reales de una causa de exclusión de la culpabilidad habría que plantear si la provocación dolosa del error deja intacta la responsabilidad a título de dolo, siguiendo los supuestos de causación culposa del error (por tanto, error vencible) el régimen general (66).

Puede concluirse, en atención a las cuestiones hasta aquí desarrolladas, que si bien existen fenómenos estructuralmente afines a la *actio libera in causa* sólo se puede hablar con propiedad de ésta en supuestos de incapacidad de acción o inimputabilidad al tiempo del hecho.

4.a) La *actio libera in causa*, de acuerdo con la concepción aquí sostenida, presenta estructuralmente dos momentos bien diferenciados: la *actio praecedens*, realizada antes del comienzo de la ejecución del delito y en virtud de la cual el sujeto se coloca en situación de incapacidad de acción o de inimputabilidad; y la *realización de la acción típica* siendo el sujeto incapaz de acción o inimputable. Entre ambos momentos debe mediar un nexo o conexión causal no sólo objetivo o externo, sino también de carácter psicológico o anímico. No basta una simple relación de sucesión, sino que es preciso un efectivo enlace causal externo y psicológico. La *actio praecedens* pue-

(66) JESCHECK: *Tratado...*, T. 1, *cit.*, pp. 692 y s., y adiciones de MIR PUIG, p. 695. El Código penal español no contiene disposiciones al respecto. El problema del error sobre los presupuestos reales de una causa de exclusión de la culpabilidad no puede ser abordado aquí. Se ha cuestionado que proceda un tratamiento paralelo al del error sobre los presupuestos de una causa de justificación. De ello nos ocupamos en otro trabajo.

de estar dirigida a la causación de la inimputabilidad o de la incapacidad de acción *con la finalidad de* cometer en tal situación el delito, pero basta que al realizar la acción precedente (por ejemplo, al beber en exceso) el sujeto haya al menos *podido prever* la producción del hecho típico (67).

Generalmente se estudia la *actio libera in causa* en los delitos de resultado, pero no hay inconveniente en admitirla también en los delitos de simple actividad. Por ejemplo, el que se embriaga para darse ánimos y cometer un delito de violación. La privación de sentido se presenta entonces en el sujeto activo del delito invirtiéndose la situación descrita en el art. 429.2.º del Código penal. Puesto que la simple ejecución de la acción es consumativa no se plantea en estos delitos, obviamente, el problema del enlace psicológico doloso o culposo entre la acción precedente y el resultado típico, pero es preciso el enlace psicológico entre la acción precedente y la realización de la acción descrita en el tipo.

La *actio praecedens* no es aún comienzo de ejecución del tipo (68); está enlazada causalmente a la acción típica y contribuye, en su caso, a la producción del resultado típico; pero no genera todavía un peligro (concreto, inmediato) ni una conmoción en la seguridad del bien jurídico en el sentido de la teoría de la impresión; no es una acción apta o apropiada para poner en peligro el bien jurídico. Si el sujeto, embriagado plenamente, por causas ajenas a él no llega a salir de su casa para cometer el delito proyectado, homicidio, por ejemplo, no puede admitirse que está presente tentativa de delito. El continuar bebiendo es ciertamente un eslabón en la cadena causal, pero en modo alguno constituye ya el peligro desaprobado jurídicamente que conduce al resultado típico. La teoría de la equivalencia de las condiciones debe ser complementada, teleológicamente valorativamente, atendiendo a la peligrosidad de la acción y a su antinormatividad. La *actio praecedens*, el beber en exceso, no es, desde la perspectiva del delito de homicidio, típicamente relevante u objetivamente imputable. Ciertamente, el sujeto que bebe hasta llegar a un estado de embriaguez plena con la finalidad de dar muerte a su enemigo pone en marcha una serie causal peligrosa que conduce en último término al resultado letal, pero tal comportamiento no pertenece al grupo de acciones que el tipo pretende captar, es decir, no crea un peligro jurídicamente desaprobado conducente al resultado típico; el embriagarse no es todavía un intento real, efectivo, de conseguir la producción del resultado; falta en tal comportamiento la «dominabilidad objetiva» del curso causal y su resultado aunque esté presente subjetivamente la

(67) Más ampliamente sobre la *actio libera in causa dolosa y culposa*, *infra* epígrafe 6.

(68) *Vid. supra* epígrafe 1 y notas 7 y 8.

intención de producirlo (69). En tal sentido puede afirmarse que, desde la perspectiva del tipo del homicidio, por ejemplo, el beber en exceso (70), no es acción objetivamente imputable, sino una acción, en sí misma considerada, *típicamente neutra*. Respecto de quien bebe para darse ánimos y matar a su enemigo en situación de inimputabilidad y, finalmente, en estado de embriaguez plena, por causas extrañas a él ni siquiera llega a salir de su casa en busca de la víctima carece de sentido sostener que ha emprendido la ejecución del tipo y que debe responder por tentativa de delito.

En la *actio libera in causa* la acción típica realizada no es «libre» en sí, pero sí es «libre» en su causa. La regla según la cual sólo pueden ser imputadas las acciones «libres» al tiempo del hecho es complementada por la admisión excepcional de acciones «libres» en su causa. Se imputa al sujeto la acción típica «libre» en su causa y, por tanto, realizada *durante la actual ausencia de «libertad»*.

b) De lo expuesto cabe extraer la consecuencia siguiente: quedan fuera del instituto de las *actiones liberae in causa* los casos en que se produce el comienzo de la situación de inimputabilidad (inconsciente, circunstancial o accidentalmente) *durante la ejecución de la acción típica*. Se comprenden aquí los supuestos designados expresivamente en la literatura «borrachera de sangre». Por ejemplo: un sujeto, A, en el transcurso de una violenta discusión con B saca una navaja dispuesto a matarle, pero después del primer golpe cae en una «borrachera de sangre» excluyente de la imputabilidad (trastorno mental transitorio); en tal situación, fuera de sí, propina a B un elevado número de navajazos y finalmente el golpe mortal (71). En este supuesto cuando el sujeto es imputable no mata y cuando mata está ausente la imputabilidad. Existe una resolución inicial de matar, pero en el momento en que asesta el golpe decisivo el sujeto es inimputable.

(69) TORIO LÓPEZ: *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, en «ADPCP», 1986, p.36.

(70) Aparte el problema específico que plantea el art. 340 bis a), *vid. infra* epígrafe 7.

(71) Las situaciones que conducen a una limitación o exclusión de la capacidad de autodirección se deben diferenciar nítidamente del ensañamiento. La «ceguera que produce la sangre» puede originar un trastorno mental transitorio incompleto o un estado de arrebato u obcecación cuya presencia excluye la posibilidad de apreciar el ensañamiento. El ensañamiento reclama una actitud psicológica interna, la ejecución «deliberada» e «inhumana», que le hacen incompatible con situaciones de imputabilidad reducida. La repetición de actos integra objetiva o externamente el ensañamiento, pero la esencia de esta característica de agravación reside en el plano interno.

Por otra parte, hay que diferenciar el problema que nos ocupa (inimputabilidad sobrevenida durante la ejecución o en la fase preparatoria del delito) del problema de la enajenación sobrevenida después de la ejecución del delito que tiene repercusiones en la ejecución de la pena (art. 82 del Código penal) y que no afecta a la inimputabilidad; sobre este último problema, *vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: La enajenación sobrevenida en la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983*, en «Estudios Penales y Criminológicos», VIII, Universidad de Santiago, 1985, pp. 237 y ss.

Aquí no puede admitirse una *actio libera in causa*, aunque existen criterios doctrinales discrepantes (72), pues la estructura propia de las *actiones liberae in causa* no se cumple. Falta, en efecto, la *actio praecedens* dirigida a la producción de la situación de inimputabilidad para cometer la acción típica conducente, en su caso, al resultado (dolo directo respecto del mismo) o vinculada mediante otro enlace psicológico al hecho típico. La inimputabilidad, presente al tiempo del hecho, no es el álibi predisposto por el autor para la comisión del delito y ni siquiera éste es consciente de que tal situación le sobreviene cuando ya ha dado comienzo a la ejecución (inimputabilidad sobrevenida).

Estructuralmente presenta el fenómeno considerado cierta afinidad con el *dolus generalis*. En el *dolus generalis* hay una desviación entre el curso causal representado por el sujeto y la realidad. El suceder real presenta dos fases: un primer momento en que el sujeto emprende dolosamente la acción homicida, por ejemplo, y, cuando en realidad la víctima no ha muerto, cree erróneamente que ha producido el resultado letal; y un segundo momento en que el sujeto realiza otros actos dirigidos, por ejemplo, a simular un accidente, como colocar a la víctima a quien cree ya muerta sobre la vía del tren, produciéndose entonces su muerte al ser atropellada. Cuando el sujeto cree que mata no mata y, por el contrario, cuando cree que no mata, mata (73). Paralelamente, en la inimputabilidad sobrevenida cuando el sujeto es imputable no mata y cuando mata es inimputable.

La inimputabilidad sobrevenida se aparta, en cambio, de la estructura de las *actiones liberae in causa*. Tiene en común con éstas, ciertamente, el estado de inimputabilidad al tiempo del hecho, pero se diferencia en que la inimputabilidad sobrevenida no está enlazada psicológicamente a un hacer precedente. El tratamiento de los supuestos de inimputabilidad sobrevenida debe resolverse, consecuentemente, con independencia de la técnica de las *actiones liberae in causa*. Puede entenderse que la resolución inicial, unida al comienzo de ejecución cuando el sujeto todavía es imputable, permite fundamentar sin más la responsabilidad por tentativa. Pero, más allá de esto, pue-

(72) En sentido diverso del texto, *vid.* MAURACH: *Fragen der actio libera in causa*, *cit.*, pp. 378, y MAURACH/ZIPF: *Strafrecht*, A.T., 1, 1.º, *cit.*, p. 471.

(73) No procede entrar aquí en la discusión sobre el tratamiento de este fenómeno, esto es, si se trata de una desviación inesencial del curso causal y, por tanto, conforme a la doctrina del *dolus generalis* procede castigar por homicidio doloso consumado, o si, por el contrario, ello pugnaría con el principio según el cual momento de la culpabilidad es el de la acción y, en consecuencia, debe apreciarse un concurso entre tentativa de homicidio (primer momento) y homicidio culposo consumado (segundo momento), o si se trata más bien de que la acción se propaga o extiende a las circunstancias concurrentes (pluralidad de actos y unidad de acción) y debe apreciarse homicidio doloso consumado, o, finalmente, si procede invocar el fin de protección de la norma en el marco de la imputación objetiva para fundamentar el homicidio doloso consumado.

de sostenerse incluso la responsabilidad por delito consumado (supuesto que el resultado se haya producido efectivamente) de admitirse que ha habido sólo una desviación inesencial del curso causal real frente al representado. El tratamiento de la inimputabilidad sobrevenida se desplaza así hacia un terreno distinto. No se trata ya de un problema de *actio libera in causa*, sino de un problema de dolo (74): siempre que la desviación del curso causal pueda estimarse inesencial procederá condena por delito consumado. Desde la perspectiva subjetiva basta la imputabilidad en el primer momento de la ejecución (75). Desde la perspectiva del suceder real hay que verificar si en la situación concreta está presente una desviación puramente inesencial del curso causal real frente al representado lo que sucedería, por ejemplo, si el hecho sigue el curso causal planeado. Frente a esto pueden formularse objeciones. Así, con relación al ejemplo antes propuesto, podría sostenerse que A no pudo prever que caería en una «borracheira de sangre» en cuyo estado asestaría el golpe mortal y, por tanto, no abarcó con su dolo la efectiva relación causal. Ciertamente, el autor no sólo no conoció las particularidades del curso causal —lo que no es necesario para que esté presente el dolo—, sino que, más allá de esto, pone en marcha un curso causal que transcurre de forma diversa a como el pudo representárselo. De admitirse, lo que es dudoso, que se trata de una desviación esencial del curso causal no procedería la condena por delito doloso *consumado*.

Pero lo que importa aquí destacar es que, cualquiera que sea el tratamiento de la inimputabilidad sobrevenida durante la ejecución del delito, se trata de un fenómeno que difiere estructuralmente de las *acciones liberae in causa*.

La caída en estado de inimputabilidad puede producirse *durante la fase preparatoria del delito*. El sujeto, después de elaborar un plan para dar muerte a la víctima, sale en su busca, pero durante el camino sufre un ataque epiléptico de suerte que cuando da comienzo a la ejecución del hecho se halla ya en situación de inimputabilidad (76).

(74) OEHLER: *StGB*, §§ 212, 43, 51, en «JZ», 1970, p. 381; KRAUSE: *Betrachtungen...*, cit., pp. 311 y s.; *vid.* también SCHMIDHÄUSER: *Strafrecht, A.T.*, cit., p. 203. Con apreciaciones críticas sobre el carácter esencial o inesencial de la desviación, *vid.* HRUSCHKA: *Methodenprobleme...*, cit., pp. 50 y ss.

De la jurisprudencia española extraemos el siguiente supuesto (S. 26 de enero de 1984, A. 418): el sujeto, débil mental, emprende una acción defensiva, pero se excede en la defensa y machaca la cabeza de la víctima con la culata de la carabina. En el supuesto considerado el Tribunal afirma la imputabilidad del sujeto. Pero de admitirse que durante la ejecución (defensiva) el sujeto cae efectivamente en una situación de trastorno mental transitorio y en tal situación se excede en la defensa cabría entonces hablar de una «inimputabilidad sobrevenida». Al faltar el dolo (inicial) respecto del resultado típico (el sujeto emprende la acción con *animus defendendi*) no concurriría responsabilidad juridicopenal alguna.

(75) *Vid.* lo indicado *supra* nota 20.

(76) HRUSCHKA: *Methodenprobleme...*, cit., pp. 53 y ss.

En esta hipótesis, como en la anterior, no cabe ver una *actio libera in causa*. La inimputabilidad sobreviene accidentalmente sin que pueda ser conectada a un hacer precedente del autor. Pero mientras que en el primer supuesto el sujeto ha comenzado los actos de ejecución siendo aún imputable y, por tanto, está fundamentada la responsabilidad por delito en grado de tentativa (o incluso por delito consumado si se entiende que ha habido una desviación inesencial del curso causal), en el supuesto ahora considerado la inimputabilidad sobreviene antes del comienzo de los actos de ejecución, durante la fase preparatoria, por lo que no puede fundamentarse ninguna responsabilidad jurídicopenal.

c) Según criterio generalmente admitido la *actio libera in causa* presupone que el autor se ha representado un hecho punible *determinado*. No basta que se represente la posibilidad de cometer un delito genéricamente. De no existir correlación entre el delito representado y el efectivamente producido no puede venir en consideración una *actio libera in causa*. Esto quiere decir que el juez deberá investigar la representación del autor y si ésta coincide con el hecho efectivamente realizado. También la *actio libera in causa culposa* reclama que el sujeto se haya representado o podido representar la realización de un delito determinado.

La regulación del número 1 del art. 8 del Código penal español, al declarar exento de responsabilidad al que se halla en situación de trastorno mental transitorio a no ser que éste haya sido buscado «de propósito para delinquir», debe entenderse en conformidad con lo anterior. La referencia genérica al propósito de delinquir —y no de realizar un delito determinado— podría hacer pensar, de seguirse una interpretación literal, que si se busca de propósito al trastorno para cometer un delito (daños, por ejemplo) y en esta situación se produce un delito distinto (homicidio, por ejemplo) no puede ser apreciada la eximente, pues, en definitiva, el sujeto ha pretendido «delinquir». Pero esta interpretación literal es rechazada por la doctrina que exige, para excluir la eximente, que la perturbación psíquica se haya buscado con el propósito de realizar un delito determinado y que éste sea el efectivamente producido (77).

La preordenación a «delito determinado» está ausente, de ordinario, en los delitos relacionados con el consumo de drogas (así los casos, frecuentes en la práctica, de robos en síndrome de abstinencia). Ciertamente el sujeto sabe que si se suministra nuevas dosis mantendrá su situación de dependencia y que, en caso necesario, cometerá un hecho punible. Pero si la inimputabilidad (o la capacidad limitada de autodirección) se produce a causa de un prolongado abuso de estupefacientes carece de sentido afirmar que el sujeto se coloca en tal

(77) CÓRDOBA-RODA: *Comentarios...*, I, cit., pp. 221.

estado para cometer el delito. No puede imputársele una *actio libera in causa dolosa*, ni siquiera a título de dolo eventual. La admisión de una *actio libera in causa culposa* —supuesto que la comisión culposa del delito se halle efectivamente inculpada, lo que no sucede en el robo— es también sumamente cuestionable. Pues aún cuando el sujeto se haya representado o podido representar la comisión de un delito determinado en estas hipótesis de drogodependencia, de consumo prolongado de drogas, parece que hay que rechazar también la «libertad» *in causa* (78). Por el contrario, si no se trata de un consumo prolongado, sino aislado, con el propósito de delinquir, el problema se plantea obviamente en otros términos. No se trataría ya de un delito cometido bajo el síndrome de abstinencia; tampoco de la realización de un delito bajo los efectos de la droga sin que medie conexión psicológica entre el suministro de ésta y la realización de aquél. Lo característico sería que la inimputabilidad (o la capacidad limitada de autodirección) es buscada con la finalidad de cometer un delito determinado. Si este fuera el caso no habría inconveniente en admitir, con la sentencia de 1 de diciembre de 1983 (A. 6301), que «no faltan supuestos en que el agente busca en la droga —como ocurre en la intoxicación etílica— el estímulo y valor precisos para cometer la infracción». Se cumpliría entonces la estructura de la *actio libera in causa dolosa*.

Según lo expuesto es preciso que el sujeto abarque los elementos integrantes de un concreto tipo de delito. También deben ser conocidas las características de agravación que integran un «tipo modificado» (agravado o privilegiado). Tal conocimiento ha de concurrir cuando el sujeto aún es capaz de acción o imputable. De lo contrario debe venir en aplicación el tipo básico. También deben ser conocidas en el momento en que el sujeto aún es «libre» las circunstancias generales descritas en los arts. 9, 10 y 11 del Código penal. Según el párrafo primero del art. 60, «las circunstancias agravantes o atenuantes que consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos cul-

(78) Sobre la no admisión de una *actio libera in causa dolosa*, vid. HASSEMER: *Actio libera bei der Beschaffung von Betäubungsmitteln*, JuS 1977, p. 412. Sobre la *actio libera in causa dolosa y culposa*, con crítica de la S. 16 de septiembre de 1982, y sobre la incidencia del pensamiento de la no exigibilidad en este ámbito, vid. DEL ROSAL BLASCO: *Problemas de estado de necesidad e imputabilidad en un supuesto de síndrome de abstinencia de drogas*, cit., pp. 3 y ss. Más recientemente, admitiendo una *actio libera in omittendo* (decisivo es no haber acudido a un centro de deshabitación en los momentos previos al síndrome) y entendiendo que cabe imputar a la omisión previa los hechos cometidos bajo el síndrome de abstinencia si medió dolo eventual o previsibilidad y, en este caso, el delito de que se trate admita la comisión por imprudencia, SILVA SÁNCHEZ: *La estructura de la «actio libera in causa» en los delitos cometidos bajo un síndrome de abstinencia de drogas (una visión crítica de la última doctrina jurisprudencial)*, en «La Ley», núm. 1.889, pp. 3 y s. Sobre la *actio libera in omittendo*, vid. *infra* epígrafe 5.

pables en quienes concurren». Se comprenden aquí las llamadas circunstancias «personales» que modifican o gradúan la culpabilidad. A pesar de los términos de la ley existe acuerdo en que no basta que «concurran». Las circunstancias personales de naturaleza mixta (objetivo-subjetiva) deben además ser conocidas (79). La ley exige expresamente el conocimiento de las llamadas circunstancias «impersonales», es decir, las referibles al injusto, bien al desvalor de resultado, bien al desvalor de acción. El párrafo segundo del art. 60 dispone que las circunstancias «que consistieren en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito». El criterio general según el cual el conocimiento ha de estar presente en el momento de la acción (o de la cooperación para el delito) quiebra en las *acciones liberae in causa*. En las *acciones liberae in causa* se produce una anticipación del momento en que son conocidas las circunstancias. Se hace referencia, por supuesto, a las circunstancias concomitantes o simultáneas al delito. El conocimiento de tales circunstancias no se produce *in actu*, sino en un momento precedente cuando el sujeto aún era «libre». Ello no significa, en absoluto, una anticipación del momento de la acción (80).

En la *actio libera in causa dolosa* puede estar presente un error de tipo, *aberratio ictus*, *error in persona* o el fenómeno de la preterintencionalidad (81). Así, por ejemplo, si el sujeto se embriaga para dar muerte a su padre y ya en estado de embriaguez plena da muerte a un extraño por una desviación en el golpe, o si pretende sólo lesionar a su enemigo pero en situación de inimputabilidad realiza una acción que desborda el fin pretendido y causa la muerte de la víctima. El tratamiento de estos supuestos debe seguir las reglas generales (82).

(79) ALONSO ALAMO: *El sistema de las circunstancias del delito*, Universidad de Valladolid, 1980; pp. 367 y s., y bibliografía allí citada.

(80) De modo diverso entiende MIR PUIG que momento de la acción es el de la provocación de la incapacidad de acción o de la imputabilidad, *vid. Derecho penal, P.G., cit.*, p. 508. Más que una anticipación del momento del conocimiento parece que se admite entonces una «anticipación del momento de la acción», lo que debe llevar consecuentemente a reconocer que desde este primer momento concurre un principio de ejecución y, por tanto, cabe la tentativa.

(81) Se trata de diversos supuestos de error de tipo no comprendidos todos, sin embargo, en el art. 6 bis a), *vid. TORIO LÓPEZ: Tipo, error de tipo y de prohibición...*, *cit.*, pp. 98 y ss.

(82) Existen diversos criterios al respecto. Sobre la *aberratio ictus* (para unos, concurso ideal de delitos: tentativa de parricidio y homicidio culposo consumado en el ejemplo propuesto; mientras que para otros delito doloso consumado: homicidio doloso consumado), *vid. TORIO LÓPEZ: Tipo, error de tipo y de prohibición...*, *cit.*, p. 103. Sobre la preterintencionalidad heterogénea (o concurso ideal de delitos: lesiones intentadas y homicidio culposo consumado; o delito único: homicidio culposo), *vid. ALONSO ALAMO: El nuevo tratamiento de la preterintencionalidad. Consecuencias de la derogación del artículo 50 del Código penal*, en «La Ley», núm. 771, 1983, pp. 44 y ss.

La relevancia del error de tipo en la *actio libera in causa dolosa* —independientemente del tratamiento que se estime jurídicamente correcto en cada caso— no parece cuestionable. Ello no supone un menoscabo de la exigencia de que el sujeto se haya representado un delito determinado. El que por error se cometa un delito distinto del representado o del pretendido no fundamenta la impunidad. La exigencia de que en las *actiones liberae in causa* la *actio praecedens* esté enlazada psicológicamente a un delito determinado y de que éste haya sido el efectivamente producido (83) debe entenderse con excepción de los supuestos de error de tipo. El sujeto debe responder por la *actio libera in causa* otorgándose, eso sí, relevancia al error conforme a las reglas generales. En otro caso, como ha destacado Maurach, quedaría el inimputable que incurre en error en peor situación que el sujeto imputable lo que en modo alguno es pretendido por la figura de la *actio libera in causa* cuya función es sólo neutralizar un álibi introducido dolosamente (84).

5. Los problemas que suscita la *actio libera in causa* se plantean también, pero con peculiaridades propias en la llamada *omissio libera in causa* (85).

Bajo esta expresión se comprenden los supuestos en que el sujeto jurídicamente obligado suprime o anula su capacidad de acción o su imputabilidad con su hacer positivo o con su omisión, mediando dolo o culpa respecto del hecho típico, de suerte que en el momento decisivo no está en condiciones de realizar y, por tanto, omite la acción que el ordenamiento jurídico esperaba de él (como el guardagujas que habiéndose colocado en situación de incapacidad «causa» por omisión un accidente ferroviario).

Así pues, la supresión de la propia capacidad puede proceder en primer lugar de un hacer positivo: así cuando el sujeto toma un somnífero o bebe hasta caer en una embriaguez letárgica. Se habla entonces de *omissio libera in agendo*.

Pero también puede proceder, en segundo lugar, de una omisión: por ejemplo, si el sujeto no se sustrae a la influencia de gases asfixiantes o de fuertes impresiones visuales (86). Para este supuesto se reserva la expresión *omissio libera in omittendo*.

Puede afirmarse, siquiera sea provisionalmente, que ambas modalidades pueden constituir delitos de comisión por omisión en que el

(83) CÓRDOBA RÓDA: *Comentarios...*, I, pp. 221.

(84) MAURACH: *Fragen der actio libera in causa*, cit., p. 379.

(85) Ya a mediados del siglo XVII se distinguía entre la «*omissio, quae est voluntaria et libera in se*» y la «*omissio, quae solum est libera et voluntaria in sua causa*», vid. HRUSCHKA: *Strafrecht...*, cit., p. 339 y nota 134.

(86) WELP: *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Duncker/Humboldt, 1968, p. 134, nota 145. Vid., también, SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE: *Loc. cit.*, p. 164: la madre descuida comprar oportunamente medicamentos para su hijo enfermo.

sujeto en posición de garantía *no realiza la acción esperada* porque en el momento decisivo es incapaz de acción o inimputable debido a su acción u omisión precedente. Por otra parte, no hay inconveniente en admitir también la omisión pura *libera in causa*.

De ambos supuestos o modalidades de *omissio libera in causa* hay que diferenciar el fenómeno delictivo conocido como *actio libera in omittendo* en que el autor realiza una *acción* delictiva en estado de incapacidad de acción o de inimputabilidad derivado de su *omisión* precedente. Tiene en común, ciertamente, con la *omissio libera in omittendo* el que la incapacidad del sujeto al tiempo del hecho deriva de su omisión precedente. Pero se diferencia de ésta. De acuerdo con los presupuestos aquí seguidos, constituye un verdadero delito de acción (*libera in causa*) y no de omisión (*libera in causa*). En efecto, decisivo es que el sujeto realiza activamente la acción descrita en el tipo. Su comportamiento precedente (la omisión) que le coloca en estado de incapacidad no pertenece al núcleo del tipo. El comienzo de ejecución no puede retrotraerse a la omisión precedente, pues ésta no integra aún el peligro jurídicamente desaprobado. Los argumentos que se han invocado para apreciar un delito de omisión y no de acción no son convincentes. Se ha dicho, por ejemplo, que si el sujeto produce por omisión imprudentemente su estado de inimputabilidad y comete en tal estado un delito doloso no se puede apreciar un delito doloso sino, a lo sumo, culposo. Y ciertamente así es. En el supuesto en que se produce culposamente la inimputabilidad sin que medie todavía dolo respecto al comportamiento típico no cabe apreciar un delito doloso, pues a ello se opone la propia estructura de la *actio libera in causa dolosa*. Pero podrá concurrir en tal supuesto un delito culposo libre *in se* si la omisión que origina la inimputabilidad constituye el peligro para el bien jurídico que el ordenamiento desapueba. La estructura de la *actio libera in causa dolosa* y *culposa* es objeto de estudio en el epígrafe siguiente al que aquí debemos remitirnos. Lo que ahora importa destacar es que en supuestos como el descrito permanecemos al margen de la *omissio libera in causa* y nos movemos dentro de la *actio libera in se*, frente a quienes invocan tales supuestos en apoyo de la llamada «doctrina de la anticipación» y afirman la presencia de una *comisión por omisión culposa libera in causa* (87). Ello debería llevar, consecuentemente, a rechazar la misma expresión «*actio*» *libera in omittendo*.

Por el contrario, según el criterio aquí seguido, la *actio libera in omittendo* constituye un verdadero delito de acción por lo que la problemática de la *omissio libera in causa* se reduce a las dos modali-

(87) En este sentido, *vid.* SILVA SÁNCHEZ: *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, 1986, pp. 270 y s. No procede reproducir aquí la crítica a la doctrina de la anticipación. Nos remitimos por ello a los epígrafes 1, 2 y 4.

dades antes mencionadas: *omissio libera in agendo* y *omissio libera in omittendo*.

Delimitado así su ámbito debemos todavía precisar, en primer lugar, si las hipótesis consideradas originan en verdad un delito de omisión impropia o comisión por omisión y no un delito de acción, y, en segundo lugar, y de admitirse que constituyen un delito de comisión por omisión, si éste es libre *in se* o *in causa*. Ambas cuestiones gravitan en torno al problema del comienzo de la tentativa en los delitos de comisión por omisión.

A nuestro modo de ver en los supuestos comprendidos bajo la expresión *omissio libera in causa* y particularmente en el supuesto problemático de la *omissio libera in agendo*, estamos ante delitos de comisión por omisión y no de acción. Momento decisivo no es el del impulso dado por el sujeto aún capaz para que la cadena causal se desarrolle (88) lo que llevaría a afirmar que se trata de un delito de acción. Lo decisivo es la *omisión de la acción debida*. Por ello si el sujeto que anula su propia capacidad no tiene el deber jurídico de actuar no realiza un comportamiento relevante, desde la perspectiva del delito de comisión por omisión, al omitir la acción que neutralizaría la situación de peligro (89).

Los momentos previos en que se produce la propia incapacidad no parece que constituyan tentativa de delito. El comienzo de la tentativa en los delitos de comisión por omisión constituye una cuestión enormemente discutida (90). Han sido propuestos diversos criterios de determinación: atender al primer momento en que se exige una intervención, por ejemplo, la primera vez que no se aporta alimentos al niño; atender al último momento en que aún cabe la intervención; al peligro concreto para el bien jurídico; al dominio del curso causal; al peligro complementado en el sentido de la teoría de la impresión, etc. Decidir si la producción de la propia incapacidad es ya comienzo de la tentativa está en función, en alta medida, de la concepción que se mantenga sobre el problema general del comienzo de la tentativa. De forma paralela a lo indicado al analizar la estructura de la *actio libera in causa*, cabe también ahora señalar que la producción de la propia incapacidad mediante hacer positivo u omisión no constituye peligro concreto, ni siquiera es una acción apta o apropiada para poner en peligro el bien jurídico en el sentido de los delitos de peligro hipotético, ni de forma necesaria ha de preceder inmediatamente al menoscabo del bien jurídico, sino que incluso puede ser muy anterior al momento en que se exija la intervención. Por tanto, como

(88) En otro sentido, LISZT: *Tratado de Derecho penal*, T. 2, *cit.*, p. 388.

(89) *Vid.* también SILVA SÁNCHEZ: *El delito de omisión*, *cit.*, p. 262, con amplia referencia a las diversas propuestas de fundamentación de la *omissio libera in causa*.

(90) MAURACH/GÖSSEL/ZIPF: *Strafrecht*, A.T., I, 2.º, 6. Aufl., Müller, 1984, pp. 27 y s.

en la *actio libera in causa*, en la *omissio libera in causa* la supresión de la propia capacidad no da comienzo a la tentativa (91). En consecuencia, quien estando en posición de garantía respecto al bien jurídico y con dolo o culpa respecto al resultado se coloca en situación de incapacidad omitiendo en el momento decisivo la acción debida deberá responder por la comisión por omisión *libera in causa* del delito de que se trate.

Podría objetarse, sin embargo, que si el sujeto ha suprimido previamente su *capacidad de acción* no puede «omitir» la acción debida pues, en rigor, sólo puede «omitir» quien está en situación de actuar, Ello lleva a autores como Roxin a rechazar la figura de la *omissio libera in causa* que «no toca el punto decisivo» y acudir a la figura jurídica del «omitir por hacer» que, por lo demás, tiene un radio de acción más amplio (92).

Ciertamente el sujeto carente de capacidad de acción *no puede* realizar la acción debida. Pero precisamente por ello se acude a la figura de la *omissio libera in causa*: porque la incapacidad de actuar procede de *su* comportamiento precedente se pone a cargo del agente el resultado típico invocándose la comisión por omisión *libera in causa*; esto es, porque la incapacidad de actuar es producida voluntariamente, quien tiene el deber de actuar es tratado *como si* hubiese tenido en el momento crítico la posibilidad de evitar el resultado (93).

Podría sostenerse que quien, por ejemplo, se embriaga o toma somníferos con la finalidad de omitir la acción debida (no evitar el accidente ferroviario) realiza una conducta que no difiere de la de aquel que con el mismo fin realiza, por ejemplo, un viaje (94). En ambos supuestos estaría presente una comisión por omisión *libera in se*. Tal equiparación, sin embargo, resulta insostenible.

En primer lugar, ni en la supresión de la propia capacidad ni en el desplazarse lejos del lugar comienza a realizarse el tipo. Por otra parte, podría entenderse que hay que valorar diferenciadamente el supuesto en que el sujeto, en posición de garantía, es incapaz de acción o inimputable debido a su conducta precedente del supuesto en que no se halla en el momento preciso en el lugar donde el ordenamiento jurídico esperaba de él la realización de una acción. En el

(91) Vid. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF: *Strafrecht*, A.T., I, 2.º, cit., p. 28. De modo diverso, estimando presente la tentativa en la *omissio libera in causa* (no, en cambio, en la *actio libera in causa*) desde el momento en que el autor pierde la capacidad de actuar responsablemente; pues ya entonces se considera presente un peligro inmediato para el bien jurídico, SCHÖNKE/SCHRÖDER/ESER: *Loc. cit.*, p. 290.

(92) ROXIN: *En el límite entre comisión y omisión*, en «Problemas básicos del Derecho penal», trad. de D.-M. Luzón Peña, Reus, 1976, pp. 227 y ss., especialmente, p. 229.

(93) ASÍ MAURACH: *Fragen der actio libera in causa*, cit., p. 377; en otro sentido, BERTEL: *Begehungs-oder Unterlassungsdelikt? Zu der Lehre von der actio libera in causa*, JZ, 1965, p. 53.

(94) LILIENTHAL: *Zurechnungsfähigkeit*, cit., pp. 35 y s.

primer supuesto el sujeto que ha producido su propia incapacidad realizaría una comisión por omisión *libera in causa*, pues en el momento decisivo en que omite la acción esperada falta la referibilidad de la acción a su voluntad, mientras que en el segundo supuesto sólo faltaría de hecho tal referibilidad: el sujeto no puede realizar físicamente la acción esperada, pero no es incapaz de acción en sentido técnico por lo que se trataría de una comisión por omisión *libera in se*. La posibilidad de actuar es una exigencia interna del concepto de omisión. Pero si la imposibilidad deriva de un desplazamiento del lugar donde el ordenamiento jurídico espera del sujeto la realización de una acción acaso pudiera sostenerse que no por ello deja de estar presente la *omissio libera in se*. De modo diverso pudiera considerarse, en fin, que ambos supuestos constituyen delitos de comisión por omisión *liberae in causa*. Como afirma Gimbernat, no puede hablarse de comportamiento pasivo cuando los datos objetivos de la situación hacen físicamente imposible la ejecución de la correspondiente acción (95). Pero si tal imposibilidad objetiva ha sido predisuelta por el autor acaso debiera apreciarse una *omissio libera in causa*.

Atendiendo a la antijuricidad cabe afirmar que ciertamente desde el momento en que el sujeto produce su incapacidad, como desde el momento en que se desplaza lejos sustrayéndose al deber de actuar, se origina un peligro de infracción de la norma preceptiva lo que podría fundamentar el tratamiento conjunto de los dos supuestos considerados como *acciones liberae in se*. Pero la infracción de la norma preceptiva que se encuentra en la base del deber de actuar y a través de la cual se infringe la norma prohibitiva sólo se realiza propiamente en el momento en que surge la situación de peligro para el bien jurídico y se omite la acción esperada y no antes. Entendemos, pues, que momento decisivo es la aparición del peligro para el bien jurídico y omisión simultánea del deber de actuar.

Por último, incluso si se admitiera que la llamada *actio* u *omissio praecedens* introduce un peligro de infracción de la norma preceptiva no cabría extraer de aquí consecuencias sobre el comienzo de la tentativa. Constituiría una perversión dogmática propugnar a partir de ello la anticipación del comienzo de la ejecución al momento de producción de la propia incapacidad —o al desplazarse lejos—, pues éste es un problema que afecta a la acción y no a la antijuricidad.

6. En el momento de la *actio praecedens* ha de estar presente un nexo psicológico doloso o culposo respecto del hecho típico realizado en situación de incapacidad. Esta afirmación presupone, por un lado, que decisiva es la posición psicológica respecto a la acción típi-

(95) Sobre la posibilidad de realizar la acción mandada como requisito conceptual de la omisión, y, en general, la posibilidad de acción como característica genérica del comportamiento, *vid.*, GIMBERNAT ORDEIG: *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*, en «ADPCP», 1987, pp. 588 y ss.

ca y no respecto a la producción de la propia incapacidad, y, por otro lado, el reconocimiento de la *actio libera in causa culposa* que un sector de la doctrina discute.

El problema del elemento psicológico se plantea en los mismos términos en la *actio* que en la *omissio libera in causa*. Lo que a continuación se indica vale, pues, para la *actio libera in causa* en sentido amplio, esto es, comprensiva también de la omisión.

Ejemplificativamente pueden diferenciarse al menos los siguientes supuestos: a) un sujeto, A, realiza una acción (precedente) dolosa, preordenada a la realización de un delito determinado. A se embriaga para darse ánimos y matar a su amigo B (*actio libera in causa dolosa*).

b) A se coloca en estado de inimputabilidad representándose y admitiendo la posterior realización de un hecho típico. A bebe en exceso representándose que en estado de embriaguez se enfrentará a B e incluso que puede llegar a matarle, lo que admite en su voluntad (*actio libera in causa dolosa*).

c) A se embriaga y se representa que si llega a perder el control sobre sí mismo puede dar muerte a su enemigo B —lo que efectivamente sucede—, pero espera que esto no se produzca (*actio libera in causa culposa*).

d) A bebe en exceso sin representarse —pero pudiendo haberse representado— que, embriagado plenamente, no guardará el cuidado debido y puede matar a B, como realmente acontece (*actio libera in causa culposa*).

e) A bebe imprudentemente y en estado de inimputabilidad mata dolosamente a B. Es discutible la presencia en este supuesto de una *actio libera in causa*.

Mientras en los supuestos a), b), c) y d) está presente una posición psicológica dolosa [a) y b)] o culposa [c) y d)] respecto de la acción típica ya en el momento de la *actio praecedens*, en el supuesto e), tal como ha sido enunciado, en el momento en que el sujeto siendo todavía capaz realiza la *actio praecedens* está ausente el dolo que concurre, sin embargo, al tiempo de la realización de la acción típica. O más precisamente, la posición psicológica del sujeto cuando aún es imputable difiere de la presente en el momento de la acción cuando es inimputable.

Lo primero que hay que establecer con relación a este supuesto es si cabe admitir que un inimputable actúe dolosamente. Esta cuestión debe ser contestada afirmativamente desde los presupuestos de la teoría finalista del delito. El inimputable es incapaz de comprender lo injusto (y de determinarse conforme a dicha comprensión), pero la conciencia de la antijuricidad no forma parte del dolo según la concepción finalista del delito. Así pues, el inimputable es capaz de dolo (96). La dirección tradicional o doctrina neoclásica, en cambio,

(96) Otra cuestión es que la imputabilidad exija un momento psicológico o voliti-

ha de matizar la posibilidad de un comportamiento «doloso» del inimputable; el dolo reclama la conciencia de la antijuricidad (*dolus malus*); el inimputable incapaz de conocer la significación antijurídica de su comportamiento no podrá actuar dolosamente; es cuestionable que el inimputable incapaz de determinarse conforme a su comprensión del injusto (al que falta el momento volitivo de la imputabilidad) pueda actuar dolosamente.

Por otra parte, como ya se indicó, el supuesto considerado muestra su singularidad desde la perspectiva del enlace psicológico entre la *actio praecedens* y la acción típica, pues a diferencia de los supuestos a), b), c) y d) no hay un propio nexo psicológico: lo que empieza siendo comportamiento imprudente se transforma en acción típica dolosa.

La hipótesis considerada permite formular la siguiente cuestión: ¿en la *actio libera in causa dolosa* es decisiva la posición psicológica (dolo) del autor, respecto de la acción típica conducente en su caso al resultado, ya en el momento de la *actio praecedens*? ¿Es preciso además el dolo respecto de la producción de la propia incapacidad?

Tanto si se entiende que basta, en el momento de la *actio praecedens*, el dolo respecto de la acción típica como si se exige también respecto de la causación de la propia incapacidad y, por tanto, se reclama una doble posición psicológica «dolosa», parece que hay que rechazar en el supuesto considerado (e) una responsabilidad a título de *actio libera in causa dolosa* no porque el inimputable no pueda actuar dolosamente, sino porque ausente el dolo respecto del resultado típico cuando el sujeto es aún capaz no puede estimarse la presencia de una acción *dolosa libera in causa*.

La *actio libera in causa dolosa* presupone la concurrencia del dolo directo, mediato o eventual cuando el sujeto es aún capaz de acción o imputable. Puede afirmarse incluso que esto es lo decisivo siendo indiferente que el sujeto produzca dolosamente su incapacidad o que ésta se halle enlazada a su actuar imprudente. Así Maurach no duda en admitir responsabilidad a título de dolo en el supuesto del autor que se embriaga culposamente, pero con la voluntad de matar a su enemigo en el caso de que el consumo de alcohol le llevara a la exclusión de la imputabilidad (97). Quien se embriaga culposamente, pero con la voluntad de matar, actúa *ab initio*, esto es, cuando aún es imputable, con dolo respecto al resultado típico.

vo: la capacidad de determinarse conforme a la comprensión de lo injusto, lo que constituye un importante escollo para la teoría finalista del delito que se ve obligada a admitir un autor que actúa dolosamente a pesar de que es incapaz de determinarse conforme a su conocimiento.

(97) MAURACH/ZIPF: *Strafrecht*, A.T., I, 1.º, cit., p. 472; MAURACH: *Fragen der actio libera in causa*, cit., p. 376; vid., también, HRUSCHKA: *Methodenprobleme...*, cit., p. 73, nota 30.

En los supuestos de imprudencia respecto a la causación de la propia inimputabilidad puede suceder que el sujeto esté ya resuelto a cometer el delito, o que, siendo consciente de que la inimputabilidad puede sobrevenirle (98), se represente que puede cometer en tal estado un hecho delictivo, lo que admite en su voluntad, o se represente éste como una consecuencia necesariamente unida a su actuar. No hay entonces obstáculo para admitir una *actio libera in causa dolosa*.

El criterio, sostenido por un amplio sector doctrinal (99), que estima preciso también el dolo respecto de la producción de la propia incapacidad y que lleva incluso a hablar de la exigencia de un doble dolo, no puede ser compartido. Tal criterio permite ciertamente sustraer del marco de las *actiones liberae in causa dolosas* los casos en que, existente la resolución de cometer un delito, sin embargo no se produce voluntariamente la situación de incapacidad, como en el conocido supuesto de quien, decidido a cometer un delito determinado, toma una bebida en la que se ha vertido alcohol sin su conocimiento. Pero a la misma solución se llega también si se sostiene que no es preciso el dolo respecto de la causación de la propia incapacidad, pues, en el citado supuesto, si bien el sujeto bebe voluntariamente y está resuelto a cometer el delito no produce, sin embargo, espontáneamente, «libremente», su propia inimputabilidad. La acción típica realizada en situación de actual ausencia de «libertad» no puede ser referida a un hacer precedente «libre»: hay que rechazar la *actio libera in causa dolosa* no por la ausencia de dolo respecto de la embriaguez, sino porque el sujeto ni siquiera fue consciente de que la inimputabilidad le sobrevenía.

Distinto es el supuesto en que media imprudencia respecto de la producción de la propia incapacidad y ulteriormente se comete el delito dolosamente (supuesto e): el sujeto bebe en exceso y se representa que puede caer en un estado de inimputabilidad (o la hipótesis, más discutible, del sujeto que bebe representándose la disminución de su capacidad pero no que llegaría a ser inimputable); no parece que pueda admitirse entonces una *actio libera in causa dolosa*; a lo sumo, si la la acción imprudente que origina la incapacidad puede estimarse

(98) La inimputabilidad sobrevenida sin que el sujeto sea consciente de ello permanece fuera del ámbito de las *actiones liberae in causa*.

(99) Así afirma JESCHECK: «Una *actio libera in causa dolosa* concurre cuando el autor ha provocado dolosamente su incapacidad de culpabilidad... y comete en este estado de forma dolosa aquella acción típica a la que iba dirigido su dolo ya en el momento de la *actio praecedens*», *Tratado...*, T. 1, cit., p. 611; *vid.*, también, SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER: *Loc. cit.*, p. 266; JAKOBS: *Strafrecht*, A. T., cit., p. 416; ROXIN, *Bemerkungen zur actio libera in causa*, cit., pp. 320 y ss., en el mismo sentido también GÓMEZ BENÍTEZ, «La responsabilidad por hecho doloso exige que el sujeto actúe dolosamente en relación a la provocación del estado de inconsciencia o fuerza mayor y al delito a cometer en tal estado», *Teoría jurídica del delito*, cit., pp. 113 y 477.

comienzo de ejecución deberá verse un delito culposo «libre» *in se* no *in causa* en los términos que se indican al final del presente epígrafe.

La *actio libera in causa dolosa* no reclama un doble dolo. Decisivo es el dolo respecto del hecho típico. La *actio praecedens* no precisa ser captada por el dolo del autor. Se tratará de una *actio libera in causa dolosa* siempre que el sujeto cause *conscientemente* su incapacidad y, siendo aún capaz, esté resuelto a cometer el delito, se haya representado y tomado a su cargo la producción del mismo o se lo represente como necesariamente unido a su actuar.

En la conducta del *inimputable* del supuesto (e) el dolo no deja de estar presente al tiempo del hecho. No basta que el sujeto que causa imprudentemente su inimputabilidad capte con su dolo la producción de un delito determinado cuando aún es imputable. La persistencia del dolo al tiempo del hecho debe de ser exigida si se quiere evitar que la imputación del delito a título de dolo pueda suponer una recaída en el *versari in re illicita*. Ello es conforme con los presupuestos de la teoría finalista del delito y acaso se concilie en parte con la llamada dirección tradicional o dogmática neoclásica, como ya quedó expuesto.

En supuestos de *incapacidad de acción* la cuestión se plantea en términos algo diversos. En el actuar bajo fuerza irresistible provocada por el propio sujeto, por ejemplo, se produce una separación entre el plano externo, objetivo, de la acción y el momento subjetivo del dolo. Pero lo decisivo en tal supuesto no es la anticipación del dolo, o que se trate de una acción dolosa *in causa*; decisiva es la capacidad de acción *in causa* y la presencia entonces de un nexo psicológico doloso.

En la *actio libera in causa culposa* es decisiva también la posición psicológica del autor respecto del hecho típico. Está presente una *actio libera in causa culposa* si se causa la propia incapacidad culposamente y se produce un hecho delictivo previsible y evitable —como en los casos enunciados antes, c) y d)—. Pero también está presente una *actio libera in causa culposa* si el sujeto suprime consciente y voluntariamente su imputabilidad representándose o pudiéndose representar que, incapaz de actuar debidamente, cometería un delito determinado. Decisiva es la posición interna respecto del hecho típico y en este sentido cabría afirmar que, aún cuando se suprima consciente y voluntariamente la imputabilidad o la capacidad de acción, el supuesto considerado constituye una *actio libera in causa culposa*.

En la *actio libera in causa culposa* —como en la dolosa—, la acción típica se realiza siendo el sujeto incapaz. Momento decisivo es el de la realización del comportamiento subsumible en un tipo penal. Ciertamente el *inimputable* no puede actuar con la diligencia debida y, por tanto, podría verse una auténtica contradicción en la admisión del «delito culposo de un *inimputable*». Un amplio sector doctrinal

entiende que se responde por la imprudencia anterior (100). Sin embargo, referible a un momento anterior es, exclusivamente, la producción de su incapacidad (de acción, de culpabilidad) del sujeto presente al tiempo del hecho. Al inimputable, por ejemplo, incapaz de observar el deber objetivo de cuidado, no se le imputa el hecho típico por la culpa precedente, sino porque es imputable en el momento de realizar la acción precedente. Con la producción de la propia inimputabilidad el sujeto acepta, ciertamente, una actividad peligrosa que es incapaz de controlar. Pero como indica Maurach la aceptación de una actividad peligrosa es un elemento integrante del delito culposo. En este sentido, la llamada «anticipación» de la culpa no es una especificidad de la *actio libera in causa culposa*, sino elemento del delito culposo. No hay diferencia, dice Maurach, entre quien a pesar del agotamiento continúa conduciendo y, adormecido al volante, causa un accidente (*actio libera in causa culposa*) y el curandero que acepta un tratamiento que no puede dirigir y que finaliza con la muerte del paciente (101). Si en el primer caso, y no en el segundo, se habla de *actio libera in causa* es porque en el momento decisivo el sujeto es incapaz.

Sin embargo, si se entiende que se desata la acción típica desde el momento en que el sujeto, consciente de que el sueño le sobreviene, no disminuye o detiene la marcha, sino que acepta la acción peligrosa (no el resultado, lo que fundamentaría el dolo eventual), entonces hay que afirmar que la incapacidad sobreviene *durante la ejecución* y, de acuerdo con los presupuestos desarrollados anteriormente (epígrafe 4, b), no concurre una *actio libera in causa culposa*, sino un delito culposo sin más. La *actio libera in causa culposa* debe limitarse a supuestos en que la incapacidad es previa al comienzo de la ejecución típica. A este respecto es preciso determinar si el embriagarse, dormirse, etc., origen del comportamiento imprudente, constituye el peligro jurídicamente desaprobado. Sólo si se entiende que en la producción de la propia incapacidad o en su aceptación no cabe ver aún el peligro típico se puede admitir la *actio libera in causa culposa*. Si, de modo diverso, se entiende que la entoces mal llamada *actio praecedens* integra ya el peligro desaprobado jurídicamente estará presente sin más el delito culposo; la incapacidad sobrevinida durante la ejecución sería indiferente para el delito culposo previamente afirmado; carecería, por tanto, de sentido invocar la figura de la *actio libera in causa culposa*, como, asimismo, entender que se responde por la imprudencia anterior (102).

(100) Vid. las indicaciones contenidas *supra* nota 6. En prensa este trabajo publica HETTINGER, *Zur Strafbarkeit der "fahrlässigen actio libera in causa"*, en «GA», 1, 1989, pp. 1 y ss. Del mismo autor es el libro, aparecido después de concluido este estudio, *Die "actio libera in causa"*, Duncker und Humblot, Berlín, 1988.

(101) MAURACH: *Fragen der actio libera in causa*, cit., p. 380.

(102) La jurisprudencia del Tribunal Supremo invoca por lo general la figura de

También el delito doloso presenta el momento del peligro (103). Pero como ya se indicó (epígrafe 4, a), la producción de la propia incapacidad no constituye en ningún caso una acción peligrosa desde la perspectiva del tipo de delito doloso que venga en consideración.

7. El hecho típico realizado en situación de embriaguez plena excluyente de la imputabilidad no origina responsabilidad juridicope-nal alguna, aunque aquella se haya producido «culpablemente», si no hay un enlace psicológico entre el hecho típico y el hacer precedente y, por tanto, la estructura de la *actio libera in causa* no se cumple.

Sin embargo, determinados Códigos penales, como el de la República Federal Alemana, el suizo y el austríaco, tipifican la citada conducta autónomamente como delito de embriaguez (104). Este delito

la *actio libera in causa culposa*. Así la S. 5 de diciembre de 1985 (A. 5994) indica: «...es doctrina ya hecha "cuerpo jurisprudencial" de esta Sala, que en estos casos se va pasando por varios estadios, el de vigilia, el de fatiga, el estado crepuscular de somnolencia de cierta duración, hasta el sueño en que se pierde la consciencia total, con la interrupción absoluta de las facultades psíquicas y físicas y la falta de todo control humano sobre la actividad desarrollada. Estudiando este estado de somnolencia... se manifiesta con claros síntomas de tendencia al letargo, pórtico del sueño, en el que un conductor de precisión media y normal, atisba una serie de peligros que se escapan de su potencialidad física y psíquica, por lo que si es medianamente previsor y consciente de que el día anterior ha dormido insuficientemente... debe interrumpir inmediatamente la conducción, y tomar las medidas adecuadas de descanso para evitar todos aquellos peligros que un conductor medio sabe gravitan sobre su actividad». «Al no hacerlo así el recurrente, además de su responsabilidad plena que ciertamente no elude se coloca voluntariamente en situación de riesgo dando vida a la «actio libera in causa» en su forma culposa de culpa consciente o con representación de los riesgos infinitos que asume voluntariamente y, por tanto, su conducta entra de lleno en la imprudencia grave o temeraria...» *Vid.* también la S. 11 de julio de 1986 (A. 4311), que señala: «...es doctrina reiteradísima de esta Sala que si a consecuencia de la ingestión de bebidas alcohólicas, el conductor de un vehículo de motor causa un resultado dañoso, su conducta ha de estimarse necesariamente constitutiva de imprudencia temeraria siquiera, para ello, sea necesario proyectar al campo culposo la doctrina de las "actio libera in causa", pues el sólo hecho de conducir en estado de embriaguez entraña una conducta temeraria, ya que una hemoconcentración de alcohol etílico en sangre de 2,40 gramos por mil, produce inevitablemente retardo en las reacciones, dispersa la atención, produce incoordinación e incapacita para conducir automóviles...»

(103) TORIO LÓPEZ: *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, cit., pp. 33 y ss.; y ya antes en: *Acción y resultado típico en la etapa procesal*, Libro Homenaje al Prof. Antón Oneca, Universidad de Salamanca, 1982, pp. 886.

(104) El párrafo 323 a) del Código penal alemán establece: «Embriaguez plena: 1.—Quien se sitúa dolosa o culposamente mediante bebidas alcohólicas u otros medios embriagantes en un estado de embriaguez, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa, si en esta situación comete un hecho antijurídico y no puede ser castigado por él porque a consecuencia de la embriaguez era incapaz de culpabilidad o porque no se puede excluir esto. 2.—La pena no puede ser más grave que la conminada para el hecho cometido en estado de embriaguez. 3.—El hecho se perseguirá sólo por querrela, con autorización o por petición penal, si el hecho cometido en embriaguez sólo pudiera ser perseguido por querrela, con autorización o por petición penal.»

El art. 263 del Código penal suizo prevé: «Hechos cometidos en estado de inimputabilidad culpable»: «Quien, estando en situación de inimputabilidad por embriaguez o intoxicación causadas culpablemente por él mismo, haya cometido un acto sanciona-

viene en aplicación si, en la situación concreta, no está presente una *actio libera in causa* (105) por no existir un enlace psicológico entre la acción precedente y el hecho típico realizado en situación de inimputabilidad. El delito de embriaguez plena surge como respuesta legislativa ante la alarmante frecuencia de comportamientos como los que el tipo pretende captar, sometiendo a pena criminal la embriaguez plena conectada a un hecho delictivo respecto al cual no media, sin embargo, dolo ni culpa. El reconocimiento legislativo de esta figura se presta a graves reparos como señala Hassemer. El hecho mismo de embriagarse es conforme a las normas sociales y jurídicas, y el hecho cometido en embriaguez lo realiza un sujeto inimputable: «los argumentos en favor del parágrafo 323 aStGB son... bastante inconsistentes desde el punto de vista sistemático y jurídico-ético, oscilando entre dos posiciones insostenibles: que el fundamento penal de la embriaguez plena es el embriagarse (en contra de lo cual hablan las normas sociales y las restantes normas jurídicas), o que lo sea el hecho ejecutado en estado de embriaguez (en contra de esto habla el parágrafo 20 StGB) (106).

El StGB de la República Democrática Alemana contempla este fenómeno en la parte general como un supuesto en que se somete a pena a quien haya causado culpablemente su inimputabilidad. En interés de la prevención de la criminalidad y de la protección de la sociedad —se indica en Comentarios al Código penal (107)— frente a ataques del embriagado plenamente está justificado situar bajo pena la inimputabilidad causada culpablemente (108).

El Código penal español no regula el supuesto en que aparezca conectada a la embriaguez plena la realización de un hecho típico

do como crimen o delito será castigado con prisión no superior a seis meses o multa. La pena será prisión si la reclusión es la única pena prevista por la norma que sanciona el hecho cometido en este estado.»

Y el parágrafo 287 del Código penal austriaco, bajo la rúbrica «Comisión de una acción sancionada con una pena en estado de embriaguez plena» establece: «1) Será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con pena de multa de hasta 360 fracciones de un día, el que, aún cuando sólo sea culposamente, se haya colocado en un estado de embriaguez excluyente de la imputabilidad por la ingestión de alcohol o el uso de otras bebidas que produzcan embriaguez, si en este estado comete un hecho que, de no ser por él, le sería imputado como crimen o delito. Sin embargo, la pena no será más severa por su clase y cuantía que la que señale la ley al hecho cometido en estado de embriaguez. 2) Si la acción sancionada con una pena realizada en estado de embriaguez sólo fuera perseguible con autorización del ofendido, el autor sólo será perseguible si media denuncia, querrela o autorización de éste.»

(105) Sobre la relación entre la *actio libera in causa* y el delito de embriaguez, vid. MURACH/ZIPF: *Strafrecht*, A.T., cit., p. 473.

(106) HASSEMER: *Fundamentos de Derecho penal*, trad. de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Bosch, 1984, pp. 237 y s.

(107) AMBOß y otros: *Strafrecht der Deutschen Demokratischen Republik, Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5. Aufl. Staatsverlag, Berlín, 1987, p. 77.

(108) Según el parágrafo 15 (3) «quien se coloca culpablemente en un estado de embriaguez excluyente de la imputabilidad y en esta situación comete una acción amenazada con pena será castigado según la ley lesionada».

que el sujeto ni siquiera pudo representarse. Sin embargo, la embriaguez es tomada en cuenta en la configuración del delito de peligro abstracto del art. 340 bis a) 1.º (109) de conducción de un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes (110). La interpretación teleológica del precepto lleva a exigir que la capacidad de conducción del sujeto se halle, al menos, disminuida o notablemente afectada por la influencia del alcohol, drogas tóxicas o estupefacientes. Para ello no basta constatar la concentración del mínimo de 0,80 grados de alcohol por cada 1.000 cm³ de sangre, sino la real *influencia* del alcohol en la capacidad de conducir. Desde la perspectiva del bien jurídico no es preciso un peligro real, efectivo, pero sí una acción apta o apropiada, en el sentido de los delitos de peligro (abstracto) posible o hipotético (111), lo que remite a una capacidad de conducción al menos reducida *bajo la influencia* del alcohol, drogas tóxicas o estupefacientes.

Puede suceder que, en conexión con la conducción peligrosa, se produzca culposamente un hecho típico (homicidio, lesiones, daños). Y en la situación concreta puede suceder también que, bajo la influencia de las bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, el sujeto se halle en estado de trastorno mental transitorio excluyente de la imputabilidad. El fenómeno delictivo presenta entonces una es-

(109) También cabe citar la falta del art. 570.3, que alcanza a «los que causaren perturbación o escándalo con su embriaguez». La configuración legal de esta falta suscita diferentes cuestiones sobre las que no podemos detenernos: así, si la embriaguez llega a excluir la imputabilidad, ¿es preciso para que concorra responsabilidad penal que el sujeto haya pretendido, siendo aún imputable, causar perturbación o escándalo, conforme a la figura de la *actio libera in causa dolosa*?, ¿bastaría que se lo hubiera podido representar, concurriendo entonces una *actio libera in causa culposa*, supuesto que se admita, lo que parece muy dudoso, que la falta del art. 570.3 a pesar de hallarse bajo la rúbrica «De las faltas contra el orden público» atenta contra las personas y puede cometerse culposamente? O, por el contrario, como parece defendible, ¿no es preciso enlace psicológico alguno traspasándose el marco de las *actiones liberae in causa* con una técnica similar a la del delito de embriaguez plena de los Códigos alemán, suizo y austriaco citados frente a la que, como se ha dicho, cabe oponer graves objeciones? ¿Son la perturbación y el escándalo simples condiciones objetivas de punibilidad? La falta del artículo 570, 3.º, es suprimida por el Proyecto de Ley Orgánica de actualización del Código penal que en el momento de corregir pruebas de este trabajo se halla pendiente de ratificación por el Congreso.

(110) Es considerado delito de peligro abstracto por CEREZO MIR, en: *El versari in re illicita y el párrafo tercero del artículo 340 bis a) del Código penal español*, en «ADPCP», 1970, p. 289.; ESCRIBA GREGORI: *Acerca del art. 340 bis a) núm. 2 y la norma concursal del penúltimo párrafo del mismo*, en «Rev. Jurídica de Cataluña», 1974, p. 675. También entiende que no es preciso «un riesgo específico» RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español, P.E.*, 10.ª ed., Dykinson, 1987, p. 1049. Pero MUÑOZ CONDE exige «un mínimo de peligro para los bienes jurídicos», *Derecho penal, P.E.*, 6.ª ed., 1985, p. 411. Vid. también GÓMEZ PAVÓN: *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, Bosch, 1985, pp. 116 y ss., y DE LA CUESTA ARZAMENDI: *El marco normativo de las drogas en España*, en «RGLJ», 1987, pp. 406 y ss.

(111) TORIO LÓPEZ: *Los delitos de peligro hipotético. Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto*, en «ADPCP», 1981, Homenaje a Antón Oneca, pp. 828 y 831 y ss.

estructura que en verdad no difiere de la *actio libera in causa culposa*, siempre que el sujeto aún imputable al menos se haya podido representar la producción del resultado (111 bis).

La relación en que se halla el delito producido (homicidio culposo, por ejemplo) y el delito previsto en el art. 340 bis a) 1.º es discutida. Si se admite que éste es un delito de peligro abstracto pudiera sostenerse que se está ante un concurso (ideal) de delitos, no siendo de aplicación entonces la regla del párrafo segundo del art. 340 bis a) que establece que «cuando de los actos sancionados en este artículo... resultare, además del riesgo prevenido, lesión o daño, cualquiera que sea su gravedad, los Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada» y que resuelve un concurso de leyes (112). La conceptualización del art. 340 bis a) 1.º como delito de peligro (abstracto) hipotético deja abierta, sin embargo, la cuestión de la apreciación de un concurso de leyes si la acción apta para poner en peligro un bien jurídico (la seguridad en el tráfico) lesiona un bien jurídico ciertamente distinto (la vida humana, por ejemplo), pero que se halla en la misma línea de progresión de la acción peligrosa. Vendría entonces en consideración el art. 340 bis a), párrafo segundo (113)

Cualquiera que sea el criterio que se adopte —concurso de leyes o concurso (ideal) de delitos— a los efectos del presente trabajo importa sólo llamar la atención sobre el fenómeno delictivo consistente en conducir un vehículo de motor bajo influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes de tal intensidad que origina un trastorno mental transitorio y causación entonces de un hecho típico previsible (homicidio, por ejemplo). En tal supuesto viene en consideración, sea

(111 bis) SILVA SÁNCHEZ, en un artículo aparecido después de ser enviado el presente trabajo para su publicación, hace referencia a la cuestión distinta, y sin duda polémica, de la comisión *libera in causa* del delito del artículo 340 bis a) 1.º, *vid. La embriaguez atenuante o eximente en el delito del artículo 340 bis a) 1.º (A la vez, algunas observaciones sobre la doctrina de la "actio libera in causa")*, en «Revista de Derecho de la Circulación», 4/1988, pp. 170 y ss.

(112) Sobre la evolución de la jurisprudencia que ha apreciado concurso ideal e incluso concurso real de delitos, *vid. ESCRIBA GREGORI: Acerca del art. 340 bis a) núm. 2 y la norma concursal...*, *cit.*, pp. 676 y ss. Sobre la naturaleza de esta norma concursal, *vid. GÓMEZ PAVÓN: El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, *cit.*, pp. 187 y ss. La referida norma concursal pasa al artículo 340 bis c) en el Proyecto de Actualización del Código penal, citado *supra nota* 109.

(113) En favor de la aplicación del párrafo segundo al delito tipificado en el art. 340 bis a) 1.º también ESCRIBA GREGORI: *Acerca del art. 340 bis a) núm. 2 y la norma concursal...* *cit.*, pp. 674 y ss. COBO DEL ROSAL, *Significación general del penúltimo párrafo del artículo 340 bis a) del Código penal para los "delitos contra la seguridad del tráfico"*, en «Delitos contra la seguridad del tráfico y su prevención», Universidad de Valencia, 1975, pp. 64 y ss. En contra, CEREZO MIR: *El versari in re illicita...*, *cit.*, p. 289, y RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español, P.E.*, *cit.*, p. 1049. *Vid. también GÓMEZ PAVÓN: El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, *cit.*, p. 208.

a efectos del art. 71 (concurso ideal de delitos) sea a efectos del art. 340 bis a) párrafo segundo (concurso de leyes), por una parte el delito de peligro abstracto del art. 340 bis a) 1.º y, por otra, un *homicidio culposo «libre» en su causa*. Precisamente con relación a supuestos como el descrito la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente sobre la figura de la *actio libera in causa culposa* (114).

8. En el sistema penal español, como ya se ha indicado, no existe un reconocimiento legislativo de la *actio libera in causa culposa*. Por otra parte, tampoco la *actio libera in causa dolosa* alcanza un reconocimiento legal pleno.

La figura de la *actio libera in causa* puede ser estudiada en el sistema vigente a partir de la regulación del trastorno mental transitorio. El trastorno buscado de propósito para delinquir no exime de responsabilidad. Al exigir el art. 8.1.º que el trastorno no haya sido buscado de propósito para delinquir admite *implícitamente* la figura de la *actio libera in causa dolosa preordenada al delito*. Se deberá responder por el hecho cometido (no por la *actio praecedens*) como si no hubiese concurrido al trastorno. Y así, la embriaguez conforme a dicha comprensión, no exime si fue buscada con el propósito de cometer un delito (determinado).

Pero si el sujeto siendo aún capaz previó o pudo prever la comisión del hecho típico, o respecto al mismo medió dolo mediato o eventual, no está excluida por el Código la posibilidad de apreciar al trastorno mental transitorio. Sin embargo, un sector de la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo entienden que cabe invocar en tales casos la figura de la *actio libera in causa culposa* (115). Se rechaza

(114) Vid. S. 26 de junio de 1979 (A. 2775); vid. también S. 18 de noviembre de 1980 (A. 4513). La S. 27 de abril de 1977 (A. 1834) sigue el criterio de la absorción de otras conductas por el delito culposo libre en su causa. A ello se refiere también la S. 8 de noviembre de 1978 (A. 3419).

(115) En favor de la relevancia de la *actio libera in causa culposa*, vid. ANTÓN ONECA: *Derecho penal, P.G., cit.*, p. 302. Para MIR PUIG en la expresión lega «de propósito» cabe incluir todas las formas de dolo; pero por otra parte admite la *actio libera in causa culposa*, vid. *Derecho penal, P.G., cit.*, pp. 509 y s. La jurisprudencia del Tribunal Supremo exige, bajo la influencia del Código penal de 1932, el origen fortuito para apreciar el trastorno mental transitorio. Sobre la doctrina jurisprudencial dominante, vid. LORENZO SALGADO: *Las drogas en el Ordenamiento Penal Español*, 2.ª ed., Bosch, 1983, pp. 40 y ss. En contra, vid. CÓRDOBA RODA: *Comentarios...*, I, *cit.*, pp. 419 y ss. y 422, y ya antes en *Las eximentes incompletas en el Código penal*, Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos, Oviedo, 1966, p. 59; también de *lege lata*, DÍAZ PALOS: *Teoría General de la imputabilidad, cit.*, p. 238; CEREZO MIR: *El tratamiento de los semiimputables, cit.*, pp. 26 y s.; FERNÁNDEZ ALBOR: *Aspectos penales y criminológicos de las toxicomanías*, en «Ensayos Penales», Santiago de Compostela, 1974, p. 28; LOREZO SALGADO: *Las drogas...*, *cit.*, pp. 50 y ss.; GONZÁLEZ RUS: *La embriaguez como causa de exención o atenuación de la responsabilidad criminal en el Código vigente y en el Proyecto de 1980*, en «CPC», núm. 18, 1982, pp. 457 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO: *Derecho penal, P.G.*, II, *cit.*, p. 79; SAINZ CANTERO: *Lecciones de Derecho penal, P.G.*, III, Bosch, 1985, pp. 31 y s.

za así el trastorno mental transitorio aunque éste no sea preordenado al delito y sólo fuera «causado» culposamente. Incluso en situaciones de drogodependencia se admite la imputación del hecho cometido bajo el síndrome de abstinencia si el sujeto previó o pudo prever la realización del delito (116).

Mediante el recurso a la figura de la *actio libera in causa* se desborda el límite establecido expresamente a la apreciación del trastorno mental transitorio, a saber, que se haya buscado de propósito para delinquir. El Tribunal Supremo exige que el trastorno sea en su origen fortuito: así, sólo constituye trastorno mental transitorio completo la embriaguez que, atendiendo a la intensidad de sus efectos, sea plena, y atendiendo a su origen, fortuita (117).

Aparece, pues, una *doble exigencia*. Por una parte, internamente al trastorno, la absoluta perturbación de la consciencia. Se traza así el límite con la «eximente incompleta» de trastorno mental transitorio (art. 9.1.^a en relación con el art. 8.1.^o del Código penal) y con la atenuante de embriaguez (art. 9.2.^a, que a su vez puede ser «muy calificada», art. 61.5) que constituyen sendos supuestos de imputabilidad disminuida o capacidad limitada de autodirección en los que la perturbación de la consciencia va gradualmente en descenso. Por otra parte, un requisito externo al trastorno, el origen fortuito. Esta exigencia, que es reclamada también para la apreciación de la eximente incompleta del art. 9.1.^a (118), no sólo carece de fundamento legal, sino que desconoce que la embriaguez voluntaria (no preordenada al delito) o culposa, como destaca Cerezo Mir, no supone siempre culpa respecto al delito cometido en estado de embriaguez (119). En la aspiración por restringir el ámbito del trastorno mental transitorio y otorgar relevancia a las *acciones liberae in causa dolosas y culposas*, el Tribunal Supremo establece un requisito, el origen fortuito, que reclamado aisladamente, es decir, desconectado de la exigencia de que la producción del trastorno esté enlazada psicológicamente a la realización del hecho delictivo, extiende la responsabilidad más allá de los límites propios de la *actio libera in causa*.

Por otra parte, no se establece paralelamente la exigencia del origen fortuito para la apreciación de la atenuante de embriaguez. La apreciación de este atenuante se hace depender exclusivamente de que

(116) El Tribunal Supremo se muestra reacio a admitir la apreciación de una eximente en tales supuestos. Sobre la doctrina jurisprudencial, *vid.* SILVA SÁNCHEZ: *La estructura de la «actio libera in causa» en los delitos cometidos bajo un síndrome de abstinencia de drogas*, *cit.*, pp. 1 y ss.; *vid.* también *supra* epígrafe 4 c).

(117) *Vid.*, por ejemplo, S. 29 de octubre de 1984 (A. 5107). También, ROMERO SIRVENT/GÓMEZ PAVÓN: *Enajenación mental y trastorno mental transitorio*, en «La Ley», núm. 1108, 1985, p. 7.

(118) Sin embargo, *vid.* S. 24 de octubre de 1981 (A. 3878). En el sentido del texto, *vid.*, por ejemplo, S. 30 de septiembre de 1983 (A. 4599).

(119) CEREZO MIR: *El tratamiento de los semiimputables*, *cit.*, p. 27.

no esté preordenada al delito, es decir, de que no haya sido buscada *con propósito* de delinquir (aparte del requisito de la no habitualidad, del art. 9.2.^a) (120). Según esto, la atenuante puede ser tomada en consideración incluso si el sujeto, antes de que su consciencia se hallara efectivamente perturbada, se representa y toma a su cargo la producción del delito o lo considera necesariamente unido a su actuar. La atenuante de embriaguez, cuya *ratio* o fundamento reside en la imputabilidad disminuida, no se somete, por tanto, a los principios de la *actio libera in causa* y es apreciada incluso si media un enlace psicológico doloso, siempre que no se trate del dolo directo o de primer grado, entre su producción y el hecho típico realizado.

Sin embargo, la doctrina informadora de la *actio libera in causa* es sin duda aplicable a situaciones de capacidad limitada de autodirección. La capacidad disminuida de culpabilidad, como la incapacidad de culpabilidad, ha de establecerse en atención al momento decisivo de la realización del hecho; pero si tal situación es efecto de una *actio praecedens*, enlazada psicológicamente al hecho típico, entonces debe venir en consideración la figura de la *actio libera in causa* (121). Así el Código penal suizo somete al mismo régimen la inimputabilidad y la imputabilidad disminuida al establecer el art.12 la no apreciación de las causas de inimputabilidad (art. 10) o de capacidad limitada de autodirección (art. 11) si la grave alteración o la perturbación de la consciencia ha sido provocada por el propio sujeto con el designio de cometer el delito.

El sistema español de las circunstancias generales no se opone a la viabilidad de esta doctrina: las circunstancias atenuantes que afectan a la imputabilidad, es decir, que contemplan supuestos de imputabilidad reducida —la embriaguez (art. 9.2) y acaso arrebató, obcecación u otro estado pasional de semejante entidad (art. 9.8)— sólo deberían ser apreciadas, conforme a los principios de la *actio libera in causa*, si su producción no está enlazada psicológicamente a un hecho típico (doloso) determinado. La cuestión no se plantea en el delito culposo, pues la ley faculta a los Tribunales para que apliquen la pena del delito culposo «a su prudente arbitrio» sin sujetarse a las reglas establecidas en atención a las circunstancias (art. 565, párrafo tercero, del Código penal).

La doctrina de la *actio libera in causa* aparece reflejada en la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal de 1983 en términos más amplios que los actuales. En primer lugar, en la regulación del trastorno mental transitorio (art. 22.1.º) al exigir que éste «no hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el

(120) Sobre la doctrina jurisprudencial respecto a la atenuante, *vid.* CORDOBA RODA: *Comentarios...*, I, *cit.*, p. 420. También SS. 13 de febrero de 1982 (A. 859), 18 de marzo de 1982 (A. 1726) y 30 de septiembre de 1983 (A. 4599).

(121) SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER: *Loc. cit.*, p. 270.

delito o hubiera previsto o podido prever su comisión» (122). Una fórmula paralela contiene el art. 22.2.º sobre la «intoxicación plena producida por bebidas alcohólicas, estupefacientes u otras sustancias que produzcan efectos análogos», que se sustrae del ámbito del trastorno mental transitorio, y cuya apreciación se hace depender de que «no se haya producido con el propósito de cometer el delito o se hubiese previsto o podido prever su comisión».

La fórmula del art. 22, 1.º y 2.º, tiene el mérito de reconocer legislativamente la *actio libera in causa culposa*, junto a la *actio libera in causa dolosa* preordenada al delito. El trastorno mental transitorio y el estado de intoxicación plena no producen el efecto de eximir de responsabilidad si el sujeto, siendo aún capaz, previó o pudo prever la comisión del delito. Tampoco si fueron provocados con el propósito de cometer el delito. Pero no aparece expresamente contemplado el supuesto de que mediante dolo mediato o de segundo grado, o dolo eventual, respecto del hecho típico, siendo el sujeto aún imputable. Queda, pues, en la sombra esta zona intermedia entre el dolo directo y la culpa o imprudencia.

La misma laguna se observa en la regulación de la atenuante de «estado de intoxicación alcohólica o de otra índole» que no llega a tener plenitud de efectos sobre el sujeto (art. 23.2.^a) cuya apreciación se hace depender exclusivamente de que no esté preordenada al delito. En consecuencia, la imputabilidad disminuida, por ejemplo por la embriaguez, antes de cuya producción el sujeto se representó y tomó a su cargo (aceptó) la realización del hecho típico determinado, o consideró éste necesariamente unido a su actuar, producirá el efecto de atenuar la pena. E igualmente la posibilidad podría ser apreciada en el delito culposo incluso si el sujeto se representó la posibilidad de cometer el hecho antes de que su capacidad de autodirección se viera efectivamente disminuida, supuesto que, como parece, la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal no excluye la aplicabilidad de las circunstancias generales al delito culposo siempre que sean compatibles con el mismo (123).

Como queda dicho, la Propuesta de Anteproyecto de 1983 reconoce implícitamente la relevancia de la *actio libera in causa culposa* en la regulación del trastorno mental transitorio y de la intoxicación plena. A este respecto mejora la situación legislativa actual. Sin embargo, deja sin resolver la problemática de la *actio libera in causa dolosa* con dolo mediato o eventual y sigue permaneciendo totalmente en la sombra la problemática de la *actio libera in causa* en supues-

(122) Parece que quiere decir: ...o que el sujeto no hubiera previsto o podido prever su comisión.

(123) La Propuesta de Anteproyecto de 1983 no contiene un precepto semejante al del actual art. 565, párrafo tercero, del Código penal, que excluye la aplicación de las circunstancias generales al delito culposo.

tos, frecuentes en la práctica (basta citar el sueño en conexión con la *actio libera in causa culposa*) (124), de *incapacidad de acción* al tiempo del hecho.

La regulación plena de esta materia reclama una disposición general (125) en que se afirme la responsabilidad por el delito cometido de quien se sitúa consciente y voluntariamente en estado de incapacidad, plena o parcial, de actuar «libremente», espontáneamente, si media, siendo aún capaz, un nexo psicológico doloso o culposo respecto del hecho típico cometido.

(124) Recordemos la S. 5 de diciembre de 1985 (A. 5994) citada *supra* nota 102.

(125) Ya el Derecho Territorial prusiano de 1794 contenía la siguiente disposición (título 20, capítulo 1, parágrafo 22): A quien, dolosamente o mediante un descuido burdo, se ha colocado por medio de la bebida o de otra forma en una situación en que la capacidad de actuar libremente está suprimida o limitada, se le imputa el delito cometido en tales circunstancias en relación con su culpabilidad.

Consecuencias del principio «non bis in idem» en Derecho penal

GABRIEL GARCÍAS PLANAS

Profesor titular de Derecho Penal

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. NATURALEZA. III. REQUISITOS. IV. INCIDENCIA DEL PRINCIPIO «NON BIS IN IDEM» EN EL DERECHO PENAL: A) Delito fiscal y sanción administrativa. B) Doble sanción por delito y medida de seguridad. C) Sanción penal y penitenciaria. D) Aplicación del principio «non bis in idem» en circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. E) Malversación de caudales públicos y sanción administrativa. F) Salud pública y delito de contrabando. G) Sanción penal y colegial. VI. CONCLUSION.

I. PLANTEAMIENTO

En el presente trabajo se trata de analizar si el principio «non bis in idem», es decir, duplicidad de sanciones a una misma persona por un mismo hecho, es de aplicación siempre o solamente en algunos casos, cuando concurren una serie de requisitos que más adelante contemplaremos.

Se trata, pues, de averiguar, si por un mismo delito pueden imponerse dos penas, si una misma agravante puede ser apreciada en más de una ocasión o si un mismo hecho puede sancionarse a la vez con una pena criminal y con una sanción administrativa.

Puede adelantarse desde este momento que aunque pudiera parecer que en base al principio que comentamos nunca es posible sancionar doblemente un mismo hecho, la realidad es muy otra y puede afirmarse que la aplicación del principio «non bis in idem» es muy restrictiva; pero éste es un tema que trataremos más adelante, al referirnos a la incidencia jurídico-penal de dicho principio.

En resumen, se rige por la teoría del concurso aparente de leyes penales; lo que no es posible es que pueda imponerse doble sanción

penal, cuando el contenido del injusto sea el mismo. Lo mismo puede decirse, respecto a una sanción penal con otra derivada del Derecho Administrativo sancionador.

II. NATURALEZA

Dentro de este epígrafe analizaremos: a) En primer lugar, su contenido material y procesal, y b) en segundo término su enmarque constitucional.

A) El principio que comentamos tiene una vertiente material, lo que significa que nadie puede ser sancionado dos veces por el mismo hecho, siempre y cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento, es decir, que se dé el mismo contenido de injusto; pues si se lesionaran bienes jurídicos distintos, protegidos por preceptos penales diversos, entonces, sí se sancionarán de forma distinta y no se vulneraría el principio «non bis in idem», sino que se resuelve a través del artículo 71 del Código Penal concurso ideal de delitos (1).

Ese aspecto material del principio fue tratado por primera vez en la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1981, que ha servido de base, en muchos aspectos, a la Jurisprudencia posterior.

En el aspecto procesal del principio «non bis in idem» fue estudiado por la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1983, que prohibía asimismo dos sanciones por los mismos hechos, e indicaba, en base al principio de subordinación (2), que la Administración no podía actuar mientras no lo hubieran hecho los Tribunales de Justicia y que los hechos que aquellos declarasen probados vinculaban a la Administración. De no ser así para la sentencia de 3 de octubre, se daría un exceso del poder punitivo en pugna con el artículo 25 de la Constitución. Como manifiesta Boix Reig (3) de la Sentencia de 3 de octubre de 1983, pueden extraerse las siguientes consecuencias: a) el necesario control a posteriori por la autoridad judicial

(1) COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN: *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1987, p. 57.

(2) A) Para SORIA FERNÁNDEZ-MAYORALA, PEDRO: *Actualidad Administrativa*, n.º 5, febrero, 1988, p. 271. La supremacía del Derecho Penal respecto a la Administración se pone de manifiesto en el artículo 25.3 de la Constitución, donde se establece que «La Administración civil no podrá imponer sanciones que directamente impliquen privación de libertad».

Para este autor, tal supremacía también se pone de relieve en el artículo 603 del Código Penal, al decir «En las Ordenanzas municipales y demás reglamentos generales o particulares de la Administración que se publicaren en lo sucesivo y en los bandos de Policía y buen gobierno que dictaren las autoridades, no se establecerán penas mayores que las señaladas en este libro, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determine otra cosa por leyes especiales».

B) En este sentido, véase CABO RUIZ, J. R.: *La capacidad sancionadora de la Administración en el Proyecto de Código Penal en la reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, p. 271 y ss.

(3) *Los delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, 1987, p. 65.

de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos, y c) la necesidad de respetar la cosa juzgada.

Pero el Tribunal Constitucional, en sentencia de 27 de noviembre de 1985, enmarca la vertiente procesal del principio, no sólo en el artículo 25.1, sino también dentro de la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución, al establecer que «no se puede por autoridades del mismo orden y a través de procedimientos distintos sancionar repetidamente la misma conducta, pues, 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.

Si bien el principio «non bis in idem» no se halla regulado de una manera expresa en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe considerarse incluido dentro del concepto de «cosa juzgada» como artículo de previo pronunciamiento, recogido en el artículo 666 número 2.º de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal; pues nadie puede ser juzgado dos veces por la comisión de un mismo hecho delictivo; salvo que, como declara la Sentencia de 23 de mayo de 1986 del Tribunal Constitucional, se tratase de procedimientos distintos, por hechos diferentes (4).

(4) Sentencia de 23 de mayo de 1986 del Tribunal Constitucional, establece que: «Aunque el principio «non bis in idem», se ha aplicado sobre todo al caso de una duplicidad de sanciones penales y administrativas, es evidente que sería también invocable en el supuesto de una duplicidad de acciones penales, es decir, cuando un mismo delito fuera objeto de sentencias condenatorias distintas. En este sentido, la no estimación de la excepción de cosa juzgada, cuando concurren los requisitos necesarios para que se opere, podría conducir a la vulneración del citado principio. Pero ello no ocurre en el presente caso. El recurrente fue objeto de dos procedimientos distintos provocados por hechos diferentes: de un lado, el supuesto tráfico de estupefacientes para su venta, constitutivo del delito contra la salud pública, previsto y penado en el artículo 344 del Código Penal; de otra parte, la presunta desobediencia a las órdenes de autoridades militares, tipificado en el artículo 315 C.J.M. Se trata de hechos distintos y no necesariamente conectados entre sí, como lo prueba que pudo cometerse cualquiera de ellos sin incurrir en el otro, es decir, pudo realizarse tráfico de drogas sin resistirse a las órdenes del patrullero de la Armada, y pudo desobedecer tales órdenes sin llevar a cabo aquel tráfico. De ello resulta que la sentencia absolutoria de la Audiencia respecto al delito contra la salud pública, no supone la inexistencia de los hechos, posiblemente constitutivos de desobediencia. No procedía, por tanto, la excepción de cosa juzgada en el procedimiento militar, ni se produjo infracción del principio «non bis in idem».»

El Tribunal Supremo en sentencias de 18 de octubre de 1982 y 10 de noviembre de 1984, entre otras, aborda la cuestión del recurso extraordinario de revisión del artículo 954-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que regula la acción impugnativa de la cosa juzgada.

Sin embargo, nuestro Alto Tribunal, en sentencia 6 de mayo de 1987, ha declarado que aunque el cauce del juicio de revisión en materia de cosa juzgada contraría el principio «non bis in idem», no deja de ser una solución justa, humana y equitativa.

B) Con anterioridad a la Constitución de 1978, encontramos un precedente próximo del principio «non bis in idem» en el Real Decreto-Ley de 25 de enero de 1977 reformador de la Ley de Orden Público, donde se respetaba el principio en cuestión, al establecerse que «no se impondrán sanciones gubernativas y sanciones penales por unos mismos hechos».

El principio que comentamos se hallaba recogido en el Anteproyecto de Constitución en su artículo 9-3.º, pero posteriormente fue excluido con la pretensión de incorporarlo al 25.1, lo que no se hizo (5).

El principio «non bis in idem» no viene recogido de una manera expresa en ningún precepto constitucional. Pero es doctrina y jurisprudencia pacífica tanto de los Tribunales Supremo como Constitucional que se halla implícito en el artículo 25.1 de la Constitución, que recoge los principios de legalidad y tipicidad (6).

Para Bustos Ramírez (7), la razón que da soporte al principio «non bis in idem» dentro del principio de legalidad es que al tener que ser la Ley estricta —tipicidad—, «no se puede usar el mismo presupuesto para imponer más de una pena».

El Tribunal Constitucional, asimismo, en reiterada jurisprudencia ha señalado la inclusión del principio «non bis in idem» dentro de los principios de legalidad y tipicidad del artículo 25.1 de la Constitución (en este sentido, sentencias de 30 de enero de 1981, 3 de octubre de 1983, 21 de mayo de 1984, 27 de noviembre de 1985, 14 de febrero, 23 de mayo y 8 de julio de 1986 y 19 de febrero de 1987).

Por otra parte, de igual forma, el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de mayo de 1987 y 25 de enero de 1988 a corroborado la tesis que apuntamos, considerándolo incluido en el artículo 25.1, pese a no hacerse mención expresa en ninguno de los artículos del 14 al 30 de la Constitución, reguladores de los derechos y libertades.

(5) Cuestión criticada por BOIX REIG en *El principio de legalidad en la constitución*, «Cuadernos de la Facultad de Derecho», n.º 4, Palma de Mallorca, 1983, p. 25 y s.

(6) COBO DEL ROSAL-BOIX REIG: *Derecho Penal y Constitución*, «Garantías constitucionales del derecho sancionador», Madrid, 1982, p. 214. BOIX REIG: *La Constitución Española de 1978 y el Derecho Penal*, Alicante, 1988, p. 17.

(7) *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1984, p. 77.

III. REQUISITOS

Para que pueda aplicarse el principio de exclusión de que recaiga una doble condena en razón de los mismos hechos, tradicionalmente estimado como una manifestación del general «non bis in idem», es preciso que se den unos requisitos de carácter positivo, así como otros de carácter negativo.

Siguiendo la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se precisa los siguientes requisitos: 1.º) que exista identidad absoluta de hechos y, con ello, de sujeto activo; 2.º) que el fundamento de ambas sanciones sea idéntico; 3.º) que, por regla general, se impongan por autoridades del mismo orden y a través de procedimientos distintos, y 4.º) de carácter negativo, que en caso de duplicidad de sanciones administrativa y penal, no exista una relación de supremacía especial de la Administración (8) —relación funcional, servicio público, concesión administrativa, etc.— que justifique el ejercicio del «ius puniendi» por los Tribunales, y, a su vez, de la potestad sancionadora de la Administración.

Tales requisitos, a «sensu contrario», harán irrelevante el principio «non bis in idem», en aquellos supuestos que el contenido de injusto sea diferente y, por tanto, el fundamento de las sanciones distinto. En lo que a los sujetos activos se refiere, exige su identidad, pero excluye a los funcionarios públicos, porque en tales casos existe una supremacía especial de la Administración que justifica su «ius puniendi», además del de los Tribunales.

IV. INCIDENCIA DEL PRINCIPIO «NON BIS IN IDEM» EN DERECHO PENAL

A) Delito fiscal y sanción administrativa

El principio «non bis in idem» juega un papel primordial en el presente caso, al prohibir una sanción administrativa y coetáneamente una condena por delito fiscal.

Si atendemos al aspecto procesal del principio, antes apuntado, veremos que a partir de la Sentencia de 3 de octubre de 1983 del Tribunal Constitucional, cuando la Administración entienda que los hechos son constitutivos de delito, se abstendrá de todo procedimiento y dará traslado de lo actuado a los Tribunales de Justicia.

(8) OCTAVIO DE TOLEDO, E.: *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, 1980, p. 265, se cuestiona si las relaciones especiales de poder son suficientes para eludir el principio «non bis in idem», en lo referente a las faltas disciplinarias y al Título VII del Libro II del Código Penal.

Con posterioridad a dicha sentencia se consideró «constitucionalizado» el principio «non bis in idem», y como ha puesto de manifiesto Boix Reig (9), «las reformas legislativas se van produciendo con un creciente respeto a las exigencias derivadas del principio «non bis in idem», con formulaciones legales ciertamente acabadas y dignas de encomio desde una perspectiva técnico-jurídica».

Así, por ejemplo, con la Ley para la represión del fraude fiscal, en 1985 se reformó la Ley General Tributaria, en cuyo artículo 77-6.º se establece que en los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivos de los delitos regulados en el Código Penal, la Administración pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la Autoridad Judicial no dicte sentencia firme, precepto que no sólo establece la incompatibilidad de las actuaciones penales y administrativas, sino también la subordinación del derecho sancionador administrativo al Derecho Penal, por lo que en caso de colisión entre la actuación judicial y administrativa debe resolverse a favor de la primera de conformidad con el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («corresponderá a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las causas y juicios criminales con excepción de los casos reservados por las Leyes al Senado, a los Tribunales de Guerra y Marina y a las Autoridades Administrativas o de Policía), correspondiendo, pues, a la Jurisdicción ordinaria el conocimiento de las causas y juicios criminales, y ello sin olvidar que la potestad sancionadora es independiente de la jurisdicción penal, en el sentido de que una y otra pueden actuar en ocasiones sobre los mismos hechos, sin coordinación ni vinculación de los pronunciamientos de uno sobre otra, no obstante la posibilidad de sancionar la misma conducta administrativamente y más tarde penalmente o viceversa se haya proscrita y al efecto conviene recordar la doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1981 en la que se declara que la Constitución suprema, norma rectora de nuestro ordenamiento jurídico, no sanciona favorablemente el principio de derecho «bis in idem», sino que antes lo contrario, el respaldado por el ordenamiento constitucional es el principio «non bis in idem», el cual no permite por unos mismos hechos duplicar o multiplicar la sanción sea cualesquiera la autoridad que primeramente la haya impuesto, siempre que se dé un mismo sujeto activo y un mismo fundamento; en definitiva, un mismo contenido de injusto.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de mayo de 1986, haciéndose eco, de la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1981, consideró que no se debía condenar por delito fiscal a quien se le había impuesto ya una sanción administrativa.

(9) *De nuevo sobre el principio de legalidad*, «Revista General de Derecho», mayo 1987, p. 2302.

Especial mención requieren aquellos casos en que antes de la reforma de la Ley General Tributaria y, por tanto, de la actual redacción del artículo 77-6.º, la Administración sancionaba aun cuando los hechos pudiesen revestir carácter de delito. Entonces, siguiendo la tesis de la sentencia del Tribunal Supremo que acabo de citar, habrá que absolver siempre. Pero tal afirmación no parece válida para todos los casos; pensemos en una infracción del Impuesto de Sociedades y que se imponga a la misma persona jurídica una sanción administrativa, a mi juicio podrá incoarse un procedimiento penal por delito fiscal a los administradores —personas físicas— sin conculcarse el principio «non bis in idem», pues éste impide la duplicidad de sanciones por los mismos hechos «a una misma persona» y en tal caso no se daría.

B) Doble sanción por delito y medida de seguridad

La problemática de las medidas de seguridad y su posible colisión con el Estado de Derecho ya fue estudiada por algún autor (10), con anterioridad a la aprobación de la Constitución Española (11).

Pero no es finalidad del presente trabajo el estudio de lo apuntado, sino la posibilidad o no por los mismos hechos, de una sanción penal y de una medida de seguridad.

Para ello, nos basaremos en dos sentencias del Tribunal Constitucional de 27 de noviembre de 1985 y 14 de febrero de 1986.

En la primera, y concretamente en su considerando tercero, se establece que el principio «non 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 con infracción administrativa o laboral), pero no lo es menos que si 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 el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta

(10) JORGE BARREIRO, AGUSTÍN: *Las medidas de seguridad en el Derecho Español*, Civitas, 1986, p. 131 y ss. «El problema de las medidas de seguridad ocupa un lugar importante en el ámbito de la problemática del Estado de Derecho, en cuanto que aquéllas pueden convertirse en un temible instrumento aniquilador de los derechos fundamentales del individuo.»

(11) En la actualidad, la fundamentación de una medida de seguridad en base a la probabilidad de comisión de un hecho futuro, parece estar en pugna con el artículo 25.1 de la Constitución que se basa en acciones u omisiones cometidas, y no en probabilidades de comisión de hechos en el futuro.

la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado.

Es claro, sin embargo, que por su misma naturaleza, el principio «non bis in idem» sólo podrá invocarse en el caso de duplicidad de sanciones, frente al intento de sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social, unos hechos ya sancionados, o como medio para obtener la anulación de la sanción posterior.

Finalmente, se establece que en el supuesto al que se hace referencia en dicha sentencia no se da la duplicidad de sanciones y, por tanto, el supuesto que haría posible la invocación del mencionado principio.

La sentencia de 14 de febrero de 1986, en su fundamento primero, establece que la imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad son, pues, contrarias al principio de legalidad penal, ya que por un lado no cabe otra condena —y la medida de seguridad lo es— que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal, y por otro lado, no es posible sin quebrantar el principio «non bis in idem», íntimamente unido al de legalidad, hacer concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos, y ello aunque se pretenda salvar la validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sancione la «culpabilidad» y en el otro la «peligrosidad».

En lo referente a la culpabilidad, dicha sentencia, como es de ver, llega a la conclusión, que tiene que exigirse con carácter previo la declaración de la misma por la comisión de un delito, para que se pueda imponer una medida de seguridad post-delictual (12).

En las citadas resoluciones se hacen algunas afirmaciones no siempre compartidas con la Doctrina tales como que jamás pueden imponerse doble sanción por autoridad del mismo orden y que en el caso de penas y medidas de seguridad, por ser distinta su naturaleza, no se dá esa duplicidad referenciada.

Así, comparto la tesis al respecto del profesor Vives Antón (13), en el sentido de que pueden darse duplicidad de sanciones por autoridades del mismo orden, si el contenido de injusto es distinto, y por el contrario, no podrán darse duplicidad de sanciones por autoridades del mismo orden cuando el contenido de injusto sea el mismo.

Por otra parte, y respecto a si cabe imponer a un mismo hecho una pena y una medida de seguridad, el profesor Vives-Antón entien-

(12) En este mismo sentido, BOIX REIG: *De nuevo sobre el principio de legalidad*, «Revista General de Derecho», Valencia, mayo 1987, p. 2.304.

(13) VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: *Poder Judicial*, 1986, p. 91 y ss.

de que ello no es posible «cuando la pena exprese la total reprobación del hecho por parte del ordenamiento jurídico».

Pero en ocasiones será admisible la duplicidad de pena y medida cuando el legislador haya querido castigar a un hecho, en parte con una pena, en parte con una medida de seguridad.

C) Sanción penal y penitenciaria

Puede establecerse que la imposición de una sanción penitenciaria por una parte, y de una pena por otra, no conculca el principio «non bis in idem» (14).

Prescindiendo del distinto orden de entidades sancionadoras, el fundamento mismo de las sanciones es diverso, encaminándose el disciplinario «a garantizar la seguridad y conseguir una convivencia ordenada» en los estrictos márgenes del régimen penitenciario, según cuida hoy de proclamar el artículo 41.1 de la Ley General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979, en concordancia las reglas 27 de las Naciones Unidas y 27.1 del Consejo de Europa. Y, a mejor abundamiento, el artículo 104.3 del Reglamento Penitenciario, de 8 de mayo de 1981, establece que «los reclusos que incurran en responsabilidad disciplinaria por incumplimiento de los deberes y obligaciones que legalmente les vienen señalados, serán objeto de la sanción adecuada dentro de la escala prevista en el artículo 42 de la Ley Orgánica General Penitenciaria en los casos y con observancia de los trámites procesales que en este Reglamento se determinan, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que en derecho fuera exigible».

De todos modos se echa en falta un precepto genérico que regule la materia, cual hace, por ejemplo, la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983 en lo referente a las faltas, en cuyo artículo 610.2 puede leerse: «No se podrán imponer conjuntamente sanciones administrativas y penales por unos mismos hechos. Conforme a este principio corresponderá exclusivamente a los Juzgados y Tribunales el enjuiciamiento de las faltas previstas en este Código. Las autoridades administrativas se abstendrán de todo procedimiento, remitiendo a la Autoridad Judicial competente los antecedentes necesarios y las actuaciones practicadas, en cuanto tengan conocimiento de la apertura de proceso penal por los mismos hechos de que vinieren conociendo, aun en el caso de que hubiere recaído resolución sancio-

(14) En este sentido, CARLOS GARCÍA VALDÉS: *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Civitas, 1982, p. 123. «Con independencia de la sanción disciplinaria correspondiente, el artículo 104 del Reglamento Penitenciario expresa la posibilidad de incurrir el interno, por los mismos hechos, en responsabilidad civil o penal; ello no supone infracción del principio «non bis in idem», pues, de acuerdo con la mejor doctrina administrativa, se trata de infracciones de ordenamientos jurídicos diversos».

nadora firme, si la sanción no hubiere llegado a ejecutarse. Si ya se hubiere ejecutado, el Juez o Tribunal, en la Sentencia o resolución definitiva que dictase, se pronunciará sobre la sanción impuesta, computándola para el cumplimiento de la pena si fuere asimilable, y ordenando en otro caso la restitución del exceso, si pronunciare condena, o de la totalidad, si la resolución fuere absolutoria». Precepto que mejora la redacción del párrafo 3.º del artículo 688 del anterior Proyecto de 1980.

Pensemos en la imposición de una sanción disciplinaria impuesta al amparo del artículo 108 e) del Reglamento Penitenciario («intentar, facilitar o consumir la evasión») o que la privación de los beneficios de redención de penas por el trabajo se hubiera impuesto por virtud de lo dispuesto en el artículo 100, párrafo 1.º del Código Penal («quienes quebrantaren la condena o intentaren quebrantarla, aunque no lograren su propósito») (15); tras lo cual los Tribunales absolverán del delito —quebrantamiento de condena— del artículo 334 del Código Penal.

En tal caso, y mientras la Protesta de Nuevo Código Penal de 1983 no entre en vigor, si es que así ocurre, lo correcto sería que la Administración se abstuviese de cualquier sanción, remitiese los hechos acaecidos a los Tribunales y en caso de absolución, los hechos vinculan a la Administración, en virtud del principio de subordinación y porque los hechos vinculan a la Administración, en virtud del principio de subordinación y porque los hechos no pueden existir para una jurisdicción y dejar de existir para la otra.

D) Aplicación del principio «non bis in idem» en circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal

Se ha dicho por parte de algún autor que alguna circunstancia agravante, tal como la reincidencia, estaba en pugna con el principio «non bis in idem», porque en virtud de una condena por un hecho culpablemente cometido, y por el que ya se ha cumplido una pena, se viene a agravar un nuevo hecho constitutivo de delito. De ahí que la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983, en su artículo 24, no la incluya dentro del elenco de las mismas.

Pero la cuestión que nos interesa tratar aquí es la de si la aplicación de dos circunstancias agravantes casi idénticas vulnera el principio «non bis in idem». Por ejemplo, saber si es posible, a tenor de lo dicho, la aplicación de la agravación prevista en el artículo 501.5.º

(15) El Tribunal Constitucional en sentencia de 8 de julio de 1986, ha declarado la constitucionalidad para el caso de que se condene a un sujeto por quebrantamiento de condena —art. 334— y a la vez se impida con ello el beneficio de la redención de penas por el trabajo, por operar ambas consecuencias en planos diferentes».

del Código Penal, «cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios peligrosos que llevase, sea al cometer el delito o para proteger la huida, y cuando el reo atacare con tales medios a los que acudieran en auxilio de la víctima o a los que les persiguieren», con la del artículo 506.1.º «cuando el delincuente llevare armas u otros objetos peligrosos».

En tal caso, no pueden operar a un mismo supuesto de hecho, ambas agravaciones, pues sería quebrantar el principio de legalidad y tipicidad del artículo 25.1.º de la Constitución, donde, como reiteradamente se dijo, se halla ubicado el principio «non bis in idem». La razón es bien sencilla, pues concurren identidad absoluta de hechos y el fundamento de ambas agravaciones es idéntico. Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de noviembre de 1982 (16).

E) Malversación de caudales públicos y sanción administrativa

Al exigir el delito de malversación de caudales públicos, recogido en los artículos 394 y siguientes del Código Penal, que el sujeto activo sea un funcionario público, puede parecer a primera vista que no plantea ningún problema, la aplicación conjunta de una pena por delito y de una sanción administrativa. Pues, como hemos expresado reiteradamente, en aquellos supuestos en los que existe una situación derivada de una relación de supremacía especial de la Administración, no se conculca el principio «non bis in idem».

La Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, fiscalizador de la actividad económica y financiera del sector público, establece en su artículo 38: «El que por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados», y el artículo 18.1.º de la citada Ley declara: «Que la Jurisdicción contable es compatible respecto de unos mismos hechos con el ejercicio de la potestad disciplinaria y con la actuación de la Jurisdicción Penal».

Se está pensando, en las afirmaciones precedentes, en que el sujeto activo sea un funcionario público de conformidad con lo establecido por el Derecho Administrativo (17).

(16) Es doctrina reiteradísima de esta Sala que los mismos supuestos de hecho no pueden ser objeto de una dualidad en la aplicación de la normativa penal, con la finalidad de no violar el principio «non bis in idem», unánimemente admitido por la doctrina de todas las ramas jurídicas, de tal manera que, cuando el mismo supuesto fáctico ha sido utilizado para su encaje en dos preceptos penales, siendo idénticos, no puede darse esta operatividad conjunta de la normativa jurídica».

(17) Para TOMÁS QUINTANA LÓPEZ: *El principio «non bis in idem» y la responsabilidad administrativa de los funcionarios*, en Civitas. «Rev. Esp. de Derecho Admi-

Sin embargo, la cuestión puede complicarse cuando el «funcionario» lo sea sólo a efectos penales de conformidad con lo establecido en el artículo 119 de nuestro texto punitivo, pues, en tal caso, esa relación de supremacía especial de la Administración es cuanto menos dudosa, y en tal caso, la duplicidad de sanciones, sí podría estar en pugna con la aplicación del principio «non bis in idem».

F) Salud pública y delito de contrabando

A raíz de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, que regula el delito de contrabando, se plantea si un mismo hecho —tráfico de drogas— puede ser castigado como delito contra la salud pública del artículo 344 del Código Penal y a la vez como delito de contrabando de conformidad con lo establecido en el artículo 1.3 de la Ley de Contrabando, que establece «que no obstante lo dispuesto en el número uno de este artículo, serán también reos del delito de contrabando, quienes realicen alguno de los hechos descritos en el mismo, cualquiera que sea su cuantía, si concurre alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª) Cuando el objeto del contrabando sean drogas, estupefacientes, armas, explosivos o cualesquiera otros cuya tenencia cons-

nistrativo», p. 596 y ss., oct.-dic., 1986, «El principio “non bis in idem”, cuya existencia en nuestro ordenamiento ha sido reiteradamente respaldada por el Tribunal Constitucional, se manifiesta de forma diferente en el ámbito de las relaciones de supremacía general con la Administración y en los supuestos en que la sanción tiene su fundamento en el poder de la Administración sobre sus funcionarios, inequívoca relación de supremacía especial.

En todo caso, los efectos del “non bis in idem” en los supuestos de comisión por el funcionario de hechos tipificados como faltas administrativas, y, a la vez, constitutivos de un ilícito penal común, entendiéndose, por ello, los delitos susceptibles de ser cometidos por cualquier persona, son distintos de los que implica dicho principio cuando los hechos que realiza el funcionario constituyen un ilícito administrativo, y, además de un delito contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes o bien de los específicamente cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.

En el primer caso, la observación del “non bis in idem” impone posponer la resolución del expediente administrativo sancionador a los resultados del proceso penal, única forma en que se hace efectivo el relato fáctico probado judicialmente, y por otra parte, se aplica la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional; aunque ello sea difícilmente compatible con el tenor del apartado primero del artículo 23 del Reglamento Disciplinario de los Funcionarios recientemente aprobado.

Esta solución que se acaba de propugnar es precisamente la que contempla este mismo artículo en su apartado segundo, cuando el funcionario ha cometido alguno de los delitos específicos de su situación, cuyos hechos están tipificados también como faltas disciplinarias. Sin embargo, la aplicación de la regla “non bis in idem” tiene en este caso otra virtualidad debido a una íntima relación entre los bienes jurídicos vulnerados por ambos ilícitos que se traduce comúnmente en que el ataque al orden administrativo es presupuesto necesario condición previa de la vulneración del orden penal, que impide sancionar administrativamente al funcionario que lo ha sido penalmente por la comisión de un delito contra los derechos de la persona reconocidos por las leyes o de los cometidos en el ejercicio de sus cargos.»

tituya delito»; todo ello en relación con el artículo 1.3.^a y 4.^a de la citada Ley.

Debe distinguirse, por una parte, la tesis mantenida por el Tribunal Supremo, y por otra, la mantenida por la doctrina, que contraría a la tesis jurisprudencial, mantiene, sin embargo, posturas discrepantes:

El Tribunal Supremo y en las circulares de la Fiscalía General del Estado de fecha 1 de diciembre de 1983 y la n.º 1 de 1984 sostienen que con la aplicación al tráfico de drogas, del artículo 344 del Código Penal y de la Ley de Contrabando, no se conculca el principio «non bis in idem», porque los bienes jurídicos que se protegen son distintos, o lo que es lo mismo, no se da en tal caso el mismo contenido de injusto. Así se protege de un lado, la salud pública y de otro al erario público. En consecuencia, se considera de aplicación el concurso ideal de delitos del artículo 71 del Código Penal. (En este sentido, sentencias de 17 de diciembre de 1986, 29 de junio de 1987 y 5 de febrero de 1988.) (18).

La tesis mantenida por nuestro Alto Tribunal no me parece la más acertada, puesto que entiendo que no hay disparidad de bienes jurídicos; así, al establecer el artículo 1.3 de la Ley de Contrabando «...o cualesquiera otros cuya tenencia constituya delito» no hace otra cosa que insistir en los bienes jurídicos de estos delitos (19).

Desde este punto de vista, lo más coherente es acudir, no al concurso de delitos, sino al concurso de normas (20), en base al criterio de consunción o subsidiariedad relativa e impropia, debiéndose aplicar en cada caso la norma que sancione con pena más grave, no en base al artículo 68 del Código Penal, pues éste sólo se refiere al conflicto entre dos normas incluidas en él, sino como señala Carbonell Mateu (21) «por los criterios resolutorios de la citada especie de conflicto aparente entre dos normas secantes».

(18) Sentencia de 5 de febrero de 1988, que dice así: «Se aduce aplicación indebida de los preceptos de la Ley de Contrabando 7/82, de 13 de julio, por entender que la sanción de tal delito de contrabando, una vez penado el delito contra la salud pública, que ya implica tráfico de drogas, viola el principio «non bis in idem», que impide condenar dos veces a una persona por el mismo hecho; pero como ya tiene establecido esta Sala en doctrina también conocida y difundida, no hay tal violación de aquel principio, cuando, como ocurre en el caso de autos, además de la tenencia de la droga con propósito de tráfico, la misma se introduce clandestinamente en el territorio nacional vulnerando el control aduanero y dando lugar a otra infracción distinta contra el erario público, de suerte que siendo dos los bienes jurídicos ofendidos por la conducta delictiva: el que ataca a la salud pública y el que atacara la Hacienda nacional, estamos no ante un concurso de normas en cuyo supuesto la más grave desplazaría a la de inferior rango punitivo (art. 68 Código Penal), sino ante un concurso ideal de delitos castigados conforme al artículo 71 del Código Penal».

(19) En este sentido CARBONELL MATEU, J. C.: *Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas. En la problemática de la droga en España*, Madrid, 1986, p. 349.

(20) En este sentido, BOIX REIG, *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, 1988, p. 351.

(21) *Ob. cit.*, p. 350.

Otro sector doctrinal (22) se inclina por el criterio de especialidad, considerando que el artículo 344 del Código Penal es Ley especial, frente a la Ley de Contrabando; sin embargo, entiendo que ni el Código Penal es Ley especial frente a la Ley de Contrabando, ni viceversa.

G) Sanción penal y colegial

Finalmente, y para concluir el presente trabajo, no quiero dejar fuera de su ámbito, si la sanción penal de un profesional —un letrado, por ejemplo— y su posterior sanción colegial, vulneraría el principio «non bis in idem».

Entiendo que no, pues el fundamento de la sanción es diferente; en el primer supuesto se sanciona a un letrado por la comisión de un delito —por la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico—, mientras que en el segundo se le sanciona con una medida disciplinaria por la realización de un hecho atentatorio a la dignidad de la profesión.

Pero es más, el Estatuto General de la Abogacía de fecha 24 de julio de 1982 impone la consideración de falta disciplinaria muy grave, al colegiado que hubiese sido condenado con sentencia firme por hecho gravemente afrentoso (art. 113, ap. J.), sancionándole de acuerdo con el artículo 116-1.b, con la expulsión del Colegio.

Pero en tal supuesto concreto, sí puede conculcarse el principio «non bis in idem». Pues de acuerdo con lo establecido con el artículo 47 del Código Penal, «las penas de prisión mayor, prisión menor y arresto mayor, llevarán consigo la suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena» (23).

Entiendo que con independencia de lo que se entiende por «hecho gravemente afrentoso», la suspensión de la profesión por una parte y de la expulsión por otra, pueden estar en pugna con el principio que comentamos.

(22) BUSTOS RAMÍREZ: *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 1986, p. 283, y ARROYO ZAPATERO: *Aspectos penales del tráfico de drogas*, en «*Opinión*», *Revista Poder Judicial*, n.º 11, 1984, p. 25.

(23) Véase Sentencia de 30 de abril de 1988, publicada en la Ley de 19 de enero de 1989: Apropiación indebida de provisión de fondos.

V. CONCLUSION

El principio «non bis in idem», hoy «constitucionalizado», está enmarcado en el artículo 25.1 de la Constitución, e impide en determinados casos, la duplicidad de sanciones por los mismos hechos; sin embargo, tiene un ámbito de aplicación muy restringido. Sólo en aquellos casos en que concurra los requisitos de carácter positivo apuntados, tales como, identidad absoluta de hechos, de sujeto activo y de fundamento de la sanción, y de carácter negativo, es decir, que no exista una relación de supremacía especial de la Administración, regirá el principio en cuestión.

Con la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1983 quedó ya resuelta la cuestión que impedía que los Tribunales sancionasen como delito un hecho, si ya había sido sancionado en vía administrativa, pues ahora la Administración se abstendrá, si considera que los hechos puede revestir carácter de delito. Con posterioridad a la sentencia de 3 de octubre apuntan en el mismo sentido, la generalidad de la Doctrina y la Ley General Tributaria, en su artículo 77.6.º

Finalmente, y en relación a cuanto acabamos de expresar, los hechos declarados probados por los Tribunales de Justicia vincularán a la Administración por cuanto unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.

Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad (*)

UJALA JOSHI JUBERT
Universidad de Barcelona

I

1. Comenzaré el trabajo con la exposición de algunos casos:

CASO 1. STS 22 abril 1982 (1): Ramón G. C. es procesado como autor de un delito de escándalo público. Se señala «... que el acusado es un psicópata con una base neurótica de tipo obsesivo en materia sexual, afectado por alcoholismo crónico, *siendo dominado —en determinadas condiciones— por un reflejo inconsciente seguido de amnesia*, y en esta situación descrita en la sentencia y que el examen del dictamen pericial practicado en autos confirma y denomina psicosis urogenital, está fuera de duda que el acto de exhibición súbita de los órganos genitales en un autobús del servicio público fue determinado por un impulso obsesivo e incoercible, constitutivo de un movimiento reflejo con claudicación de los frenos inhibitorios de que está provisto el sujeto normal...»

CASO 2. Enfermo mental que toma cosas ajenas con la representación equivocada de que le son regaladas por Dios.

CASO 3. STS 20 junio 1985: J.M.G. «...como hubiera sido objeto de una agresión el día 25 de julio de 1982 pidió al empleado del bar un cuchillo de 12 centímetros de largo para su protección perso-

(*) Abreviaturas más usadas:

ADPCP: Anuario de Derecho penal y Ciencias penales

JZ: Juristischeszeitung

LK: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar

SK: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch

(1) El subrayado es mío. Sentencia citada en SILVA/CORCOY: *Prácticas de Teoría del Delito, Derecho Penal, Parte General*, 1985, p. 232, PPV.

nal. Hallándose nuevamente en el bar el día 27 de dicho mes y año, sobre las 22 horas, llegó un hijo suyo llamado C.M.V., de catorce años de edad, quien le manifestó que le habían salido al paso cuatro individuos, al parecer quinquis, y le habían dado una bofetada en la cara uno de ellos al tiempo que le habían amenazado. Poco después su hijo fue abordado por un grupo de tres jóvenes distintos de los anteriores, que le dijeron: «Te han dado leña», sujetándole uno de ellos de un brazo... y como en ese momento volviera a salir el procesado del bar, excitado por los hechos que ocurrían y las amenazas de que venía siendo objeto, agravado por la enfermedad que padecía, se dirigió a los mismos y sin más dio un puñetazo a uno tirándole al suelo; como se acercara un hermano del caído, Francisco V. R. y el citado procesado creyera que tenía un objeto brillante en una mano, sacó la citada navaja y le dio una puñalada..., produciéndole la muerte. En el lugar de los hechos la Policía encontró un cuchillo de postre de casi unos 20 centímetros de largo. El procesado padece de una epilepsia central de intensidad moderada y una neurosis de manía persecutoria que influyen sobre su carácter.»

CASO 4. STS 13 junio 1977 (2): «...el procesado, con una edad biológica o cronológica de veintiún años al tiempo del hecho, *estaba catalogado psiquiátricamente como persona de carácter infantil, irreflexivo e inconsciente* (...) y cometió el delito por el que fue condenado (robo con intimidación) por indicación de un individuo no identificado, de nacionalidad francesa, al que debía dinero y que le había dicho que tenía que realizar un atraco para pagar la deuda, pues de lo contrario lo mataría».

En el caso 1, la jurisprudencia absolvió y mandó internar al sujeto en un establecimiento psiquiátrico; J.M.G., del caso 3, fue condenado por un delito de homicidio sin circunstancias eximentes ni atenuantes; y el sujeto del caso 4 fue condenado por robo con intimidación.

En la mayoría de los procesos penales en que el autor es un imputable o semiimputable (3), el T.S. se centra directamente en el examen del problema de la culpabilidad, sin detenerse antes a analizar si concurren todos los elementos necesarios para formular el juicio de antijuricidad (3a). Esta práctica del T.S. supone, sin embargo, un avance importante respecto a la postura que se mantenía mayoritariamente antes de las SSTS de 16 de abril y 5 de noviembre de

(2) El subrayado es mío. Sentencia citada en SILVA/CORCOY: *Prácticas*, p. 250.

(3) Sobre la enfermedad mental y el delito en general vid. CARBONELL MATEU/GÓMEZ COLOMER/MENGUAL I LLULL: *Enfermedad mental y delito, aspectos psiquiátricos penales y procesales*, 1987.

(3a) En este sentido ver los ejemplos anteriormente citados, donde el T.S. analiza en todos los casos sólo los problemas de culpabilidad que se plantean: la psicosis urogenital en el caso 1, la epilepsia en el caso 3...

1979. En efecto, era doctrina común de este Tribunal decretar el sobreseimiento libre del caso cuando el sujeto que había cometido el hecho era inimputable, y a continuación dictaba un auto en el que imponía la medida. A partir de las sentencias citadas el Tribunal Supremo cambia de postura. Ya no considera correcto decretar el sobreseimiento libre, y exige que el presunto «enajenado» sea oído en un juicio oral. Las razones de este cambio de orientación son principalmente las siguientes:

1.º Se considera que tanto la pena como la medida de seguridad implican una privación de bienes jurídicos y que, por lo tanto, su imposición y ejecución deben revestir las mismas garantías e ir rodeadas de los mismos requisitos e idéntico respeto a los derechos individuales de la persona (STS 16 abril 1979, 5 noviembre 1979).

2.º Que, en consecuencia, es aplicable a las medidas de seguridad, lo dispuesto para las penas en el artículo 1 L.E.Crim., en el artículo 80 C.P. y artículo 24 C.E. (STS 16 abril 1979, 5 noviembre 1979).

3.º El sobreseimiento libre sólo será asequible pro reo (STS 16 abril 1979, 5 noviembre 1979).

2. **¿Es correcta esta manera de proceder del T.S.? ¿Es posible ante un hecho de un inimputable aplicar, sin más, una medida de seguridad o terapéutica postdelictual, aunque sea a través de un juicio? ¿No sería, a caso, más adecuado examinar primero si concurren todos los presupuestos necesarios para la antijuricidad?**

No hay que olvidar que puede darse el caso, no inusual, como ocurre en nuestros supuestos, de que un sujeto inimputable o semiinimputable no cometa ningún hecho antijurídico por **faltarle la acción** (caso 1) por incurrir en un **error invencible** (caso 2) o bien porque actúa amparado por una **causa de justificación** (caso 3). También puede suceder que estos sujetos realicen un hecho antijurídico, pero que concurra alguna causa que disminuya el injusto, como por ejemplo un error vencible, o una causa de justificación incompleta (ver también caso 3). Finalmente, el inimputable o semiinimputable puede actuar impulsado por una causa de inexigibilidad —por ejemplo, por miedo insuperable (caso 5).

De seguirse el método del T.S., ante unos mismos hechos podría llegarse a distintos resultados según fuera o no el sujeto activo un inimputable. Así, por ejemplo, quedaría impune el autor «normal» que actuara en error de tipo invencible; y en cambio se impondría una medida de seguridad al sujeto inimputable, a pesar de haber incurrido en el mismo error. Por eso, acertadamente, según un sector doctrinal es más adecuado seguir un **método secuencial o sucesivo** en el análisis de cualquier acción de la cual se haya seguido un resul-

tado lesivo, de modo que la falta de algún elemento de la antijuricidad impida ya analizar la culpabilidad (4). De esta forma, se evitaría imponer una medida de seguridad al inimputable que no ha cometido un hecho antijurídico por faltar alguno de sus presupuestos (5).

3. Esto nos lleva al problema que quiero analizar: ¿Es siempre correcto, desde el punto de vista político-criminal no aplicar ninguna medida de seguridad al iniputable o semiimputable que no actúa antijurídicamente? ¿tiene que quedar este sujeto, a pesar de su posible peligrosidad, exento de toda medida de seguridad?.

Para dar respuesta a estas dos preguntas distinguiremos varios supuestos:

Primero, el inimputable total o el sujeto con inimputabilidad disminuida realizan un hecho que no cabe calificar de antijurídico por faltar algunos de sus presupuestos, pero resulta que el espectador objetivo se hubiera comportado del mismo modo.

Segundo, la inimputabilidad total o inimputabilidad disminuida determinan la presencia de una causa de exclusión o de disminución del injusto.

Tercero, el enfermo mental actúa bajo miedo insuperable o trastorno mental transitorio.

II

1. PRIMERO. El inimputable o semiimputable no comete ningún hecho antijurídico (debido a ausencia de acción, a error invencible, o a la presencia de una causa de justificación) pero resulta que el espectador objetivo se hubiera comportado del mismo modo.

(4) Vid., en este sentido, MIR PUIG, *Término Delito o Falta*, p. 324, en ADPCP 1973: «No cabe sino condicionar tales medidas a la antijuricidad del hecho realizado por el inimputable»; MUÑOZ CONDE, *La creencia errónea de estar obrando lícitamente*, en Estudios Penales y Criminológicos, X, 1985-86, p. 320, se refiere al análisis secuencial y sistemático; TERRADILLOS, *Tratamiento jurídico penal de la enajenación*, p. 142-143, en Comentarios a la legislación Penal, tomo V, vol. 1.º, que se muestra críticamente respecto a «la práctica judicial que reclama el sobreseimiento libre previsto en el artículo 637 LECrim. una vez constatada la eximente primera del artículo 8 sin dar lugar a examinar si el hecho es antijurídico o si concurren otras causas de exención de responsabilidad. En contra de esta posición y a favor de declarar el sobreseimiento, vid. DEL TORO MARZAL, *La imputabilidad del heroinómano*, p. 217, nota 38, en Drogas: aspectos jurídicos y médico legales, 1986.

(5) En este sentido, vid. TERRADILLOS, *El tratamiento jurídico penal*, pp. 143-144; AGUDELO BETANCUR, *Los inimputables frente a las causas de justificación e inculpabilidad*, Colombia, 1982, p. 78 y *passim*. dice: «En caso de presentarse un hecho materialmente dañoso cometido por un inmaduro o trastornado mental, y cometido dentro de alguno de los casos de atipicidad, justificación o inculpabilidad, se debe absolver al sujeto reconociéndole la causal de que se trate, con total independencia de la problemática de la inimputabilidad.»

EJEMPLOS: 1.º A, el hombre más forzado del mundo obliga a B, inimputable, a disparar contra C. 2.º A, sujeto inimputable, dispara a contra B, porque cree erróneamente que B le iba a atacar. Cualquier persona en su lugar hubiera creído lo mismo. 3.º A, enfermo mental, confunde a B con un jabalí. Dispara y mata a B. El espectador objetivo «ex-ante» hubiera incurrido en el mismo error.

1.1. El sector doctrinal y jurisprudencial antes mencionado, según el cual cuando el hecho lo haya cometido un sujeto inimputable (6) hay que declarar directamente el sobreseimiento libre del caso, aplicará, en estos casos una medida de seguridad postdelictual, sin entrar a analizar la antijuricidad del hecho realizado. Para estos autores esto es así por las siguientes razones:

1.º. Si el artículo 383 de LECrim. prohíbe que sea enjuiciado públicamente quien se enajenó después del delito, sería absurdo celebrar dicho acto para quien ya está loco antes del delito.

2.º. El enajenado no puede cometer ningún delito, sino solo un hecho que la ley sanciona como delito (7).

Sin embargo, esta conclusión no es satisfactoria, ni desde un punto de vista sistemático ni de política-criminal.

1.2. **Sistemáticamente** no parece correcto prescindir de los requisitos necesarios para imponer una medida postdelictual previstos en el artículo 8 apartados 1 y 3.

La expresión utilizada en estos preceptos —...«un hecho que la ley sancionare como delito»— no puede referirse a hechos que la ley castiga como si fueran delitos, pero que en realidad no lo son. De ser así, *en primer lugar*, no quedarían nunca determinados los requisitos necesarios para que este hecho sin ser delito fuera sancionado como tal, y por lo tanto cualquier hecho (antijurídico o no) valdría para imponer una medida postdelictual. De esta forma, se infringiría el principio de legalidad según el cual, entre otras cosas, no hay pena sin ley escrita. *En segundo lugar*, y como consecuencia de lo anterior, no se distinguirían las medidas predelictuales de las postdelictuales: en ninguna de las dos haría falta la prevista comisión de un delito.

En conclusión, estos preceptos exigen que estas personas hayan o hubieran cometido un hecho que la ley sancionare como delito. Se trata pues de hechos que la ley sanciona como delito, o lo que es lo mismo, de hechos que la ley considera que son delitos.

Llegados a este punto interesa a continuación averiguar cuándo estamos, según el CP, en presencia de un delito.

¿Es delito el hecho típico y antijurídico, o bien el hecho típico antijurídico y culpable?

(6) Vid., en este sentido, DEL TORO MARZAL, *La imputabilidad*, p. 217.

(7) Vid. DEL TORO MARZAL, p. 217, nota 38; GÓMEZ COLOMER: *Enfermedad mental*, pp. 145 y ss.

Como ya ha señalado Mir Puig (8) el término «Delito» se utiliza en el CP en el sentido de *Injusto total*, esto es, comprensivo tanto del tipo en sentido estricto como de la ausencia de causas de justificación (9).

En efecto, que el Código cuando habla de delito no se está refiriendo al hecho típico antijurídico y culpable es evidente. Si el C.P. exigiera la culpabilidad no se podrían imponer nunca las medidas previstas en el artículo 8: este precepto requiere que el enajenado haya cometido un delito, y de seguirse esta última posición, delito sería un hecho típico antijurídico y *culpable*. Sin embargo, estos sujetos son precisamente inimputables: actúan sin culpabilidad.

Por otra parte, siguiendo también a Mir Puig (10), son muchos los preceptos del CP que permiten llegar a la conclusión de que «delito» equivale a supuesto de hecho o a tipo de injusto total. Así por ejemplo, pueden citarse el artículo 8.4, cuando exige que la agresión ilegítima constituya delito, el artículo 104 en relación al 20... (11).

Si esto es así, para imponer una medida de seguridad a un inimputable será necesario que cometa un hecho típico y antijurídico. Y, en los supuestos aquí analizados falta algún elemento de la antijuricidad. Por lo tanto no será posible aplicar al inimputable una medida de seguridad del artículo 8.1.

1.3. Desde el punto de vista de la política criminal orientada principalmente a fines preventivo generales, no es correcto tratar de forma distinta a situaciones idénticas. El hecho de ser inimputable o semiinimputable no ha de perjudicar —en estos casos— al sujeto. En efecto, si el hombre medio ha actuado de igual manera, y el Derecho penal no desvalorará su comportamiento, entonces no hay ninguna razón para considerar antijurídico este mismo comportamiento cuando lo realiza un sujeto inimputable o semiinimputable (12).

2. SEGUNDO. La inimputabilidad o semiinimputabilidad del sujeto determina la ausencia de capacidad de acción, el desconocimiento de la situación o la inexistencia de conciencia de la antijuricidad.

2.1. En estos supuestos, la falta de alguno de los presupuestos necesarios para que el hecho sea antijurídico se debe precisamente a la situación de inimputabilidad o semiinimputabilidad que sufre el sujeto. El espectador objetivo a partir de un juicio *ex ante* (13), con

(8) Vid. MIR PUIG, *ADPCP 1973*, p. 323 y *passim*.

(9) Sobre la fundamentación de la teoría de los elementos negativos del supuesto de hecho, vid. MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 2 ed. 1985, pp. 97 y ss.

(10) *ADPCP*, 1973, pp. 324 y ss.

(11) *Ibidem*, nota 10.

(12) Vid., en este sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 500; TERRADILLOS, *Tratamiento*, p. 142.

(13) Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 108.

los conocimientos objetivables del autor y en su situación hubiera actuado de forma correcta.

No está, pues, tan claro, que en estos casos, la inimputabilidad deba beneficiar al sujeto, ni que éste deba quedar exento de toda medida de seguridad. Pensemos, por ejemplo, en el caso del sujeto A, que debido a su enfermedad mental cree que todos los abrigos de piel que se encuentra son regalos de Dios, y que, por tanto, está legitimado a tomarlos. No parece posible negar, en el comportamiento de A, la presencia de un error de tipo, que pudiera ser incluso invencible (error sobre la ajenidad de las cosas). No obstante, por otro lado, es también cierto que se trata de un sujeto peligroso, al cual le sería conveniente imponer una medida terapéutica. En efecto, un sujeto que debido a su enfermedad mental, incurre sistemática y repetidamente en un error de tipo cuando se dan ciertas circunstancias (exteriores o interiores) puede ser un sujeto «peligroso».

Pero, ¿es posible de lege lata aplicar una medida de seguridad o terapéutica a estas personas?

Para responder a esta pregunta tendremos que analizar, *en primer lugar*, los requisitos necesarios según el CP y la ley de peligrosidad, para poner una medida de seguridad a un inimputable; en *segundo lugar*, habrá que distinguir entre inimputabilidad y semiinimputabilidad, y en *tercer lugar*, distinguir también entre causas de inimputabilidad (absoluta o relativa) que determinan ausencia de injusto y aquellas otras que sólo producen una disminución del injusto.

2.2. AUSENCIA DE INJUSTO COMO CONSECUENCIA DE LA INIMPUTABILIDAD O A LA SEMINIMPUTABILIDAD DEL AUTOR.

Como hemos visto en páginas anteriores, según los núm.1.º y 3.º del artículo 8 y el núm. 1.º del artículo 9 del CP, para imponer una medida de seguridad será necesario que el «enajenado hubiere cometido un hecho que la ley sancionare como *delito...*».

En consecuencia, para aplicar una medida de las previstas en estos artículos es indispensable que el enfermo mental haya realizado un delito (14). También hemos señalado que en mi opinión la interpretación más convincente es aquella según la cual en el Código Penal el término «delito» se utiliza en un sentido equivalente al de «supuesto de hecho». Por tanto, no habrá delito en los siguientes casos:

2.1.1. *Cuando concurra una causa de ausencia de acción* (caso 1).

(14) Cfr. DEL TORO MARZAL, *La imputabilidad*, p. 217, para el cual esta expresión no exige que el enajenado haya cometido un delito, ¿qué ha de haber cometido entonces el enajenado? Vid. en el sentido que acoja el texto, CARBONELL, *Enfermedad mental*, pp. 59 y ss.

Es doctrina dominante considerar que el comportamiento humano constituye el primer elemento de la antijuricidad. Acción para el Derecho penal, es un comportamiento humano voluntario (15). No cabe, pues, por ejemplo, considerar acciones a los actos no queridos de los epilépticos realizados durante una visión epiléptica; ni a los de otros enfermos mentales, siempre que la enfermedad anule por completo la voluntariedad (16). Los sujetos que lesionan algún bien jurídico bajo alguna causa de ausencia de acción no cometerán ningún delito —hecho antijurídico según el CP— por faltar su primer presupuesto: la acción voluntaria. Por tanto, aunque durante la lesión del bien jurídico concurra una causa de ausencia de acción derivada de la inimputabilidad del autor, y a pesar también de que, a menudo, se trate de un sujeto peligroso no podrá imponerse una medida de seguridad postdelictual.

Es cierto que dogmáticamente esta conclusión parece pues correcta. Sin embargo, sus consecuencias prácticas son insatisfactorias. En efecto, puede haber enfermedades mentales que den lugar a determinados actos reflejos, a inconsciencia o a otras causas de ausencia de acción, y que bajo estos efectos tenga lugar el delito. Pensemos en los hechos que analiza la STS 22 de abril de 1982, citada anteriormente. Dejando de lado el problema de si realmente cuando la jurisprudencia habla de acto reflejo estamos frente a un supuesto de ausencia de acción o quizá más bien frente a un caso de actos en corto circuito —y por tanto de acción (17)—, el hecho es que el T.S. consideró que el acto de exhibición de los órganos genitales que realizó el sujeto fue causado por un movimiento reflejo. Estamos, según la sentencia, ante un caso de ausencia de acción debida a la enfermedad mental que padece el sujeto. El T.S. absolvió a este sujeto y a continuación le internó en un establecimiento psiquiátrico, puesto que entendía que las circunstancias en que había realizado el hecho se ajustaban a lo descrito en el artículo 8.1. No dudo de que esta sea la solución más conveniente. Sin embargo, no es dogmáticamente correcta. Si el autor realiza el hecho en ausencia de acción, no comete ningún delito, y si no realiza ningún delito, no será posible aplicar ninguna medida de seguridad postdelictual (artículo 8.1).

¿Cabe no obstante recurrir, en caso de peligrosidad del sujeto, a una medida de predelictual? La respuesta dependerá del concepto de medida de seguridad predelictual que se mantenga.

(15) Vid., por todos, MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 132 y ss.; JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, 1981, pp. 295 y ss. (trad. y ad. MIR PUIG Y MUÑOZ CONDE).

(16) En contra, vid. BAUMANN, *STRAFRECHT*, AT, 8 ed., 1977, AT § 64 II 1 c.

(17) Sobre esta distinción en la jurisprudencia y en la doctrina, y sobre el concepto de ausencia de acción, ver SILVA-SÁNCHEZ, *La función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos (movimientos reflejos, actos en corto circuito, reacciones automatizadas)* (Comentario a la STS 23 septiembre de 1983) ADPCP 1986, p. 905 y ss.

Los que defiendan que las medidas predelictuales no pertenecen al Derecho penal, y no exijan, en consecuencia, para su aplicación la probabilidad futura de cometer un delito podrán imponer en estos supuestos una medida predelictual. (18).

Sin embargo, desde mi punto de vista, y siguiendo aquí a un importante sector de la doctrina (19), para imponer una medida de seguridad predelictual a un inimputable no basta con que exista un estado peligroso, sino que se requiere además la probabilidad de que este sujeto cometa un delito. Y si por este delito entendemos, como hemos dicho, un hecho típico y antijurídico, queda entonces también vedada la posibilidad de imponer una medida predelictual a una persona que haya «actuado» en ausencia de acción a causa precisamente de su inimputabilidad, a pesar de que probablemente volverá en el futuro a realizar los mismos hechos.

2.2.2. *Cuando el sujeto actúa en error de tipo invencible (caso 2)*. Se trata, ahora, de averiguar si es posible el internamiento de los sujetos que, a pesar de realizar la parte objetiva del tipo, a consecuencia de su situación personal (inimputabilidad) incurren en un error de tipo invencible, y por tanto actúan sin dolo ni imprudencia (19a).

Los que sigan una concepción causalista del delito (20), y consideren que el dolo y la culpa son elementos de la culpabilidad, no encontrarán ninguna dificultad para imponer una medida de seguridad a estos sujetos. En efecto, para la antijuricidad bastará en principio —desde este punto de vista— la mera causación de un resultado lesivo.

Quien incluya en cambio, —opinión a la que me adhiero— el dolo y la imprudencia en el tipo de injusto deberá exigir su presencia como presupuesto para la aplicación de una medida —pre— o postdelictual. En consecuencia, según esta concepción no será posible aplicar medida de seguridad alguna al inimputable que actúe en error de tipo invencible.

Sin embargo, parte de la doctrina y de la jurisprudencia alemana que incluyen el dolo y la imprudencia en lo injusto (21), considera

(18) Vid., en este sentido, BERISTAIN, *Medidas penales en el Derecho contemporáneo*, 1974, p. 78; JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en Derecho español*, 1976, pp. 92 y ss.; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, 3 ed., 1985, pp. 34 y ss.

(19) Vid. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 1976, pp. 23 y ss.; El mismo, *Derecho Penal*; pp. 5 y ss.; COBO/VIVES, *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., 1987, p. 701, definen a la peligrosidad criminal como un juicio de futuro en la medida que supone la afirmación de una probabilidad de delinquir; OCTAVIO DE TOUNO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, pp. 47 y ss.

(19a) En otro sentido, vid. AGUDELO BETANCUR, *Los inimputables*, p. 88, que se aparta de estos autores en cuanto considera que el comportamiento psíquico de los inimputables no puede ser calificado de doloso o imprudente.

(20) Vid. COBO/VIVES, p. 415 y ss.

(21) Consideran que un error de tipo causado por la perturbación psíquica del autor no debiera impedir su internamiento, puesto que esta clase de error no debe beneficiar

que si el sujeto enfermo mental desconoce, debido a su enfermedad, hechos, que el hombre medio normal hubiera conocido, procede igualmente la aplicación de una medida postdelictual, a pesar de que el §11 num. 5 del Código penal alemán define hecho antijurídico como realización de un supuesto de hecho (Tatbestand) contenido en una ley penal.

Pero esta concepción no es sostenible (22). En primer lugar, el baremo utilizado por este sector doctrinal —«el del hombre medio»— para decidir sobre la presencia o no de dolo o imprudencia en la actuación del enfermo mental no es el adecuado en nuestro Derecho positivo. En efecto, según el artículo 6 bis a) CP, para determinar la vencibilidad del error de tipo hay que tener en cuenta las «circunstancias del hecho y las personales del autor». Una circunstancia personal del autor es precisamente su normalidad o anormalidad motivacional. Por tanto, si teniendo en cuenta su inimputabilidad, el error es vencible, el sujeto podrá ser castigado por imprudencia. Pero, cuando resulte que, debido a la situación personal de inimputabilidad, el sujeto no puede vencer el error, deberá entenderse que se trata de un error invencible que dará lugar a la impunidad.

Este criterio, que a nosotros entiendo que nos viene impuesto por el Código penal, es acertado. La presencia o no de dolo, concebido como dolo natural, es decir como querer y conocer los elementos del hecho, no puede decirse con un criterio normativo sin llegar a conclusiones absurdas (23). Además, el conocimiento de los hechos se obtiene a través de una experiencia subjetiva, que por tanto difiere en cada sujeto. De suponer que ante unos mismos hechos todo sujeto tiene que haber conocido lo mismo, y que por tanto, a pesar de que se haya obrado desconociéndolos, se presume el dolo o la imprudencia en su comportamiento, se estará infringiendo el principio de culpabilidad, según el cual, entre otras cosas, la acción tiene que ser dolosa o culposa (artículo 1 CP) (23a). Veamos un ejemplo de lo dicho:

a su autor: HANACK (LK), 10 ed., 1985, § 63, Anm. 28; BAUMANN-WEBER, *Strafrecht*, AT, 9 ed., 1985, § 44 II, 1 c; BOCKELMANN, *Strafrecht* AT, 3 auf, 1979, § 41; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 23 ed., 1988, § 63 Anm. 7; LACKNER, *Strafgesetzbuch*, 17 ed., 1988, § 63, 1. Ver también en este sentido la sentencia alemana BGHSt. 3 287, 289, recogida por HANACK, en LK § 63 Anm. 26, que analiza el caso de un artista enfermo mental, que sin medios económicos concluye contratos de préstamo que no puede cumplir, pero que, dada su situación maníaca, cree que en el momento del vencimiento recibirá de algún modo el dinero.

(22) Vid. JESCHECK, *Tratado*, Vol. 2, p. 1119; BRUNS, JZ 1964, pp. 473, 478; HORN, SK, 5 ed., § 63 Rdn. 4; PREISEDANZ, *Strafgesetzbuch*, 30 ed., § 63 Rdn. 2 d.

(23) Vid. MIR PUIG, *Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto*, en prensa; SILVA SÁNCHEZ, *Observaciones sobre el conocimiento «eventual» de la antijuricidad*, ADPCP 1987, pp. 648 y ss.

(23a) En este sentido, vid. COBO/VIVES, *Derecho Penal*, p. 466, que entiende que «el conocimiento de los hechos requerido por el dolo exige un conocimiento actual de las circunstancias descritas por el tipo legal existentes al tiempo de la acción...»

A un sujeto que sufre de alucinaciones, en uno de sus trastornos ve convertido en venenosas serpientes todo lo que hay a su alrededor. A, coge la escopeta y dispara. Una de las sueltas serpientes que mata resulta ser su amigo B.

El sector doctrinal aquí criticando tendría que llegar a la conclusión de que A no actúa en error de tipo invencible, puesto que, según su criterio, si el hombre medio no hubiera incurrido en este error entonces no existe tal error. Pero esto equivale a afirmar que A mata a B dolosamente, es decir, que A conoce y quiere matar a B, lo que en realidad no es cierto. A no quiere matar a B sino a la serpiente que ve en él. Tampoco puede recurrirse automáticamente al error de tipo vencible: también la vencibilidad e invencibilidad del error debe decidirse con un cierto criterio que tenga en cuenta las condiciones personales y subjetivas del autor —valorado todo ello por el espectador objetivo.

En segundo lugar, si para que un comportamiento humano sea antijurídico se exige dolo o imprudencia, no hay razón para hacer una excepción con las acciones de los inimputables. Esto significaría recurrir a la analogía o a la extensión teológica contra reo, no permitida en Derecho penal (23b).

En conclusión, de aceptar el principio de que sin dolo o imprudencia no hay hecho antijurídico, en los casos aquí examinados, aunque el error de tipo tenga su origen en la enfermedad mental, y se tenga la certeza de que el sujeto en cuestión incurrirá de modo habitual en esta clase de error, no podría éste ser internado.

2.2.3. *Cuando concurre alguna causa de justificación*. La doctrina está de acuerdo en negar la aplicación de toda medida de seguridad o terapéutica cuando el sujeto haya actuado amparado por una causa de justificación, puesto que no existe razón alguna para tratarle de peor manera que al sujeto normal (24).

El problema se plantea cuando el enfermo mental, y a causa, otra vez, de esta enfermedad incurre en un error sobre los presupuestos de una causa de justificación.

Ejemplo. Un enfermo mental con ideas delirantes cree ser objeto de una agresión y lesiona a otras personas (25).

(23b) Sobre el concepto de extensión teleológica, ver LARENZ, *Metodología de la Ciencia jurídica*, 1980, 2 ed., p. 391; MIR PUIG, *Introducción a las bases*, pp. 322 y ss.

(24) Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*; TERRADILLOS, *Tratamiento*, p. 142; HORN, SK, Rdn. 5; SCH/SCHRÖDER/STREE, § 63 Rdn. 4; BAUMANN, AT, § 44 II 1 c; JESCHECK, *Tratado*, vol. 2, pp. 118 y ss.; HANACK, § 63 Anm. 31.

(25) Ejemplo de la jurisprudencia alemana BGH 10 355 357, citado por Hanack, § 63 Anm. 31.

A) Los que consideren que el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación es un error de prohibición —teoría estricta de la culpabilidad— o un error *sui generis* —teoría que remite a las consecuencias jurídicas—, y que por lo tanto se trata de un error que afecta en todo caso a la culpabilidad (26), no encontrarán ningún obstáculo para imponer en estos casos una medida de las mencionadas en el artículo 8. (27).

En efecto, para este sector doctrinal el hecho típico realizado con error invencible sobre los elementos de una causa de justificación es un hecho típico y antijurídico, es decir, delito en sentido del CP, el artículo 8 requiere para imponer una medida de seguridad, que el «enajenado haya cometido un delito».

B) En cambio, no podrán aplicar una medida del artículo 8 ni una medida predelictual al enfermo mental que incurra en esta clase de error los que defiendan (27a), como nosotros, que este error es un error de tipo, puesto que faltará ya —según esta concepción a la cual me adhiero— la antijuricidad, y no sólo la culpabilidad.

De seguirse esta última posición se llegará a la conclusión, insatisfactoria desde el punto de vista políticocriminal pero dogmáticamente correcta, de que no cabe aplicar, al igual que sucedía en los casos de error de tipo directo, ninguna medida terapéutica al sujeto que a causa de su enfermedad mental suponga equivocadamente que concurren los elementos objetivos de una causa de justificación.

2.2.4. *Cuando concurre un error de prohibición.* Si se entiende que el error prohibición es un problema de culpabilidad, no existirá ningún obstáculo dogmático para imponer una medida de seguridad a los que como consecuencia de su enfermedad mental crean que actúan de conformidad con el Derecho, ya sea debido a un error de prohibición directo, ya sea como consecuencia de un error de prohibición indirecto.

Pero quien considere que la conciencia de la antijuricidad pertenece al injusto, (28), se enfrentará con el mismo problema, ya examinado anteriormente: el inimputable que incurre en error de prohibición debido a su enfermedad mental no actuará antijurídicamente y, por lo tanto, no se le aplicará ninguna medida de seguridad.

(26) En este sentido, vid. JESCHECK, *Tratado*, § 77, p. 1119; MAURACH-ZIPF, *Strafrecht*, AT, Teil 2, 6 ed., 1984, 68 I 1; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11 ed., 1969, § 35 I 1a; SCH/SCHRÖDER/STREE, § 63 Rdn, 4; BAUMANN-WEBER, AT, § 44 II 1c; DREHER-TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, 44 auf. 1988, § 63 Rdn. 2a).

(27) Vid., en este sentido, MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 361; JOSHI, *El error sobre los presupuestos de una causa de justificación en la doctrina del T.S.*, *passim*, ADPCP, 1987.

(27a) Vid. en este sentido MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 544. No podrá sin más internar a los sujetos mencionados, por no cometer éstos un delito.

(28) La inclusión del error de prohibición vencible en esta sección es sólo válida para la doctrina que considere que este error afecta a la antijuricidad de la conducta. En este sentido, MIR PUIG, *Derecho penal*, p. 543.

2.3. SUPUESTOS DE DISMINUCIÓN DEL INJUSTO A CAUSA DE LA INIMPUTABILIDAD O SEMIINIMPUTABILIDAD DEL AUTOR.

Se incluyen aquí los casos de sujetos que debido a su enfermedad mental actúan en un error de tipo vencible directo o indirecto (29), en un error de prohibición vencible y los casos en los cuales concurre una causa de justificación incompleta. En definitiva, son supuestos en los que la enfermedad mental determina sólo una disminución del injusto, pero no su exclusión. Nada impedirá imponer al inimputable y al semiinimputable una medida de seguridad, puesto que realizan un hecho antijurídico.

No obstante queda aún sin resolver la cuestión de si la inimputabilidad o semiinimputabilidad tiene que beneficiar al sujeto. El problema se agrava, como veremos a continuación en los casos de inimputabilidad parcial.

La sentencia 4 de julio de 1980 (30) analiza un caso de inimputabilidad disminuida que nos puede servir de ejemplo. Los hechos son los siguientes: Josefa, un sujeto con trastornos esquizofrénicos y oligofrénicos que le disminuían la inteligencia de modo permanente hizo ingerir a su propia hija, un bebé de pocos meses, un gran número de biberones de leche y agua de forma continuada. Con ello provocó la muerte por asfixia de la pequeña. El T.S. condenó a la procesada por un delito de parricidio imprudente. Según la sentencia, Josefa desconoce, a causa de su enfermedad, las consecuencias de su acción, pero le hubiera sido posible percatarse de ellas. La procesada incurre, pues, en un error de tipo vencible —recordemos que la vencibilidad del error se decide con un criterio subjetivo que tiene en cuenta la personalidad del autor, y, por tanto, comete un injusto imprudente y no doloso, que es el que hubiera cometido el hombre medio normal.

De acuerdo con nuestra legislación actual (artículo 9.1 CP), el sujeto, que a causa de padecer una enfermedad mental que lo convierte en semiinimputable, haya incurrido en un error de tipo vencible, y se tenga la certeza de que en el futuro volverá a comportarse del mismo modo, no podrá imponérsele una medida que supere el tiempo de la pena prevista para el delito cometido: en nuestro caso un delito imprudente.

Esta conclusión, teóricamente correcta, puede tener consecuencias insatisfactorias. En efecto, un sujeto, que a causa de su enfermedad mental incurre repetidamente en un error de tipo, que atendidas sus circunstancias personales, debe considerarse vencible, realiza un injusto imprudente muy poco grave. Y de acuerdo con el artículo 9.1 CP

(29) Vid. CORCOY BIDASOLO, *En el límite entre dolo e imprudencia*, en ADPCP, 1985, pp. 962 y 970.

(30) Sentencia citada en SILVA/CORCOY, *Prácticas*, p. 39.

se le aplicará una medida de seguridad, pero por poco tiempo, con lo cual quizá no habrá tenido tiempo de recuperarse, y la medida habrá sido inútil.

3. TERCERO. Puede suceder que el enfermo mental bajo miedo insuperable o un trastorno mental transitorio.

Cabe distinguir varios supuestos:

1.º Que el espectador objetivo con los conocimientos y en la situación del autor —con el límite de la normalidad psíquica (31)— actuara del mismo modo. En este caso lo correcto es apreciar estas causas y dejar al autor exento de toda pena y medida de seguridad (32).

2.º Que el miedo insuperable, el error sobre sus presupuestos o el trastorno mental tengan su base o fundamento en una anomalía psíquica del sujeto, y se tenga además el convencimiento de que estas situaciones volverán a presentarse en el futuro.

Conviene analizar cada causa por separado, puesto que su distinto fundamento nos podría conducir a soluciones diferentes:

3.1. *El enfermo mental actúa bajo miedo insuperable.* Se incluyen aquí aquellas situaciones frente a las cuales el hombre medio no hubiera sentido miedo. Se trata, pues, de un miedo patológico, causado por las enfermedad mental que padece el sujeto, y que, por tanto, según nuestro baremo —el del hombre medio con el límite de la normalidad psíquica— no puede dar lugar a miedo insuperable (33).

Veamos un ejemplo: La STS de 12 de febrero de 1986 analiza el caso de un sujeto, a que con anterioridad a los hechos sufría de una psicosis endógena que le hacía raro en sus relaciones sociales, y esto hizo que perdiera sus puestos de trabajo. El mencionado sujeto culpaba de todo ello a su cuñado, por lo que, un día estando a solas con él le clavó un cuchillo en el cuello. Según el dictamen médico, el procesado padece una esquizofrenia paranoide y su creencia es que si no mata a la víctima ésta acabará con él y su familia.

Aquí el hombre medio no hubiera visto en el cuñado al mal amenazante, y por tanto no lo hubiera matado impulsado por miedo insuperable. El miedo que sufre A es un miedo patológico causado por la esquizofrenia paranoide, y que por tanto no cabe tenerlo en cuenta tal como miedo. Tendremos entonces que comprobar si cabe aplicar

(31) Aquí hay que tener en cuenta el límite de la normalidad psíquica porque la no exigibilidad de una conducta no es una cuestión relativa al conocimiento que el sujeto tiene sobre unos determinados hechos, como sucede en el dolo y en el error, ni se trata de exculpar al sujeto porque sea distinto al hombre normal. Todo lo contrario, la exculpación tiene su fundamento en que el sujeto actúa precisamente como lo habría hecho cualquier hombre normal. Vid., en este sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 522.

(32) Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 500.

(33) Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 530. Esto es consecuencia también del fundamento que este autor da, y que aquí se acoge, al miedo insuperable.

el trastorno mental. Si no es posible su apreciación completa ni incompleta, podrá aplicarse una medida del artículo 8. 1 sin ningún problema, ya que el sujeto en cuestión habrá cometido un «delito» en el sentido del CP, es decir un hecho antijurídico. (Para los casos en que puede aplicarse el trastorno mental, ver el apartado 3.3.).

3.2. *El enfermo mental cree que concurre un mal amenazante cuando en realidad no concurre (error sobre un presupuesto del miedo insuperable).* El error sobre el mal amenazante puede dar lugar a la anormalidad motivacional requerida para el miedo insuperable: la creencia errónea de estar amenazado por un mal puede originar miedo, y si el hombre medio en la situación del autor, sin el límite de la normalidad psíquica, puesto que estamos frente a un error, hubiera incurrido en este error, y este hombre medio, ahora con aquel límite (34), hubiera sentido miedo podrá apreciarse la eximente de miedo insuperable.

¿Pero qué tratamiento debe recibir el error cuando su origen sea la enfermedad mental? ¿Habrá también que apreciar miedo insuperable y exculpar al sujeto? La respuesta a esta última pregunta debe ser negativa. En efecto, estas situaciones son también de miedo patológico, puesto que, a pesar del error, el hombre medio no sentiría miedo. La presencia de un error sobre el mal amenazante no podrá negarse, pues como ya hemos señalado, el criterio para decidir si existe o no error es subjetivo —el hombre medio en la situación del autor con todos sus conocimientos y condiciones personales y psíquicas—. Pero este supuesto mal amenazante no podrá dar lugar al miedo insuperable por la sencilla razón de que para el hombre medio normal —criterio que se utiliza para saber si estamos frente a una situación de miedo— no sería una situación de miedo y por lo tanto no se aplicaría el artículo 8.10.

También aquí habría que examinar si concurre el trastorno mental transitorio. De ser la respuesta negativa podrá igualmente aplicarse una medida de seguridad.

3.3. *El enfermo mental actúa en trastorno mental transitorio.* Según la doctrina dominante el trastorno mental se caracteriza por ser transitorio y exógeno. Cuando este trastorno sea debido a la enajenación ya no será exógeno, y por tanto lo correcto será apreciar enfermedad mental y aplicar una medida de seguridad del artículo 8.1. (36).

(34) Ver nota 31.

(35) Vid. MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 533.

(36) Cf. GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*, 1979, p. 75.

III

A lo largo de este trabajo he intentado poner de relieve la dificultad dogmática que muchas veces existe para imponer una medida de seguridad a sujetos inimputables, a pesar de que las necesidades prácticas de prevención así lo reclamen. Son sujetos inimputables y peligrosos, que lesionan un bien jurídico. Esta lesión, sin embargo, no se les puede imputar por faltar en su comportamiento algún presupuesto del «delito», es decir del hecho antijurídico: la acción, el tipo subjetivo...

En consecuencia, no se les puede aplicar ninguna medida postdelictual ni predelictual. Existe, pues, una laguna legal, que habría que completar. La solución podría ser introducir un precepto legal que tuviera en cuenta toda la problemática expuesta.

Su redacción tendría que tener presente los siguientes:

Cuando no sea posible imponer una medida de seguridad prevista en el CP a los sujetos para los cuales aquellas están previstas, por faltar algún presupuesto del hecho antijurídico a causa de su enfermedad mental, podrá sometérselos también a tratamiento siempre y cuando se trate de sujetos peligrosos que hayan lesionado un bien jurídico, y exista la posibilidad de que en el futuro cometan hechos similares.

La atenuante de arrepentimiento activo: artículo 9.9 del Código Penal

MARIA-LOURDES MOZOTA FATAS

Becaria. Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. EVOLUCION HISTORICA. III. «ITER CRIMINIS» Y ARREPENTIMIENTO. IV. LA ATENUANTE DE ARREPENTIMIENTO ACTIVO. A) n Naturaleza jurídica y fundamento. B) Elementos integrantes: 1. Elemento subjetivo. 2. Elemento objetivo. 3. Elemento cronológico o temporal. V. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE LEGE FERENDA.

I. INTRODUCCION

En el artículo 9 se recoge la enumeración de las circunstancias atenuantes, las cuales pueden clasificarse en tres grupos:

- Eximentes incompletas (n.º 1);
- Atenuantes específicas (n.º 2, 3, 4, 8, 9) (1);
- Atenuantes por analogía (n.º 10).

Dentro del segundo grupo, atenuantes específicas se encuentra la circunstancia número 9, de arrepentimiento espontáneo (calificativo legal) (2), activo (Antón Oneca) (3), o ineficaz (Luzón Domingo) (4).

El arrepentimiento es una circunstancia polémica en casi todos sus aspectos: se discute su razón de ser como circunstancia modificativa

(1) MERCEDES ALONSO excluye del concepto de circunstancias las eximentes incompletas y la menor edad. ALONSO ALAMO, M.: *El sistema de las circunstancias del delito*, p. 193.

(2) En el artículo 9.9 se habla de «impulsos de arrepentimiento espontáneo».

(3) ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal*, 2.ª edición anotada y puesta al día por Hernández Guijarro y Beneytez, Akal, Madrid, 1986, p. 379.

(4) LUZÓN DOMINGO, M.: *Derecho Penal del Tribunal Supremo*, Colección de Iure et Vita, Barcelona, 1964, p. 332.

de la responsabilidad, su fundamento ético o pragmático, su naturaleza, sus elementos integrantes...

Antes de comenzar el análisis de la circunstancia tal y como se regula en el Código vigente, es necesario revisar sus precedentes legislativos en los Códigos históricos.

II. EVOLUCION HISTORICA

Fuera de nuestras fronteras y como una primera muestra de esta atenuante, es de destacar el Código Penal austríaco de 1803. En su artículo 39 establece: «Las circunstancias atenuantes que conciernen a las personas son... n.º 7: Si ha buscado con celo activo reparar el daño causado, o si ha impedido las consecuencias perniciosas ulteriores. n.º 8: Si pudiendo fácilmente sustraerse por la huida u ocultarse, se ha denunciado él mismo y ha confesado el delito».

La regulación de este Código interesa por tener un carácter exclusivamente objetivista y basado en razones pragmáticas, a diferencia de la regulación legal del texto español vigente, como luego veremos.

En lo que respecta al Derecho español, nuestro primer Código, de 1822, recoge en el capítulo IV del Título preliminar, en el artículo 107 esta circunstancia. En este artículo se dividía en dos números lo que hoy día se contempla, como una única circunstancia; así, el n.º 5 consideraba como circunstancia que disminuye el grado del delito: «El arrepentimiento manifestado con sinceridad, inmediatamente después de cometido el delito, procurando voluntariamente su autor impedir o remediar el daño causado por él, socorrer o desagraviar al ofendido.» Y el n.º 6: «El presentarse voluntariamente a las autoridades después de cometido el delito, o confesarlo con sinceridad en el juicio, no estando convencido el reo por otras pruebas.»

Esta fórmula ha sido considerada por diversos autores, entre ellos Rodríguez Devesa (5), como superior a la actual.

La circunstancia de arrepentimiento no se va a contemplar en los sucesivos Códigos de finales del siglo XIX y principios del XX. Tampoco aparecerá en el Código Penal provisional de Carlos VII de 1875, aunque sí se incluye en el de 1914, de la zona de Marruecos, con una regulación sorprendentemente objetiva. En el artículo 10 se establecía: «Son circunstancias atenuantes... n.º 8: La de haber dado espontáneamente satisfacción al ofendido o procurar reparar el daño, antes de que diera principio el procedimiento. n.º 9: La presentación espontánea del delincuente a las autoridades, confesando el delito antes de ser éste descubierto o no siendo aquél perseguido, ni señalado como presunto culpable».

(5) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.²: *Derecho Penal español, Parte General*, Madrid, 1970, p. 585.

Sin embargo, durante esta época de silencio legal, el arrepentimiento es alegado insistentemente ante los Tribunales como circunstancia atenuatoria por analogía. Por norma, el Tribunal Supremo la va a rechazar, entendiéndolo que «la circunstancia de que se trate en caso de analogía, ha de ser siempre anterior o coetánea al delito» (STS. 8 junio 1888) y no posterior, como es el caso del arrepentimiento. Sin embargo, en sentencias asiladas nuestra jurisprudencia va a hacerse eco de las alegaciones en favor de dicha circunstancia y la reconoce en algunas como la de 21 de noviembre 1874 o la de 14 noviembre 1877.

Con el Código de la Dictadura de 1928, la atenuante se reincorpora. Las razones que llevaron a ello fueron, en parte, una minoritaria, pero importante corriente jurisprudencial y sobre todo, según Quintano Ripollés, «el impulso de la gran corriente de opinión europea en favor de su adopción cuyo más visible campeón fue Carlos Stoos, autor del Anteproyecto de Código Penal Suizo» (6).

El Código de 1928 establece en su artículo 64 que «Atenuan la responsabilidad las circunstancias siguientes: 6.^a: Haber procedido espontánea e inmediatamente, a dar satisfacción adecuada al ofendido, a disminuir los resultados de la infracción o a reparar la lesión o el daño, siquiera en parte, con propio sacrificio personal o económico, todo ello antes de dar principio el procedimiento. 7.^a: Haberse presentado espontáneamente el culpable a las autoridades, confesando la infracción antes de ser ésta descubierta, o de que aquél hubiere sido citado o perseguido como presunto culpable.

Los tribunales estimarán o no esta circunstancia y la del número anterior a su prudente arbitrio, apreciando en cada caso el valor de los actos a que se refieren».

Con el Código de 1932, la circunstancia se consagra definitivamente. El artículo 9 en su número 8.^o establece que es circunstancia atenuante: «La de haber procedido por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido, o a confesar a las autoridades, la infracción antes de conocer el culpable la apertura de procedimiento judicial».

El Código de 1944 mantiene básicamente lo establecido en el artículo 9.8 del Código de 1932, aunque con un pequeño, pero significativo cambio. El artículo 9.9 del Código de 1944 dice así: «Son circunstancias atenuantes... n.^o9: La de haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido, o a confesar a las autoridades la infracción.

(6) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Comentarios al Código Penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, p. 190.

Con el Código de 1944, el requisito cronológico de anterioridad al conocimiento de la apertura de procedimiento judicial, pasa a ser exigido no sólo para la confesión a las autoridades, sino también para la reparación o disminución de los efectos del delito y para la satisfacción al ofendido (7).

La formulación del Código de 1944 es la que se recoge en el actualmente vigente y la que se pretende analizar en este trabajo.

III. ITER CRIMINIS Y ARREPENTIMIENTO

El delito hasta su consumación atraviesa diversas fases; en cada una de ellas puede producirse en el sujeto activo una serie de motivaciones que supongan un arrepentimiento. Este arrepentimiento, tiene distinta valoración según cuál sea el momento en que se da.

Puede suceder que el sujeto haya dado inicio a la acción delictiva, pero por una serie de causas dependientes de su voluntad, se aparta de dicha acción; se produce un desistir. Este desistimiento es apreciado, sensu contrario, en otro lugar del Código Penal distinto del artículo 9.9 el artículo 3.3, como elemento excluyente de la tentativa (8).

Es posible que un sujeto haya practicado todos los actos que hubieran de dar lugar al delito, pero también por causas dependientes de su voluntad, no se produce el resultado. Aquí ya no es posible un desistir, puesto que la acción ha sido terminada. En este caso tiene lugar un arrepentimiento que impide el resultado. Este arrepentimiento tampoco es el del artículo 9. Lo mismo que en el caso anterior esta figura, en sentido contrario, se aprecia en el número 2 del artículo 3, referido al delito frustrado. Aquí estaríamos ante una exclusión de la frustración.

Acabamos de ver dos figuras diversas de la circunstancia de arrepentimiento. Penalmente, el ámbito de estas figuras no es el mismo, puesto que operan en momentos distintos.

Desde el punto de vista de la penalidad, la influencia del arrepentimiento en los tres momentos estudiados es también diferente.

(7) MARTÍNEZ VAL, J. M.^a: *El arrepentimiento espontáneo*, RGLJ, 1957, p. 45. López Rey, por contra, entendía que el requisito cronológico en el Código de 1932, era exigido para los tres actos, y no sólo para la confesión. LÓPEZ REY, M.: *El nuevo Código Penal*, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1933, p. 50.

(8) MARTÍNEZ VAL en su artículo sobre el arrepentimiento espontáneo, entiende que el arrepentimiento y el desistimiento operan psicológicamente en la misma línea; la raíz de ambos es pareja: si se desiste es porque se está arrepentido. El desistimiento es en consecuencia una especie de arrepentimiento, fórmula genérica del problema. MARTÍNEZ VAL, J. M.^a: *Ob. cit.*, p. 17.

Con respecto a la opinión de Martínez Val y a la mía propia, hay que aclarar dos cuestiones: primera, que cuando se habla de desistimiento, obviamente se trata del voluntario, y segunda, que el concepto de arrepentimiento ha de entenderse no en sentido moral, sino en su dimensión jurídica, como más adelante veremos.

En el caso del desistimiento, cuando se da principio a la acción, pero se renuncia a continuarla, la conducta iniciada queda impune, puesto que se excluye la tentativa (9).

En los supuestos de arrepentimiento eficaz, esto es, cuando opera en la esfera del delito frustrado, esos actos de ejecución que de no mediar el arrepentimiento hubieran dado como resultado el delito, también quedarán impunes al excluirse la frustración.

En uno y otro caso, el delito no se consuma; la consumación se impide desistiendo o arrepintiéndose voluntariamente de su producción.

Finalmente, en los supuestos de delito consumado, si se produce el arrepentimiento, no supondrá una exclusión de la pena, sino una atenuación (por eso algunos autores lo han calificado como arrepentimiento ineficaz) (10).

IV. LA ATENUANTE DE ARREPENTIMIENTO ACTIVO

Una vez delimitados los conceptos de desistimiento y arrepentimiento y establecida la distinción entre arrepentimiento eficaz e ineficaz, hay que centrarse en este último, objetivo propio del presente trabajo.

La atenuante de arrepentimiento activo se contempla en el Código actualmente vigente en el artículo 9.9 cuya formulación procede del de 1944. Dice el citado artículo: «Son circunstancias atenuantes... n.º 9: La de haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción».

A) Naturaleza jurídica y fundamento.

A diferencia de las demás atenuantes, la del número nueve se caracteriza por que por lo general, opera con posterioridad a la consumación del delito. No obstante se plantea un supuesto en el cual es posible la aplicación de la atenuante de arrepentimiento con anteriori-

(9) Frente a esta opinión dominante sustentada por RODRÍGUEZ MUÑOZ en sus notas al *Tratado de Derecho Penal*, de Mezger (nota 1.ª, p. 229), MUÑOZ CONDE entiende que desistir voluntariamente de la consumación del delito, produce la impunidad del que desiste, impunidad que se configura como causa personal de exclusión de la pena. MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, Temis, Bogotá, 1984, p. 191.

Consecuencia de esta interpretación sería que en caso de desistimiento quedaría impune quien realizara la tentativa, pero no los partícipes.

En *El desistimiento voluntario de consumir el delito* (Bosch, Barcelona, 1972, pp. 63-65), MUÑOZ CONDE no se manifestaba tan rotundamente; hablaba del desistimiento voluntario como causa de exclusión de la penalidad, en un intento de clasificación sistemática, pero sin ocuparse de más cuestiones.

(10) Entre otros, LUZÓN DOMINGO, M.: *Ob. cit.*, p. 332.

dad a la consumación, es el caso del desistimiento malogrado, tal como lo denomina Muñoz Conde.

El desistimiento malogrado tendría lugar cuando «una vez comenzados los actos de ejecución del delito, el curso causal se escapa de las manos del autor y éste no puede impedir, aun queriéndolo, que el resultado prohibido se produzca». (11).

El tenor del artículo 9.9, en nada impide la aplicación de la atenuante para estos supuestos, es más, la no aplicación de la atenuante sería injusta, puesto que si se atenúa la responsabilidad criminal del que comete un delito y luego se arrepiente, con mayor razón tendrá la responsabilidad atenuada quien antes de que se produzca el resultado trata de impedirlo, aunque no lo logre.

Evidentemente, la naturaleza jurídica de la circunstancia de arrepentimiento varía según tenga lugar antes o después de la consumación. En el caso del desistimiento malogrado, no puede admitirse que el fundamento de la atenuación resida en la menor gravedad de lo injusto, puesto que el comportamiento antijurídico se ha llevado a cabo, aun cuando el sujeto trate, en vano, de impedir el resultado. Así pues, el fundamento de la atenuante hay que buscarlo en el terreno de la culpabilidad; implica una disminución de la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica (12).

Respecto a los supuestos en los que el arrepentimiento opera con posterioridad a la consumación, en principio hay que rechazar que esa circunstancia disminuya la gravedad de lo injusto, ya que éste ha sido plenamente realizado: lo antijurídico se refiere o bien a la acción o bien al resultado, pero el juicio desvalorativo de la antijuricidad no puede verse influido por una conducta posterior al comportamiento antijurídico mismo. No es posible una atenuación de lo injusto con eficacia retroactiva, por así decirlo.

Por otro lado, hay autores que intentan fundamentar la eficacia atenuatoria del arrepentimiento en una disminución de la culpabilidad. Así, Antón Oneca afirma que el arrepentimiento es circunstancia de menor culpabilidad, en cuanto que demuestra una voluntad criminal menos intensa (13).

Ferrer Sama considera que esta circunstancia tiene su razón de ser en el hecho de constituir el arrepentimiento, un exponente de la

(11) MUÑOZ CONDE, F.: *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, p. 144. Como ejemplos de desistimiento malogrado, el mismo autor, en las páginas siguientes, relata algunos casos tomados de Schmidhaeuser y otros propios; v.g. A quiere matar a B y coloca una bomba de relojería en su habitación. Unas horas más tarde, arrepentido, desconecta la bomba. A pesar de ello y ante su asombro, la bomba estalla y mata a B.

(12) Respecto al concepto de culpabilidad, vid. WELZEL H.: *El nuevo sistema de Derecho Penal*, Trad. CEREZO MIR, Ariel, Barcelona, 1964, p. 79 y ss.

(13) ANTÓN ONECA, J.: *Ob. cit.*, p. 379.

menor peligrosidad del sujeto (14), y en este sentido cita a Florian y a Manzini. Este último, considera que su «Trattato di Diritto Penale Italiano», que la circunstancia es aplicable en cuanto que revela un arrepentimiento que es índice de menor crimosidad del culpable, y se contrapone a la agravante de haber aumentado las consecuencias del delito, que manifiesta, en cambio, extraordinaria perversidad (15).

Mercedes Alonso, destaca el elemento subjetivo de la circunstancia, pero por tratarse de un hecho posterior a la consumación del delito, entiende que no puede afirmarse tajantemente que el fundamento de la atenuante resida en una menor culpabilidad de agente, sino en que el arrepentimiento ha de valorarse sólo como indicio de la menor culpabilidad por el hecho. La razón por la que toma esta postura viene a ser la misma por la que afirma que el fundamento no puede residir en la menor gravedad de lo injusto: el arrepentimiento es posterior a la consumación. La culpabilidad es siempre culpabilidad por el hecho aislado, no por la conducta vital y momento de la culpabilidad es el momento de la acción, pues es entonces cuando la norma despliega su eficacia motivadora; en este sentido cabe señalar que el comportamiento posterior al delito debe valorarse sólo de forma indicidaria para la culpabilidad por el hecho (16).

Otros autores han tratado de explicar el fundamento de la atenuante desvinculándolo de la culpabilidad.

Rodríguez Devesa entiende que el arrepentimiento que el Código valora como atenuante es circunstancia posterior a la comisión del delito y no constituye, ni puede constituir, en buena técnica jurídica, elemento del mismo, ni esencial, ni accidental (17).

En este mismo sentido, Orts Berenguer, recogiendo la tesis de Cobo del Rosal, considera que la atenuante de arrepentimiento espontáneo rebasa los límites de la antijuricidad y de la culpabilidad, puesto que ambos elementos han surgido intactos cuando el sujeto da muestras de pesar e intenta reparar el daño o presentarse a la Justicia, por lo que son razones de política criminal el fundamento de la atenuante (18).

Puig Peña, por su parte, expone la tesis contraria a la admisión del arrepentimiento como atenuante por razones de técnica jurídica,

(14) FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código Penal*, Sucesores de Nogués, Murcia, 1946, p. 315.

(15) MANZINI V.: *Trattato di Diritto Penale italiano*, vol. II, 5.ª edición, puesta al día por Nuvolone y Pisapia, UTET, Turín (Italia), 1981, p. 289.

(16) ALONSO ALAMO, M.: *Ob. cit.*, p. 736.

Hay que recordar que Mercedes Alonso entiende la culpabilidad al modo de Jescheck, afirmando que el objeto del juicio de culpabilidad es un defecto de la actitud jurídica del autor, su actitud o posición valorativamente defectuosa para el derecho. ALONSO ALAMO, M.: *Ob. cit.*, p. 443.

(17) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª: *Ob. cit.*, p. 585.

(18) ORTS BERENGUER, E.: *Atenuante de análoga significación*, Universidad de Valencia, 1978, p. 35.

sosteniendo que si el dolo «subsequens non nocet», tampoco ha de beneficiar con positivo influjo en la responsabilidad «ex delicto» lo que al consumarse éste aún no ha venido; es decir, que siendo el arrepentimiento posterior a la consumación del delito, no puede afectar al elemento subjetivo de éste: la culpabilidad. A todo lo más que podría llegarse es a una situación de favor en la fase penitenciaria, afectando el arrepentimiento no a la culpabilidad sino a los principios de la Penología (19).

Mir Puig, en esta misma línea, argumenta que la atenuante no puede disminuir lo injusto, ni tampoco la culpabilidad, sino sólo la punibilidad del hecho, categoría dogmática que se refiere a aquellos factores político-criminales de la pena que no afecten ni a lo injusto, ni a la culpabilidad (20).

Otra de las soluciones sería considerar que al estar totalmente realizados los elementos del delito, el arrepentimiento no puede suponer una atenuación de los mismos y por tanto su estudio habría que extraerlo de la Teoría Jurídica del Delito y llevarlo a la Teoría de la Medición de la Pena, lo cual supondría seguir manteniendo la eficacia atenuatoria, aunque basada en otras razones de política criminal, en relación, sobre todo, con la prevención especial. Lo que se persigue con esta es actuar sobre la persona del delincuente, para evitar que vuelva a delinquir en el futuro (21). Se trata de tener en cuenta la personalidad del delincuente al establecer la pena. Ha sido Baeza quien ha seguido esta línea, desarrollando una interesante tesis, al entender que el fundamento del arrepentimiento espontáneo es la adecuación de la pena a sus fines. Sostiene esta opinión sobre la base de algunas decisiones jurisprudenciales que identifican al «arrepentido» de esta atenuante con el «rehabilitado» y en consecuencia, por ello, digno de menor pena, pues estaría de más la prevención especial. Es decir, el sujeto que lleva a cabo esas conductas reparadoras, se formula un autorreproche de su voluntad que permitió y quiso un actuar antijurídico y es este autorreproche el que invalida cualquier finalidad de prevención especial, al menos parcialmente y esa porción de pena destinada a la prevención especial la que sobra y, en consecuencia, la que debe suprimirse (22) (23).

(19) PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 122.

(20) MIR PUIG, S.: *Derecho Penal, Parte General*, PPU, Barcelona, 1984, p. 564.

(21) CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal español, Parte General I*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 24.

(22) BAEZA AVALLONE, V.: *El arrepentimiento espontáneo*, CPC, n.º 9, 1979, p. 16.

(23) La STS de 4 julio 1987, ha sido realmente innovadora al tratar de esta atenuante: «...el elemento objetivo, en el que claramente se trasluce el sentido político-criminal del instituto que consideramos (...). Si el deseo de reajustar su comportamiento al Derecho, surgido en el delincuente después de su acción, justifica que se suavice la pena que le hubiese correspondido, en tanto puede considerarse menos acuciante

En mi opinión, ésta sería la postura más acertada si se considera el arrepentimiento, única y exclusivamente como circunstancia posterior a la consumación. Sin embargo, acabamos de ver que en el caso del desistimiento malogrado, funciona como circunstancia anterior a la consumación. Así pues, hay que afirmar que el arrepentimiento es una circunstancia mixta: en los supuestos en los que se produce antes de la consumación, el arrepentimiento se incardina en el terreno de la culpabilidad, al suponer una menor reprobabilidad de la conducta del autor. Sin embargo, en los supuestos en los que se produce con posterioridad a la consumación, no es posible incluirlo en la culpabilidad. Por otra parte, llevarlo a la Teoría de la Medición de la Pena supondría incurrir en una clara contradicción sistemática, ya que parte de los supuestos se estudiarían dentro de esta y el resto, incluidos en la culpabilidad, dentro de la Teoría Jurídica del Delito.

Por tanto, la solución más acertada parece dejar todos los supuestos de arrepentimiento dentro de la Teoría Jurídica del Delito, distinguiendo los casos de desistimiento malogrado, que implican una disminución de la culpabilidad, de los casos en los que el arrepentimiento se produce con posterioridad a la consumación; al atender la aplicación de la atenuante, en estos casos a razones de política criminal, el arrepentimiento se situaría, junto con las condiciones objetivas de punibilidad y las excusas absolutorias, dentro de la punibilidad, elemento no esencial, sino accidental, en el concepto de delito.

B) Elementos integrantes

Algunos autores distinguen dos elementos, uno subjetivo y otro objetivo, a los que añaden un requisito de orden cronológico (24). No obstante, propiamente puede hablarse de tres elementos integrantes:

- Elemento subjetivo: haber procedido el culpable por impulsos de arrepentimiento espontáneo.
- Elemento objetivo: haber procedido el culpable a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido, o a confesar a las autoridades la infracción.
- Elemento cronológico o temporal: haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial.

Para la apreciación de la atenuante tal y como se regula en el Código Penal se precisa la concurrencia de los tres elementos. Veamos:

la necesidad de motivarlo, por esa vía, a la observancia del orden jurídico que quebrantó, el interés público en promover remedios para las consecuencias del crimen o facilitar su persecución judicial, aconsejan paralelamente que se ofrezca el beneficio de la atenuación penal a quienes procedan, en palabras de la Ley, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido, o a confesar a las autoridades su infracción».

(24) BAEZA AVALLONE, V.: *Ob. cit.*, p. 38.

mos detenidamente cada uno de ellos para determinar el alcance de la regulación legal y, asimismo, en su caso, poner de manifiesto las posibles imperfecciones de lege lata, y la deseable regulación de lege ferenda.

1. Elemento subjetivo

En este primer apartado plantea problemas el alcance tanto del sustantivo «arrepentimiento» como del calificativo «espontáneo».

En cuanto a *arrepentimiento*, nuestra jurisprudencia ha incurrido en una interpretación ciertamente rigurosa al entenderlo como un sentimiento de pesar por el mal cometido. Esta ha sido la tónica general en la doctrina jurisprudencial y como muestra cabe citar la STS 22 marzo 1984, que exige para la apreciación de la atenuante: «...un estado de ánimo, expresivo de pesar, contrición o reconocimiento de haber obrado mal o temor al castigo...».

Parte de la doctrina ha sustentado esta interpretación de connotaciones ético-religiosas; así, Quintano Ripollés no considera aconsejable olvidar la raíz de espiritualidad que a primera vista pudiera parecer «una profesión de fe romántica y sentimental» (25). Luzón Cuesta entiende el arrepentimiento como la exteriorización de un interno remordimiento (26). También Rodríguez Devesa se sitúa en esta línea al considerarlo como el pesar por el delito cometido, si bien acepta la validez del arrepentimiento efectivo, con independencia de los motivos que lo hayan provocado: son igualmente válidos la contrición moral o los móviles estrictamente utilitarios (27).

Con esta interpretación jurisprudencial y sustentada en parte por un sector doctrinal, se puede incurrir en un riesgo, cual es el de la confusión entre Derecho y Moral, que llevaría a una intromisión en la vida interna del individuo, y que haría depender el nacimiento de esta circunstancia de las convicciones morales de cada uno.

En contra de esto, afirma Antón Oneca que el Derecho no exige dolor de corazón y propósito de la enmienda, sino que le basta con que la voluntad antijurídica del sujeto haya sido sustituida por la de realizar actos cooperadores a los fines del ordenamiento jurídico (28). También considera Cobo del Rosal que un arrepentimiento entendido como lo hace la jurisprudencia, supone una especie de acto de contrición, de profundo pesar, más retórico que real y que oscurece la objetiva interpretación de la atenuante (29).

(25) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Ob. cit.*, p. 190.

(26) LUZÓN CUESTA, J. M.^a: *Ob. cit.*, p. 140.

(27) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a: *Ob. cit.*, p. 586.

(28) ANTÓN ONECA, J.: *Ob. cit.*, p. 380.

(29) COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal. Parte General*, Universidad de Valencia, 1984, p. 777.

La disyunción se fundamenta en que estos autores, lo mismo que otros como Ferrer Sama (30) o Mir Puig (31), sustentan una interpretación objetiva de la atenuante, más acorde a los fines del ordenamiento jurídico, haciendo hincapié en el efecto reparador o cooperador con la Justicia, más que en el sentimiento de dolor o pesar, difícilmente apreciable por un Tribunal, al tratarse de un sentimiento puramente personal. A este respecto no puede dejarse de citar la STS 20 febrero 1987: «...no exige en nuestros días, en el ámbito del Derecho, el pesar del autor por haber obrado mal. Basta la sustitución de la voluntad antijurídica por la voluntad de realizar actos de cooperación a los fines del orden jurídico...».

Además, alguna sentencia como la de 27 junio 1966 o más recientemente, como la de 22 octubre 1987, en contradicción con la jurisprudencia más tradicional y precisamente por la dificultad de prueba, entiende que la práctica de cualquiera de los comportamientos objetivos del artículo 9.9 permite sentar la presunción de que ha sido el arrepentimiento espontáneo el motivo impulsor de la conducta realizada.

Visto lo anterior, hay que considerar que más que en su dimensión moral, hay que interpretar el arrepentimiento en su dimensión jurídica como voluntad de restaurar el orden perturbado, lo cual es inseparable de sus manifestaciones externas, las conductas activas que recoge el artículo 9.9 (32).

Un segundo punto a analizar en este primer apartado es el calificativo de *espontáneo*.

La jurisprudencia ha sostenido una interpretación rigurosísima y difícilmente aceptable de la espontaneidad. No obstante, considera la mayoría de los autores que la jurisprudencia ha entendido correctamente referida la espontaneidad a la conducta del agente y no al arrepentimiento como exige el tenor del texto legal: «por impulsos de arrepentimiento espontáneo», siendo así que el arrepentimiento presupone la espontaneidad. Por tanto, el calificativo de «espontáneo» sería una tautología significativa innecesaria (33).

Al margen de lo anterior, lo que no resulta tan satisfactorio es el sentido rigorista que inspira de ordinario a la jurisprudencia en la interpretación del requisito de la espontaneidad, que lo ha identificado con la ausencia de toda influencia de otra persona. Prueba de

(30) FERRER SAMA, A.: *Ob. cit.*, p. 317.

(31) MIR PUIG, S.: *Ob. cit.*, p. 564.

(32) Acertadamente, así se entiende en sentencias como la de 20 febrero 1987: «...no exige en nuestros días, en el ámbito del Derecho, el pesar del autor por haber obrado mal. Basta la sustitución de la voluntad antijurídica, por la voluntad de realizar actos de cooperación a los fines del orden jurídico...»

O también la de 1 diciembre 1987: «...esa menor culpabilidad aflora no tanto de un sentimiento de pesar difícil de descubrir, como de una resuelta voluntad de restaurar el orden jurídico perturbado por el delito».

(33) MARTÍNEZ VAL, J. M.^a: *Ob. cit.*, p. 15.

ello es el criterio mantenido en sentencias como la de 17 de julio de 1985, en la que se dice: «...sin que para la adopción de tales determinaciones haya influido la orden, el consejo o la iniciativa ajenas».

La doctrina, por contra, no admite esta interpretación de la espontaneidad y la vincula más bien a la idea de libertad o ausencia de coacción: el sujeto actúa espontáneamente aun cuando la decisión de arrepentirse tenga su origen en otra persona, si ésta se ha limitado simplemente a aconsejarle y no le ha coaccionado.

También algunas sentencias, muy pocas, admiten esta interpretación; así, la STS 5 abril 1973: «...no es obstáculo que otro le aconseje, induzca o estimule en el arrepentimiento»; o también, STS 4 julio 1987: «...espontánea, es decir, no impuesta, ni coactivamente provocada por las circunstancias».

En definitiva, podemos afirmar que existe arrepentimiento espontáneo cuando en el agente se conforma libre y conscientemente la voluntad de restaurar el orden jurídico perturbado y se traduce en un hacer externo.

2. Elemento objetivo

El elemento objetivo es el segundo de los tres que configuran la atenuante. No basta con que en el sujeto se produzca libremente la voluntad de restaurar el orden jurídico perturbado, sino que es necesario que esa voluntad se materialice externamente en una de estas cuatro conductas:

- Reparar los efectos del delito.
- Disminuir los efectos del delito.
- Dar satisfacción al ofendido;
- Confesar a las autoridades la infracción.

En primer lugar, hay que afirmar que basta con que concurra una de estas conductas que integran el elemento objetivo para que normalmente se aplique la atenuante. En caso de que concurrieran dos o más, podría estimarse esta atenuante como muy calificada; así lo entiende el Tribunal Supremo en alguna sentencia como la de 21 abril 1958, pero sin que esto deba considerarse exclusivamente en su riguroso sentido aritmético.

Otra de las cuestiones que suscita es si la apreciación de la atenuante requiere la reparación o satisfacción efectiva y positiva, o si basta tan sólo con que el sujeto intente tales propósitos, aun cuando no haya llegado a conseguirlos.

El artículo 9.9 del Código Penal tan solo exige «haber procedido», de lo cual se infiere que la conducta exigida es de simple tendencia, esto es, que bastará con que el sujeto realice actos que revelen su buen propósito, aunque tales actos no tuvieran éxito.

Una tesis contraria sostiene Rodríguez Devesa, quien entiende que

la reparación o disminución de los efectos del delito ha de ser efectiva y no simplemente intentada, al igual que la satisfacción al ofendido, aun cuando no sea preciso que éste se dé por satisfecho (34).

A pesar de esta opinión, parece más acertado pensar que la atenuante podrá aplicarse siempre y cuando el sujeto haya puesto de su parte todos los medios para reparar el delito, aunque por circunstancias independientes de su voluntad, no haya sido posible la total y completa reparación o satisfacción. Esta interpretación abandona en cierta medida el estricto criterio utilitarista en la aplicación de la atenuante, al tener más en cuenta la intención del agente que la efectividad de su conducta. Sin embargo, es lo más coherente de acuerdo con el texto legal y el fundamento de la atenuante, que si bien en parte son razones utilitarias, tampoco puede olvidarse el aspecto subjetivo, el arrepentimiento del sujeto que ha intentado de buena fe reparar el mal causado.

El mismo criterio hay que aplicar a la confesión: basta con que haya intención, aunque en la confesión es más difícil de comprobar, dada la conducta a realizar por el agente. El Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de mayo de 1985, estimó la atenuante entendiendo que: «...si en los hechos probados se dice que después de llegar a su casa (...) llamó a la policía diciendo que había disparado contra su yerno, poniéndose a su disposición, sin que supiera que se hubiera iniciado la apertura del procedimiento judicial, es evidente que se reunieron todos y cada uno de los requisitos que el Código y la jurisprudencia exigían para su estimación.»

En cuanto a las conductas objetivas en que ha de materializarse el arrepentimiento, podemos reunir las en dos grupos:

- a) Conductas en beneficio de la víctima.
- b) Conductas de cooperación con las autoridades.

a) *Conductas en beneficio de la víctima*

Tales conductas pueden consistir en reparar o disminuir los efectos del delito o en dar satisfacción al ofendido. Autores como Cobo del Rosal (35) o Córdoba Roda (36), entienden que la satisfacción al ofendido no es sino una especie de aminoración de los efectos del delito. Sin embargo, parece más convincente establecer una distinción entre estas conductas; en primer lugar, en base a razones históricas, puesto que en todos los Códigos en los que se regula la atenuante se ha establecido una diferenciación entre las conductas dirigidas a reparar el daño y las encaminadas a satisfacer al ofendido. Por otro

(34) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a: *Ob. cit.*, p. 587.

(35) COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S.: *Ob. cit.*, p. 778.

(36) CÓRDOBA RODA, J., y RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Ariel, Barcelona, 1976, p. 524.

lado, hay delitos en los que, para la apreciación de la atenuante, la satisfacción al ofendido ha de ir unida inevitablemente a la reparación, como es el caso de los delitos contra la propiedad, mientras que en otros, bastará por sí sola la satisfacción, como ocurre con los delitos contra el honor, en los que no cabe reparación.

Reparar implica compensar la totalidad del daño producido por el delito; mientras que disminuir supone una compensación parcial; pero esta disminución sólo atenuará la responsabilidad cuando al sujeto no le sea posible reparar el daño en su totalidad (37).

La reparación de la que habla el artículo 9.9, no es la misma que la de los artículos 101 y siguientes, concernientes a la responsabilidad civil. La reparación en el arrepentimiento comporta un retorno a la situación anterior a la comisión del delito; mientras que en el caso de la responsabilidad civil se trata de una reparación del daño causado, y no de los efectos del delito. Así, en el supuesto de los delitos contra la propiedad a efectos del artículo 9.9, la devolución de los objetos robados, esto es, la restitución, comportará la reparación, que normalmente bastará para la apreciación de la atenuante (la reparación, a diferencia del artículo 101, engloba la restitución). Además, la efectiva reparación no impediría, en su caso, el ejercicio de una ulterior acción de responsabilidad civil.

La reparación o disminución de los efectos del delito consistiría básicamente en volver a la situación anterior al delito, en reponer; en cambio, la satisfacción al ofendido tendría otro alcance, sería un desagravio, tal como en su origen lo entendía el Código de 1822, una compensación, pero no sólo económica. Se podría incluir dentro de ésta, además de la indemnización, las oportunas disculpas, u otras conductas en favor de la persona agraviada, aunque no supusieran la reposición de la situación anterior, no siendo imprescindible un alcance económico efectivo.

b) Conductas de cooperación con las autoridades

Dentro de este segundo apartado se incluiría lo que el artículo 9.9 señala como «confesar a las autoridades la infracción».

El hecho de que se exija confesión ante la autoridad, excluye inmediatamente la hecha a particulares (38). No obstante, en alguna sentencia, como la de 6 de diciembre 1979, el Tribunal Supremo ha considerado factible, a efectos de la apreciación de la atenuante, la

(37) STS 29 septiembre 1987: «La devolución de lo robado debió ser total y no parcial, teniendo el recurrente como tenía el resto del metálico en su poder, por lo que esta Sala tiene declarado que la devolución de parte de lo sustraído, no puede dar lugar a la estimación de la atenuante...»

(38) A este respecto, tener en cuenta la STS 21 junio 1985: «...al no poder valorarse como confesión del delito a la autoridad el hecho de acudir al domicilio de un inspector de policía, para referirle lo acontecido, no como tal agente de la autoridad, sino como amigo, paisano y convecino».

utilización de una persona que expresara a la autoridad, en nombre del delincuente lo que éste haría personalmente, cuando la comunicación directa no fuera posible (39).

Una cuestión que se suscita es la delimitación del concepto «Autoridad». Por autoridad hay que entender aquella a quien corresponde «in genere» la persecución o castigo de los delincuentes, sin que sea necesario que ostente la competencia concreta para conocer de aquella infracción. La confesión a la autoridad cabe tenerla por cumplida cuando se realiza ante sus agentes y delegados (STS 4 octubre 1969).

En cualquier caso, para la determinación del concepto de autoridad, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el Código Penal, en el artículo 119.

En cuanto a la confesión, hay que reiterar que ha de llevarla a cabo el sujeto agente del delito y sólo cuando se halle imposibilitado, podrá hacerla un tercero designado por aquél y en su nombre.

La confesión ha de ser veraz en todos sus términos, y además completa. No vale la confesión de parte de los hechos, aunque sea cierta, ni una confesión desvirtuada con la intención de lograr un efecto más beneficioso para su autor (40).

Aun cuando el Código Penal sólo habla de confesar a las autoridades la infracción, ello comporta la puesta a disposición del culpable a aquéllas, pues mal puede apreciarse esta atenuante en quien confiesa y luego se fuga. Algún autor, como Córdoba Roda, discrepa de esta opinión o, más bien la matiza, entendiendo como peligrosa la afirmación absoluta de que la ausencia de una puesta a disposición de las autoridades contradice el arrepentimiento espontáneo, si bien es cierto, afirma que la fuga del agente excluirá, de ordinario, la existencia del impulso de arrepentimiento espontáneo (41). Sin embargo, considero esta matización superflua, y aunque en el Código sólo se hable de confesar, hay que tener presente que esta conducta externa ha de ir unida a la voluntad de restaurar el orden perturbado, lo cual supondrá, en mi opinión, ponerse a disposición de las autoridades y no ocultarse para evitar las consecuencias punitivas, que en absoluto revela ese ánimo subjetivo restaurador.

(39) Alguna otra sentencia, como la de 31 marzo 1986, no ha apreciado la atenuante del artículo 9.9, pero sí la atenuante por analogía del 9.10, al «...confesar a las autoridades la infracción por mediación de sus compañeros de caza...».

(40) Así se manifiesta reiterada jurisprudencia; como muestra cabe citar la STS 30 septiembre 1987: «...es evidente que no se ayuda a ésta (Administración de Justicia) ni es muestra de culpabilidad menor, la confesión del hecho por el procesado, pero dando una versión que lo exculpaba y que era totalmente distinta de lo que constituía el factum».

(41) CORDOBA RODA, J., y RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *Ob. cit.*, p. 525.

3. Elemento cronológico o temporal

A diferencia de los Códigos anteriores, en los que sólo se exigía de la confesión, en el actualmente vigente, toda conducta reparadora, de satisfacción o de confesión, ha de ser previa al conocimiento, por el culpable, de la apertura del procedimiento judicial.

Este elemento cronológico o temporal no se salva de la polémica y discusión que, según vamos viendo, acompaña a la atenuante del artículo 9.9. El inicio de las diligencias policiales ha sido entendido reiteradamente por nuestra jurisprudencia como apertura del procedimiento judicial.

En sentencias como la de 21 julio 1987 se dice: «...apertura del procedimiento judicial, que abarca incluso las diligencias policiales o atestados, con que en la generalidad de los casos se inicia la investigación». De manera similar se expresa otra sentencia del TS de 17 julio 1985.

Esta opinión jurisprudencial es compartida por algún sector doctrinal. Sin embargo, un buen grupo de autores (42), cuya opinión comparto, entiende que esta interpretación extensiva y perjudicial para el reo resulta recusable, puesto que ateniéndonos a lo dispuesto en la Ley, las diligencias policiales no pueden comportar la apertura del procedimiento judicial. A tenor de lo dispuesto en el artículo 297.1 LECrim., los atestados de los funcionarios de la policía judicial se considerarán a efectos legales como denuncias, y tanto la denuncia como la querrela son previas al Sumario.

El procedimiento judicial se inicia con el Sumario, cuya formación corresponde a los jueces de instrucción (artículo 303 LECrim.).

De lo anterior se refiere que la interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo es totalmente contraria a la Ley, pues al entender que las diligencias policiales suponen la apertura del procedimiento judicial, está equiparando la denuncia al Sumario, siendo aquella previa, lo cual sería analogía *in malam partem*.

En mi opinión, lo más correcto sería entender, de acuerdo con la letra del artículo 9.9 del Código Penal, en consonancia con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se apreciará la atenuante cuando el culpable lleve a cabo actos reparadores o de auxilio a la Justicia, antes de conocer la incoación del Sumario.

Otra cuestión que se plantea es si basta con que el culpable conozca la apertura del procedimiento judicial en general, o si es necesario que éste se dirija contra su persona.

Haciendo un repaso de los Códigos históricos en los que se regula

(42) Entre otros, CÓRDOBA RODA: *Ob. cit.*, p. 522. RODRÍGUEZ DEVESA: *Ob. cit.*, p. 586.

la atenuante, puede comprobarse que la tendencia general ha sido personalizar en la figura del culpable:

El Código de 1822, en el artículo 107.6, dice: «...confesarlo con sinceridad en el juicio, no estando convencido el reo por otras pruebas».

El de la zona de Marruecos de 1914, en el artículo 10.9: «...confesando el delito (...) no siendo aquél perseguido ni señalado como presunto culpable».

El de 1928, artículo 64.7: «...confesando la infracción antes (...) de que aquel hubiere sido citado o perseguido como presunto culpable».

Al margen de estos argumentos históricos, hay que tener en cuenta el sentido y alcance de la atenuante. Se trata de que el culpable lleve a cabo una serie de actos externos que demuestren su voluntad de restaurar la situación anterior. Si abierto el Sumario, y no dirigiéndose contra su persona, el culpable confiesa o lleva a cabo actos reparadores, está demostrando esa voluntad, aun cuando le hubiera sido fácil escapar de la Justicia. Por eso sería injusto no apreciar la atenuante en estos casos. Quintano Ripollés, en este sentido, aporta una solución de *lege ferenda*, realmente digna de ser tenida en cuenta. Entiende, inspirado en el parágrafo 39 del Código Penal austríaco, en el que sólo se aprecia la atenuante cuando hubiere mediado alguna posibilidad de ocultación o fuga, que sería preferible no hacer mención alguna en el Código española al elemento temporal y remitir la apreciación de la espontaneidad en cada caso, al arbitrio judicial, y que éste decida en atención a las posibilidades de ocultación o fuga que el reo tenía en el momento de reparar o confesar (43).

Teniendo en cuenta casos como el del culpable que tras once meses de ausencia de la ciudad y haber sido declarado en rebeldía, y sin que la policía tuviera pistas sobre su paradero, se entregó, no apreciándose la atenuante por ser su conducta posterior a la apertura del procedimiento judicial (44), parece ser este requisito temporal un elemento perturbador en la configuración de la atenuante, dotando su apreciación de un carácter mecánico, en lugar de atender a los efectos que la actitud del culpable producirían.

Por todo lo anterior, parece más aceptable de *lege ferenda*, dejar al margen toda referencia al tiempo y concentrar la apreciación de la atenuante en la voluntariedad de la conducta y en los efectos restauradores.

(43) QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Ob. cit.*, p. 191.

(44) STS 8 noviembre 1972.

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

Vistos los elementos integrantes de la atenuante y criticados, en su caso, algunos de ellos, corresponde formular una propuesta de *lege ferenda*.

En contra de la opinión de algunos autores, como Cobo del Rosal (45), que considera la atenuante desde un punto de vista puramente objetivo, basado en los efectos restauradores, entiendo que el elemento subjetivo no puede perderse de vista. Sin embargo, tampoco parece aceptable la primacía que el Tribunal Supremo ha dado a ese elemento, hasta el punto de hacer de esta atenuante un reflejo del arrepentimiento moral o religioso, dotando al Derecho de esta manera, de un tinte en extremo moralista.

Es preciso coordinar los dos elementos, subjetivo y objetivo, si bien entiendo que, si alguno debe primar, habría de ser el objetivo, pero sin perder de vista la voluntad del agente. Por eso, en lugar de basar la apreciación de la atenuante en el obrar «por impulsos de arrepentimiento espontáneo», es más acertado, como así entendió en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983 (46), sustituir esa expresión por la de «voluntariamente», o también, en mi opinión, por la de «libre y conscientemente». De esta manera, la atenuante no se vería privada del elemento subjetivo, que de ser suprimido supondría, entre otras cosas, dar validez únicamente a las conductas efectivamente restauradoras, descartando los casos en los que el agente hubiera intentado, mas no logrado reparar, pero quedaría libre de impregnaciones moralistas ajenas al Derecho.

En este sentido, Javier de Vicente ha criticado la denominación de la atenuante como «arrepentimiento espontáneo» y ha optado por la de «comportamiento postdelictivo positivo», entendiendo que el término «arrepentimiento» induce a falsas conclusiones en cuanto a los móviles que han de concurrir para beneficiar al culpable con la atenuación de la pena; junto con la motivación ética, existen otros motivos dignos de ser valorados por el Derecho Penal y, por tanto, debe prescindirse de toda terminología que encierre el ámbito de aplicación en unos límites más estrechos que los posiblemente admitidos o compatibles con consideraciones estrictamente jurídicos-penales (47).

(45) COBO DEL ROSAL, M.: *Ob. cit.*, p. 777.

(46) PLOCP, 1980, artículo 27.6: «Son circunstancias atenuantes: ...La de haber procedido voluntariamente el culpable, antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, a reparar o disminuir los efectos del hecho, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción».

Con idéntica redacción, el artículo 23.5 de la Propuesta de 1983.

(47) VICENTE REMESAL, J. DE: *El comportamiento postdelictivo*, Universidad de León, 1985, p. 41.

En lo que respecta al elemento temporal, como ya se ha dejado claro, parece más oportuno no tenerlo en cuenta y así hacer referencia, como bien apunta Quintano Ripollés, a la posibilidad de ocultación o huida (48).

A la vista de estas conclusiones, se puede dar un retoque a la atenuante del artículo 9.9 y de *lege ferenda* configurarla del siguiente modo: «Son circunstancias atenuantes... n.º 9: La de haber procedido el culpable, libre y conscientemente, a reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción adecuada al ofendido, o a entregarse a las autoridades, para confesar la infracción, habiendo tenido oportunidad de ocultación o fuga.»

(48) Vid. nota 43.

Disposiciones (*)

SUMARIO: Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal. Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de demarcación y de planta judicial ().**

(*) 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*: **Convenio**, hecho en Budapest, el 28 de septiembre de 1987 («BOE» núm. 10, de 12 de enero de 1989), sobre ejecución recíproca de resoluciones judiciales en materia penal entre el Reino de España y la República Popular Húngara; Instrumento de ratificación de 22 de septiembre de 1988. **Convenio** de La Haya de 2 de octubre de 1973 («BOE» núm. 21, de 25 de enero de 1989), sobre la Ley aplicable a la responsabilidad por productos; Instrumento de ratificación de 7 de noviembre de 1988. **Ley 37/1988**, de 28 de diciembre («BOE» núm. 312, de 29 de diciembre de 1988), de Presupuestos Generales del Estado para 1988. **Ley 3/1988**, de 26 de octubre («BOE» núm. 302, de 17 de diciembre de 1988), de tributación sobre juegos de suerte, envite o azar. **Ley 42/1988**, de 28 de diciembre («BOE» núm. 314, de 31 de diciembre de 1988), de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos. **Real Decreto 122/1989**, de 3 de febrero («BOE» núm. 32, de 7 de febrero de 1989; c.d.e. en «BOE» núm. 46, de 23 de febrero de 1989), por el que se acuerdan medidas para la efectividad de la planta judicial. **Orden** del Ministerio de Economía y Hacienda de 19 de diciembre de 1988 («BOE» núm. 306, de 22 de diciembre de 1988; c.d.e. en «BOE» núm. 29, de 3 de febrero de 1989), sobre inversiones españoles en el exterior. **Orden** del Ministerio de Sanidad y Consumo de 20 de diciembre de 1988 («BOE» núm. 8, de 10 de enero de 1989), por la que se incluyen determinados principios activos en las listas I y IV anexas a la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes. **Orden** del Ministerio de Sanidad y Consumo de 20 de diciembre de 1988 («BOE» núm. 8, de 10 de enero de 1989), por la que se incluyen determinados productos activos en la lista II anexa al Convenio de Sustancias Psicotrópicas de 1971. **Orden** del Ministerio de Asuntos Sociales de 13 de enero de 1989 («BOE» núm. 28, de 2 de febrero de 1989), sobre centros de acogida a refugiados. b) *Proyectos*: **Proyecto de Ley** de Defensa de la Competencia («BOC» de 2 de febrero de 1989, Serie A, núm. 105-1). **Proyecto de Ley** de Competencia Desleal («BOC» de 2 de febrero de 1989, Serie A, núm. 106-1). **Adhesión** de España al Tratado de cooperación en materia de patentes (PCT), elaborado en Washington el 19 de junio de 1970, enmendado el 2 de octubre de 1979 y modificado el 3 de febrero de 1984, y Reglamento de Ejecución, así como Texto de la Reserva que España va a formular en el momento de la Adhesión («BOC» de 30 de enero de 1989, Serie C, núm. 242-1). **Convenio** Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, hecho en Estrasburgo el 26 de no-

LEY ORGANICA 7/1988, de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal («BOE» núm. 313, de 30 de diciembre de 1988).

La Constitución española y los Convenios internacionales en materia de derechos humanos suscritos por España reconocen, con el carácter de fundamental, el derecho a un juicio público con todas las garantías, entre las cuales figura el derecho a un Juez imparcial.

El Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han considerado que la imparcialidad del juzgador es incompatible o queda comprometida con su actuación como instructor de la causa penal.

La presente Ley Orgánica pretende acomodar nuestra organización judicial en el orden penal a la exigencia mencionada, mediante la introducción de una nueva clase de órganos unipersonales: los Juzgados de lo Penal.

Tales Juzgados tendrán ámbito provincial, si bien podrán tener una jurisdicción inferior cuando el volumen de asuntos así lo justifique. Al Juzgado de lo Penal se atribuye el conocimiento de las causas por delitos castigados con pena de hasta seis años de privación de libertad, manteniéndose la intrucción de las diligencias previas de dichas causas en los Juzgados de Instrucción.

viembre de 1987 («BOC» de 27 de enero de 1989, Serie C, núm. 243-1). **Protocolo** de enmienda del Convenio para la prevención de la contaminación marina provocada por vertidos desde buques y aeronaves, hecho en Oslo el 15 de febrero de 1972 («BOC» de 9 de febrero de 1989, Serie C, núm. 253-1). **Convenio** para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima y Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijadas emplazadas en la plataforma continental, echos en Roma el 10 de marzo de 1988 («BOC» de 9 de febrero de 1989, Serie C, núm. 252-1). **Segundo Protocolo Adicional** al Acuerdo General sobre privilegios e inmunidades del Consejo de Europa, hecho en París el 15 de diciembre de 1956 («BOC» de 23 de diciembre de 1988, Serie C, núm. 234-1). **Cuarto Protocolo Adicional** al Acuerdo General sobre privilegios e inmunidades del Consejo de Europa, hecho en París el 16 de diciembre de 1961 («BOC» de 23 de diciembre de 1988, Serie C, núm. 235-1). **Acuerdo europeo** relativo a las personas que participan en procedimientos ante la Comisión y ante el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, hecho en Londres el 6 de mayo de 1969, y Proyecto de Declaración que el Gobierno español va a presentar en el momento de la ratificación («BOC» de 23 de diciembre de 1988, Serie C, núm. 236-1). **Protocolo** núm. 8 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, hecho en Viena el 19 de marzo de 1985 («BOC» de 27 de diciembre de 1988, Serie C, núm. 237-1). **Proposición de Ley**, presentada por el Grupo Parlamentario de Coalición Popular, de Adición de un nuevo párrafo al artículo 57 bis del Código penal para la aplicación del grado máximo en los delitos cometidos contra miembros de las Fuerzas Armadas, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policía de las Comunidades Autónomas o de los Entes Locales con ocasión del ejercicio de sus funciones («BOC» de 18 de noviembre de 1988, Serie B, núm. 130-1). **Proposición de Ley Orgánica**, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto-Agrupación IU-EC, reguladora de la cláusula de conciencia de los periodistas reconocida en el artículo 20.1 d) de la Constitución española («BOC» de 18 de noviembre de 1988, Serie B, núm. 131-1). **Proposición de Ley Orgánica**, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto-Agrupación IU-EC, reguladora de la cláusula de secreto profesional de los periodistas, reconocida en el artículo 20.1 d) de la Constitución española («BOC» de 18 de noviembre de 1988, Serie B, núm. 132-1).

En la línea de corregir los defectos que actualmente se oponen al eficaz funcionamiento del proceso penal, las reformas que se introducen no son solamente orgánicas. En efecto, se adopta una serie de medidas tendentes a lograr en el seno del proceso penal una mayor simplicidad y una mejor protección de las garantías del inculgado.

Los tres procedimientos existentes por delitos menos graves —los dos de urgencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre— se unifican, manteniendo únicamente la diversidad imprescindible por razón de los órganos jurisdiccionales a quienes compete el enjuiciamiento.

Se aligera el proceso penal de actuaciones inútiles, evitando la repetición de las que se hayan realizado con la asistencia de abogado.

El mandato de celeridad y eficacia aconseja, asimismo, dar un tratamiento a las dos fases del proceso que actualmente plantean mayores problemas, la de instrucción y la del recurso de casación, habida cuenta de que con las de la introducción de los Juzgados de lo Penal y con las numerosas creaciones, que se están llevando a cabo, de Secciones de Audiencias provinciales, junto con la simplificación del proceso, es de esperar que se logre una mayor celeridad en la fase de juicio oral.

Se introduce la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del acusado en causas por delitos no graves, bajo condiciones que garantizan no sólo el derecho de defensa del ausente, asegurado por la intervención de su Abogado defensor, sino también el derecho de recurrir en anulación contra la sentencia dictada. Se pretende así evitar dilaciones inútiles, que pueden redundar en perjuicio de las víctimas, siguiendo una tendencia que se observa en el Derecho comparado y las orientaciones de la Resolución número 75 (11) y de la Recomendación número R (87) 18, adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Atendida la acumulación de asuntos que se registra en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que en parte se verá paliada por la aplicación de la reciente reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en virtud de la Ley 21/1988, de 19 de julio, se considera procedente mantener la limitación del recurso de casación a las sentencias dictadas por las Audiencias en única instancia, lo que supondrá una importante disminución del número de sentencias susceptibles de ser recurridas en casación.

El cuadro de medidas se completa mediante la suspensión del sistema transitorio de jubilación forzosa por edad de Jueces, Magistrados y Fiscales, en el estado de cumplimiento que ha alcanzado en 1988, durante el período de instauración de la nueva planta y demarcación judiciales, con el objeto de lograr los propósitos de la reforma.

Artículo primero

Uno. El inciso segundo del artículo 26 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, quedará redactado así:

«Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Penal, de lo Contencioso-administrativo, de lo Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria.»

Dos. El apartado único del artículo 57 de la misma Ley irá precedido del guarismo «1». Se añade un apartado 2, con la siguiente redacción:

«2. En las causas a que se refieren los números segundo y tercero del párrafo anterior se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un instructor, que no formará parte de la misma para enjuiciarlas.»

Tres. El apartado único del artículo 61 de dicha Ley Orgánica irá precedido del guarismo «1». Se añadirá, asimismo, un apartado dos al mismo artículo, con la siguiente redacción:

«2. En las causas a que se refiere el número 4 del apartado anterior se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un instructor que no formará parte de la misma para enjuiciarlos.»

Cuatro. El inciso inicial del número 1.º y el número 5.º del artículo 65 de la misma Ley Orgánica tendrán la siguiente redacción:

«1.º Del enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas por los siguientes delitos:»

«5.º De los recursos establecidos en la Ley contra las sentencias y otras resoluciones de los Juzgados Centrales de lo Penal y de los Juzgados Centrales de Instrucción.»

Cinco. El apartado 4 del artículo 73 de la misma Ley Orgánica pasa a ser el apartado 5. El nuevo apartado 4 de este artículo tendrá la siguiente redacción:

«4. Para la instrucción de las causas a que se refieren las letras a) y b) del apartado anterior se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un instructor que no formará parte de la misma para enjuiciarlas.»

Seis. El artículo 82 de la misma Ley Orgánica quedará redactado así:

«1. Las Audiencias Provinciales conocerán en el orden penal:

1.º De las causas por delito, a excepción de las que la ley atribuye al conocimiento de los Juzgados de lo Penal o de otros Tribunales previstos en esta Ley.

2.º De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Instrucción y de lo Penal de la provincia.

3.º De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas y del régimen de su cumplimiento.

2. Para el conocimiento de los recursos contra resoluciones de los Juzgados de Instrucción en juicio de faltas la Audiencia se constituirá con un solo Magistrado, mediante un turno de reparto.

3. Las Audiencias Provinciales conocerán también de los recursos contra las resoluciones de los Juzgados de Menores con sede en la provincia y de las cuestiones de competencia entre los mismos.

4. En el orden civil conocerán las Audiencias Provinciales de los recursos que establezca la ley contra resoluciones dictadas en primera instancia por los Juzgados de Primera Instancia de la provincia.

5. Corresponde igualmente a las Audiencias Provinciales el conocimiento:

a) De las cuestiones de competencia en materia civil y penal que se susciten entre Juzgados de la provincia que no tengan otro superior común.

b) De las recusaciones de sus Magistrados, cuando la competencia no esté atribuida a la Sala especial existente a estos efectos en los Tribunales Superiores de Justicia.»

Artículo segundo

Uno. La rúbrica del Capítulo V, del Título IV del Libro I de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial será la siguiente:

«De los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Penal, de lo Contencioso-administrativo, de lo Social, de Vigilancia penitenciaria y de Menores.»

Dos. El apartado 1 del artículo 87 de la misma Ley Orgánica tendrá la siguiente redacción:

«1. Los Juzgados de Instrucción conocerán en el orden penal:

a) De la instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponde a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal.

b) Del conocimiento y fallo de los juicios de faltas, salvo los de competencia de los Juzgados de Paz.

c) De los procedimientos de "hábeas corpus".

d) De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Paz del partido y de las cuestiones de competencia entre éstos.»

Tres. El artículo 88 de la misma Ley Orgánica tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 88. En la Villa de Madrid podrá haber uno o más Juzgados Centrales de Instrucción, con jurisdicción en toda España, que instruirán las causas cuyo enjuiciamiento corresponda a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional o, en su caso, a los Juzgados Centrales de lo Penal y que tramitarán los expedientes de extradición pasiva, en los términos previstos en la ley.»

Cuatro. Se introduce en el capítulo V del título IV del libro primero de la misma Ley Orgánica un nuevo artículo 89 bis, con la siguiente redacción:

«Artículo 89 bis. 1. En cada provincia, y con sede en su capital, habrá uno o varios Juzgados de lo Penal. Podrán establecerse Juzgados de lo Penal cuya jurisdicción se extienda a uno o varios partidos de la misma provincia, conforme a lo que disponga la legislación sobre demarcación y planta judicial, que fijará la ciudad donde tendrán su sede. Los Juzgados de lo Penal tomarán su denominación de la población donde tengan su sede.

2. Los Juzgados de lo Penal enjuiciarán las causas por delito que la ley determine.

3. En la Villa de Madrid, con jurisdicción en toda España, habrá uno o varios Juzgados Centrales de lo Penal que conocerán, en los casos en que así lo establezcan las leyes procesales, de las causas por los delitos a que se refiere el artículo 65 y de los demás asuntos que señalen las leyes.»

Cinco. En el artículo 100.2 de la misma Ley Orgánica se suprimen las palabras «de la sustanciación, fallo y ejecución».

Artículo tercero

Uno. El apartado 1 del artículo 210 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, tendrá la siguiente redacción:

«1. Los Jueces de Primera Instancia e Instrucción, de lo Penal, de lo Contencioso-administrativo, de Menores y de lo Social se sustituirán entre sí en las poblaciones donde existan varios, en la forma que acuerde la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia, a propuesta de la Junta de Jueces.»

Dos. El apartado 1 del artículo 211 de la misma Ley Orgánica tendrá la siguiente redacción:

«1. Cuando en una población no hubiere otro Juez de la misma clase la sustitución corresponderá a Juez de clase distinta.»

Tres. El apartado 3 del artículo 211 de la misma Ley Orgánica quedará redactado así:

«3. Corresponderá a los Jueces de Primera Instancia e Instrucción la sustitución de los Jueces de los demás órdenes jurisdiccionales y de los Jueces de Menores, cuando no haya posibilidad de que la sustitución se efectúe entre los del mismo orden.

La sustitución de los Jueces de lo Penal corresponderá, en el caso del artículo 89, a los de Primera Instancia. en los demás casos, los Jueces de lo Penal e, igualmente, los de Primera Instancia e Instrucción serán sustituidos por los Jueces de Menores, de lo Contencioso-administrativo y de lo Social, según el orden que establezca la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia.»

Cuatro. El apartado 1 del artículo 212 de la misma Ley Orgánica tendrá la siguiente redacción:

«1. Los Jueces desempeñarán las funciones inherentes a su Juzgado y al cargo que sustituyan.»

Cinco. El número 10 del artículo 219 de la misma Ley Orgánica tendrá la siguiente redacción:

«10. Haber actuado como instructor de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.»

Seis. Se adiciona un apartado 3 en el artículo 269 de la citada Ley Orgánica, con la siguiente redacción:

«3. Igualmente, las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia dispondrán que los Jueces de lo Penal, asistidos del Secretario, se constituyan para celebrar juicios orales con la periodicidad que se señale en las ciudades donde tengan su sede los Juzgados que hayan instruido las causas de las que les corresponde conocer, siempre que su desplazamiento venga justificado por el número de éstas o por una mejor administración de justicia. Los Juzgados de Instrucción y los funcionarios que en ellos sirvieren prestarán en estos casos cuanta colaboración sea precisa.»

Siete. El apartado 3 del artículo 391 de la misma Ley Orgánica tendrá la siguiente redacción:

«3. También lo será a los Presidentes y Magistrados de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y de las Audiencias Provinciales y a los Jueces de lo Penal respecto de los miembros del Ministerio Fiscal destinados a las fiscalías correspondientes a los órganos que ocuparen. Exceptúanse los puestos de Presidentes de Sección y Magistrados en Audiencias Provinciales en que existan cinco o más secciones o los casos en que existan cinco o más Juzgados de lo Penal con sede en la misma población.»

Artículo cuarto

El artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tendrá la siguiente redacción:

«Fuera de los casos que expresa y limitativamente atribuyen la Constitución y las leyes a Jueces y Tribunales determinados, serán competentes:

Primero.—Para el conocimiento y fallo de los juicios de faltas, el Juez de Instrucción. Sin embargo, conocerá de los juicios por faltas comprendidas en

los títulos I y II del libro III del Código Penal, con excepción de los artículos 572 y 576, y por las faltas de los artículos 585, 590, 594 y 596 del mismo Código, el Juez de Paz del lugar en que se hubieren cometido.

Segundo.—Para la instrucción de las causas, el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido y el Juez Central de Instrucción respecto de los delitos que la ley determine.

Tercero.—Para el conocimiento y fallo de las causas por delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a seis años o con pena de multa, cualquiera que sea su cuantía, o con la privación del permiso de conducir, cualquiera que sea su duración, o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sea únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de seis años, así como de las faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de esos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos, el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido o el Juez Central de lo Penal en el ámbito que le es propio.

Cuarto.—Para el conocimiento y fallo de las causas en los demás casos, la Audiencia Provincial de la circunscripción donde el delito se haya cometido o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.»

Artículo quinto

El artículo 377 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tendrá la siguiente redacción:

«Si el Juez instructor lo considera conveniente, podrá pedir informes sobre el procesado a las Alcaldías o a los correspondientes funcionarios de policía del pueblo o pueblos en que hubiese residido.

Estos informes serán fundados, y si no fuere posible fundarlos, se manifestará la causa que lo impidiere.

Los que los dieren no contraerán responsabilidad alguna, salvo en el caso de dolo o negligencia grave.»

Artículo sexto

El Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el epígrafe «Del procedimiento abreviado para determinados delitos», tendrá la siguiente redacción:

«CAPITULO PRIMERO

Disposiciones generales

Artículo 779

Sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a la de prisión mayor, o bien

con cualquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración.

Artículo 780

El enjuiciamiento de los delitos enumerados en el artículo anterior, se acomodará a las normas comunes de esta Ley, con las modificaciones consignadas en el presente Título.

Iniciado un proceso de acuerdo con las normas de este Título, en cuanto aparezca que el hecho no se halla comprendido en alguno de los supuestos del artículo anterior, se continuará conforme a las disposiciones generales de esta Ley, sin retroceder en el procedimiento más que en el caso de que resulte necesario practicar diligencias o realizar actuaciones con arreglo a dichos preceptos legales. Por el contrario, iniciado un proceso conforme a las normas comunes de esta Ley, continuará su sustanciación de acuerdo con las del presente Título, en cuanto conste que el hecho enjuiciado se halla comprendido en algunos de los supuestos del artículo precedente. En ambos casos, el cambio de procedimiento no implicará el del instructor.

Acordado el procedimiento que deba seguirse, se le hará saber inmediatamente al Ministerio Fiscal, al imputado y a las partes personadas.

Artículo 781

El Fiscal se constituirá en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil conforme a la Ley. Velará por el respeto de las garantías procesales del imputado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito.

En este procedimiento corresponde al Ministerio Fiscal, de manera especial, impulsar y simplificar su tramitación sin merma del derecho de defensa de las partes y del carácter contradictorio del mismo, dando a la Policía Judicial instrucciones generales o particulares para el más eficaz cumplimiento de sus funciones, interviniendo en las actuaciones, aportando los medios de prueba de que pueda disponer o solicitando del Juez de Instrucción la práctica de los mismos, así como instar de éste la adopción de medidas cautelares o su levantamiento y la conclusión de la investigación tan pronto como estime que se han practicado las actuaciones necesarias para resolver sobre el ejercicio de la acción penal.

Artículo 782

En las causas comprendidas en este Título, las cuestiones de competencia que se promuevan entre Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria se sustanciarán según las reglas siguientes:

Primera.—Cuando un Tribunal o Juzgado rehusare el conocimiento de una causa o reclamare el conocimiento de la que otro tuviere, y haya duda acerca de cuál de ellos es el competente, si no resulta acuerdo a la primera comunicación que con tal motivo se dirijan, pondrán el hecho, sin dilación, en conocimiento del superior jerárquico, por medio de exposición razonada, para que dicho superior, oyendo “in voce” al Fiscal y a las partes personadas, decida en el acto lo que estime procedente, sin ulterior recurso.

Cuando la cuestión surja en la fase de instrucción, cada uno de los Juzgados continuará practicando las diligencias urgentes y absolutamente indispensables para la comprobación del delito y averiguación e identificación de los posibles culpables.

Segunda.—Ningún Juez de Instrucción, de lo Penal, o Central de Instrucción o de lo Penal, podrá promover cuestiones de competencia a las Audiencias respectivas, sino exponerles, oído el Ministerio Fiscal, las razones que tenga para creer que le corresponde el conocimiento del asunto.

El Tribunal dará vista de la exposición y antecedentes al Ministerio Fiscal y a las partes personadas y, luego de oídos todos, sin más trámites, resolverá dentro del tercer día lo que estime procedente, comunicando esta resolución al Juzgado que la haya expuesto para su cumplimiento.

Tercera.—Cuando algún Juez de Instrucción, de lo Penal, o Central de Instrucción o de lo Penal, viniere entendiendo de causa atribuida a la competencia de las Audiencias respectivas, se limitarán éstas a ordenar a aquél, oído el Ministerio Fiscal; y las partes personadas, que se abstenga de conocer y les remitan las actuaciones.

Artículo 783

El ejercicio por particulares, sean o no ofendidos por el delito, de la acción penal o de la civil derivada del mismo, habrá de efectuarse en la forma y con los requisitos señalados en el Título II del Libro II de esta Ley, expresando la acción que se ejercite.

Sin perjuicio de lo que se dispone en el párrafo anterior, al ofendido o perjudicado por el delito se le instruirá de los derechos que le asisten conforme a lo dispuesto en los artículos 109 y 110 de esta Ley y demás disposiciones, pudiendo mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela.

Artículo 784

Los Jueces y Tribunales observarán en la tramitación de las causas a que se refiere este Título las prevenciones siguientes:

Primero.—El Juez o Tribunal que ordene la práctica de cualquier diligencia se entenderá directamente con el Juez, Tribunal, Autoridad o funcionario encargado de su realización, aunque el mismo no le esté inmediatamente subordinado ni sea superior inmediato de aquéllos.

Segunda.—Para causar los despachos que se expidan se utilizará siempre el medio más rápido, acreditando por diligencias las peticiones de auxilio que no se hayan solicitado por escrito.

Tercera.—Si el que hubiere de ser citado no tuviere domicilio conocido o no fuere encontrado por la Policía Judicial en el plazo señalado a ésta, el Juez o Tribunal mandará publicar la correspondiente cédula por el medio que estime más idóneo para que pueda llegar a conocimiento del interesado, y sólo cuando lo considere indispensable acordará su divulgación por los medios de comunicación social.

Cuarta.—Las requisitorias que hayan de expedirse se insertarán en las Ordenes Generales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y, cuando lo consideren oportuno, en los medios de comunicación escrita.

Quinta.—Las fianzas que exijan para asegurar las responsabilidades pecuniaras, incluso costas, podrán constituirse conforme a lo establecido en el artículo 591 de esta Ley y, además, por garantía bancaria o de la entidad en que tenga asegurada la responsabilidad civil la persona contra quien se dirija la medida, formalizada por escrito o por comparecencia ante el Juzgado o Tribunal, por los interesados o por persona que ostente la legítima representación de cualquiera de las entidades de crédito autorizadas para operar en el territorio nacional, o de la Entidad aseguradora correspondiente.

En los supuestos en que las responsabilidades civiles estén total o parcialmente cubiertas por el régimen de Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil, se requerirá a la Entidad aseguradora o al Consorcio de Compensación de Seguros, en su caso, para que, hasta el límite del seguro obligatorio, afiance aquéllas. Si la fianza exigida fuera superior al expresado límite, el responsable directo o subsidiario vendrá obligado a prestar fianza o aval por la diferencia, procediéndose en otro caso al embargo de sus bienes.

La Entidad responsable del seguro obligatorio no podrá, en tal concepto, ser parte del proceso, sin perjuicio de su derecho, de defensa en relación con la obligación de afianzar, a cuyo efecto, se le admitirá el escrito que presentare, resolviéndose sobre su pretensión en la pieza correspondiente.

Sexta.—A todo escrito y a los documentos que se presenten en la causa se acompañarán tantas copias literales de los mismos, realizadas por cualquier medio de reproducción, cuantas sean las otras partes y el Fiscal, a quienes se entregarán al notificarles la resolución que haya recaído en el escrito respectivo.

La omisión de las copias sólo dará lugar a su libramiento por el Secretario a costa del omitente si éste no las presenta en el plazo de una audiencia.

Séptima.—Para enjuiciar los delitos conexos comprendidos en este Título, cuando existan elementos para hacerlo con independencia, y para juzgar a cada uno de los imputados, cuando sean varios, podrá acordar el Juez la formación de las piezas separadas que resulten convenientes para simplificar y activar el procedimiento.

Octava.—En los Juzgados de Instrucción y de lo Penal y en las Audiencias se llevarán los libros de registro necesarios para las anotaciones que correspondan respecto de los procesos regulados en esta Ley, cuyo número y forma se determinará reglamentariamente.

Artículo 785

El Juez de Instrucción empleará para la comprobación del delito y la culpabilidad del presunto reo los medios comunes y ordinarios que establece esta Ley, con las modificaciones siguientes:

Primera.—Cuando los imputados o testigos no hablen o no entendieren el idioma español, se procederá de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398, 440 y 441 de esta Ley, sin que sea preciso que el intérprete designado tenga título oficial.

Segunda.—La información prevenida en el artículo 364 sólo se verificará cuando a juicio del instructor hubiere duda acerca de la preexistencia de la cosa objeto de la sustracción o defraudación.

Tercera.—En las declaraciones se reseñará el Documento Nacional de Identi-

dad de las personas que las presten. Cuando por tal circunstancia o por cualquier otra no ofreciere duda la identidad del imputado y conocidamente tuviere la edad de dieciocho años se prescindirá de traer a la causa el certificado de nacimiento. En otro caso, se unirá dicho certificado y la correspondiente ficha dactiloscópica.

Cuando los hechos enjuiciados deriven del uso y circulación de vehículos de motor, se reseñarán también, en la primera declaración que presten los conductores, los permisos de conducir de éstos y de circulación de aquéllos y el certificado del seguro obligatorio, así como el documento acreditativo de su vigencia.

También se reseñará el certificado del seguro obligatorio y el documento que acredite su vigencia en aquellos otros casos en que la actividad se halle cubierta por igual clase de seguro.

Cuarta.—Los informes y declaraciones a que se refieren los artículos 377 y 378 únicamente se pedirán y recibirán cuando el Juez los considerase imprescindibles.

Quinta.—No se demorará la conclusión de la instrucción por falta del certificado de nacimiento, sin perjuicio de que cuando se reciban se aporten a las actuaciones.

Sexta.—En los casos de lesiones, no será preciso esperar a la sanidad del lesionado, cuando fuera procedente el archivo o el sobreseimiento. En cualquier otro supuesto podrá proseguirse la tramitación sin haberse alcanzado tal sanidad si fuera posible formular escrito de acusación.

Séptima.—El informe pericial podrá ser prestado por un solo perito cuando el Juez lo considere suficiente.

Octava.—El Juez podrá acordar:

a) La detención o la prisión del imputado o su libertad provisional, con o sin fianza, en los casos en que procedan conforme a las reglas generales de esta Ley. Los autos de prisión que se dicten en estas causas no precisarán de ratificación.

Las actuaciones que motive la aplicación de estas medidas se contendrán en pieza separada.

b) El aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias de los que pudieran resultar responsables civiles directos o subsidiarios.

Tales medidas se acordarán mediante auto y se formalizarán en pieza separada.

c) La intervención inmediata del vehículo y la retención del permiso de circulación del mismo por el tiempo indispensable, cuando fuere necesario practicar alguna investigación en aquél o para asegurar las responsabilidades pecuniarias, en tanto no conste acreditada la solvencia del inculpado o del tercero responsable civil.

También podrá acordarse la intervención del permiso de conducción requiriendo al imputado para que se abstenga de conducir vehículos de motor, en tanto subsista la medida, con la prevención de lo dispuesto en el artículo 237 del Código penal.

Las medidas anteriores, una vez adoptadas, llevarán consigo la retirada de los documentos respectivos y su comunicación a los Organismos administrativos correspondientes.

d) En los hechos derivados del uso y circulación de vehículos de motor, el señalamiento de la pensión provisional que, según las circunstancias, considere necesaria en cuantía y duración, para atender a la víctima y a las personas que estuvieren a su cargo. El pago de la pensión se hará anticipadamente en las fechas que discrecionalmente señale el Juez, a cargo del asegurador, si existiere, y hasta

el límite del Seguro Obligatorio, o bien con cargo a la fianza o al Consorcio de Compensación de Seguros, en los supuestos de responsabilidad final del mismo, conforme a las disposiciones que le son propias.

Igual medida podrá acordarse cuando la responsabilidad civil derivada del hecho esté garantizada por cualquier seguro obligatorio.

Todo lo relacionado con esta medida se actuará en pieza separada.

La interposición de recursos no suspenderá el pago de la pensión.

e) Cuando lo considere necesario, que por el Médico forense u otro perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuya análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente, que en un plazo no superior a cinco días enviará el resultado.

f) Que no se practique la autopsia cuando por el Médico forense o quien haga sus veces se dictamine cumplidamente la causa de la muerte sin necesidad de aquélla.

g) La asistencia debida a los heridos, enfermos y cualquier otra persona que, con motivo u ocasión de los hechos necesite asistencia facultativa, haciendo constar, en su caso, el lugar de su tratamiento, internamiento u hospitalización.

h) Autorizar, previa audiencia del Fiscal, a los imputados en los procedimientos por delitos derivados del uso y circulación de vehículos de motor, que no estén en situaciones de prisión preventiva y que con anterioridad tuvieran su domicilio o residencia habitual en el extranjero, para ausentarse del territorio español. Para ello será indispensable que dejen suficientemente garantizadas las responsabilidades pecuniarias de todo orden derivadas del hecho a enjuiciar, designen persona con domicilio fijo en España que reciba las notificaciones, citaciones y emplazamientos que hubiere que hacerle, con la prevención contenida en el apartado 4 del artículo 789 en cuanto a la posibilidad de celebrar el juicio en su ausencia, y que preste caución no personal, cuando no esté ya acordada fianza de la misma clase, para garantizar la libertad provisional que responda de su presentación en la fecha o plazo que se les señale.

Igual atribución y con las mismas condiciones corresponderá al Juez o Tribunal que haya de conocer de la causa.

Si el imputado no compareciere, se adjudicará al Estado el importe de la caución y se le declarará en rebeldía, observándose lo dispuesto en el artículo 843, salvo que se cumplan los requisitos legales para celebrar el juicio en su ausencia.

Artículo 785 bis

1. Cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. El Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción. En otro caso instará del Juez de Instrucción la incoación de las correspondientes diligencias previas con remi-

sión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito.

2. El Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en esta Ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal.

3. Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos.

Artículo 786

En la investigación de los hechos comprendidos en este Título, los miembros de la Policía judicial observarán las reglas generales y las especiales siguientes:

Primera.—Requerirán que les acompañe cualquier facultativo que fuere habido para prestar, en su caso, los oportunos auxilios al ofendido. El facultativo requerido, aunque sólo lo fuera verbalmente, que no atienda el requerimiento será sancionado con una multa de 1.000 a 10.000 pesetas, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que pudiera haber incurrido.

Segunda.—Los miembros de la Policía judicial, además de identificar y tomar los datos personales y dirección a las personas a las personas que se encuentren en el lugar en que se cometió el delito, podrán:

a) Secuestrar los efectos que en él hubiere hasta tanto llegue la Autoridad judicial, siempre que exista peligro de que no haciéndolo pudieran desaparecer algunas pruebas de los hechos ocurridos.

b) Si se hubiere producido la muerte de alguna persona y el cadáver se hallare en la vía pública o en otro lugar inadecuado, trasladarlo al próximo que resulte más idóneo dentro de las circunstancias hasta que la Autoridad judicial adopte las medidas oportunas. En las situaciones excepcionales en que haya de adoptarse tal medida de urgencia, se reseñará previamente la posición del interfecto, obteniéndose fotografías y señalando sobre el lugar la situación exacta que ocupaba.

c) Proceder a la intervención del vehículo y de los documentos que se mencionan en el apartado c) de la regla octava del artículo 785 en los supuestos a que el mismo se refiere.

d) Citar para que comparezcan inmediatamente, o en las veinticuatro horas siguientes, ante la Autoridad judicial competente, a las personas indicadas en el párrafo primero de esta regla o en la anterior.

Tercera.—Los miembros de la Policía judicial requerirán el auxilio de otros miembros de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad cuando fuere necesario para el desempeño de las funciones que por esta Ley se les encomiendan. El requerimiento se hará por escrito, y por el cauce jerárquico correspondiente, salvo que la urgencia del caso exija prescindir de tales formas y cauces.

Artículo 787

1. Contra los autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal que no estén exceptuados de recurso podrá ejercitarse el de reforma y, si no fuere estimado, el de queja. El de apelación únicamente se admitirá en los casos expresamente señalados en este Título. La Audiencia provincial o, en su caso, la Sala de lo

Penal de la Audiencia Nacional es el órgano competente para conocer los recursos de apelación y queja.

2. Inmediatamente que se interponga el recurso de queja, el Tribunal lo comunicará por el medio más rápido al Juez que dictó la resolución. Si para resolverlo necesitare el Tribunal conocer íntegramente alguna diligencia, mandará que el Juez una testimonio de la misma al informe. En casos muy excepcionales podrá también reclamar las actuaciones para su consulta antes de resolver el recurso, siempre que con ello no se obstaculice la tramitación de aquéllas; en estos casos, deberán devolverse las actuaciones al Juez en el plazo máximo de tres días.

3. El recurso de apelación, cuando proceda, podrá interponerse subsidiariamente con el de reforma o por separado, dentro de los tres días subsiguientes a la notificación de la resolución. En ningún caso será necesario interponer previamente el de reforma para ejercitar la apelación. Admitida ésta, se pondrá la causa de manifiesto a las demás partes personadas, por plazo común de seis días para que puedan alegar por escrito dentro de dicho plazo lo que estimen conveniente y presentar los documentos justificativos de sus pretensiones. Transcurrido el plazo, se remitirán las actuaciones a la Audiencia respectiva que, sin más trámites, resolverá dentro de los tres días siguientes.

Artículo 788

1. Desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada y fuera necesaria la asistencia letrada, la Policía judicial, el Ministerio fiscal o la Autoridad judicial recabarán del Colegio de Abogados la designación de un Letrado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado.

2. El Abogado designado continuará prestando asistencia jurídica hasta la finalización del proceso, salvo nombramiento de uno de su elección por el imputado o impedimento legítimo de aquél, debidamente justificado ante su Colegio Profesional, el que, previamente a la aceptación de la excusa, notificará al Juez o al Ministerio fiscal la designación del sustituto.

3. El Abogado designado para la defensa tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido, no siendo por tanto necesaria la intervención del Procurador hasta el trámite regulado en el apartado 1 del artículo 791, debiendo hasta entonces cumplir el Letrado el deber de señalamiento de domicilio a efectos de notificaciones y traslados de documentos.

No será necesaria la intervención de Procurador, pero sí la de Abogado, en el caso de la resolución quinta del apartado 5 del artículo 789.

4. Los perjudicados por el hecho punible o sus herederos, que fueren parte en el juicio, disfrutarán del derecho de asistencia jurídica gratuita, en las condiciones establecidas en los artículos 121 y siguiente de esta Ley.

5. Para evitar dilaciones y asegurar la debida asistencia jurídica durante el proceso, los Colegios de Abogados remitirán a los Presidentes de Audiencia Provincial, Jueces de lo Penal, Jueces de Instrucción y al Fiscal una copia de la lista de colegiados ejercientes del turno de oficio, así como de las modificaciones que se vayan produciendo. Si los Decanos de los Colegios de Abogados, requeridos a los efectos del número 1 de este artículo, no hicieren la designación a las veinticuatro horas siguientes a la recepción de la petición, los Presidentes y Jueces mencionados la harán por sí, designando al Letrado a quien corresponda

por riguroso turno entre los que figuren en la lista. Igualmente, dichos Presidentes y Jueces podrán acordar que se nombre Abogado de oficio, en sustitución del que con anterioridad estuviere designado, cuando por causa no justificada éste dejare de comparecer.

Lo anteriormente dispuesto será igualmente aplicable a la designación de Procuradores de oficio.

Artículo 789

1. La Policía Judicial hará entrega de los atestados al Juez competente, poniendo a su disposición los detenidos, si los hubiere, y remitiendo copia del atestado al Ministerio Fiscal.

2. Todas las actuaciones judiciales relativas a delitos de los comprendidos en este Título se registrarán como diligencias previas.

3. Sólo en el caso de que las diligencias practicadas en el atestado no fueren suficientes para formular acusación, así como cuando el procedimiento se iniciare por denuncia presentada en el Juzgado o por querrela, el Juez ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento, dando cuenta de su incoación y de los hechos que la determinen al Fiscal de la Audiencia correspondiente.

4. En la primera comparecencia se informará al imputado de sus derechos y se le requerirá para que designe un domicilio en España en el que se le harán las notificaciones, o una persona que las reciba en su nombre. Se advertirá al imputado que la citación realizada en dicho domicilio o a la persona designada permitirá la celebración del juicio en su ausencia, si la pena en su día solicitada no excediera de los límites señalados en el apartado 1 del artículo 793. En igual caso se informará al perjudicado de su derecho a nombrar Abogado, informándole de que aun no haciéndolo el Ministerio fiscal ejercerá las acciones civiles correspondientes, si procediere. Los que se personaren podrán desde entonces tomar conocimiento de lo actuado e instar lo que a su derecho convenga, acordando el Juez lo procedente en orden a la práctica de estas diligencias cuando fueren necesarias para abrir el juicio oral, sin perjuicio de acordar, en su caso, que se practiquen durante las sesiones del mismo. Es de aplicación a estas diligencias lo dispuesto en los artículos 301 y 302.

5. Practicadas sin demora tales diligencias, o cuando no sean necesarias, el Juez adoptará alguna de las siguientes resoluciones:

Primera.—Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal, mandará archivar las actuaciones. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional, ordenando el archivo.

Segunda.—Si reputare falta el hecho que hubiere dado lugar a la formación de las diligencias, mandará remitir lo actuado al Juez competente, cuando no le corresponda su enjuiciamiento.

Tercera.—Si todos los imputados fueren menores de dieciséis años, o el hecho estuviere atribuido a la jurisdicción militar, se inhibirá en favor del órgano competente.

Cuarta.—Si el hecho constituyera delito comprendido en el artículo 779, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo II.

En los tres primeros supuestos podrá interponerse recurso de apelación. Si no hubiere miembro del Ministerio fiscal constituido en el Juzgado, ni hubieren interpuesto recurso las partes, se remitirán las diligencias al Fiscal de la Audiencia, el que, dentro de los tres días siguientes a su recepción, las devolverá al Juzgado por el escrito de interposición del recurso o con la fórmula de «visto», procediéndose seguidamente en este caso a la ejecución de los resuelto.

Quinta.—Si el hecho constituyera delito cuyo conocimiento compete al Juez de lo Penal, el de Instrucción podrá, a instancia del Ministerio fiscal y del imputado que, asistido de su Abogado haya reconocido los hechos que se le imputan, remitir las actuaciones al Juez de lo Penal, para que convoque inmediatamente a juicio oral al Fiscal y a las partes, quienes formularán en el mismo acto sus pretensiones, pudiendo dictar sentencia en el acto, de conformidad con el artículo 794.

CAPITULO II

De la preparación del juicio oral

Artículo 790

1. Si el Juez de Instrucción acordare que debe seguirse el trámite establecido en este Capítulo, en la misma resolución ordenará que se dé traslado de las diligencias previas, originales o mediante fotocopia, al Ministerio fiscal y las acusaciones personadas, para que, en el plazo común de cinco días, soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias, en el caso del apartado siguiente.

2. Cuando el Ministerio fiscal manifieste la imposibilidad de formular el escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos, se podrá instar, con carácter previo, la práctica de aquellas diligencias indispensables para formular acusación, accediendo el Juez a lo solicitado.

El Juez acordará lo que estime procedente cuando tal solicitud sea formulada por la acusación o acusaciones personadas.

En todo caso, se citará para su práctica al Ministerio fiscal, a las partes personadas y siempre al imputado, dándose luego nuevo traslado de las actuaciones.

3. Si el Ministerio fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que previenen los artículos 637 y 641 de esta Ley, lo acordará el Juez, excepto en los supuestos de los números 1.º, 3.º, 7.º y 10.º del artículo 8 del Código penal, en que devolverá las actuaciones a las acusaciones para calificación, continuando el juicio hasta sentencia, a los efectos, en su caso, de los artículos 8 y 20 del Código penal.

Al acordar el sobreseimiento, el Juez de Instrucción dejará sin efecto la prisión y demás medidas cautelares acordadas.

4. Si el Ministerio fiscal solicitare el sobreseimiento de la causa, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 637 y 641 de esta Ley y no se hubiere perso-

nado en la misma acusador particular dispuesto a sostener la acusación, antes de acordar el sobreseimiento, podrá el Juez de Instrucción decidir que se remita la causa al superior jerárquico del Fiscal de la Audiencia respectiva para que resuelva si procede o no sostener la acusación, comunicando su decisión al Juez de Instrucción.

5. El escrito de acusación comprenderá, además de la solicitud de apertura del juicio oral ante el órgano que se estime competente y de la identificación de la persona o personas contra las que se dirige la acusación, los extremos a que se refiere el artículo 650 de esta Ley. La acusación se extenderá a las faltas imputables al acusado del delito o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviera relacionada con el delito. También se expresarán la cuantía de las indemnizaciones o fijación de las bases para su determinación y las personas civilmente responsables, así como los demás pronunciamientos sobre entrega y destino de cosas y efectos e imposición de costas procesales.

En el mismo escrito se propondrán las pruebas de que intenten valerse en el juicio oral, expresando si la reclamación de documentos o las citaciones de peritos y testigos deben realizarse por medio de la oficina judicial.

En el escrito de acusación se podrá solicitar la práctica anticipada de aquellas pruebas que no puedan llevarse a cabo durante las sesiones del juicio oral, así como la adopción, modificación o suspensión de las medidas provisionales a que se refiere el artículo 785 de esta Ley, o cualesquiera otras que resulten procedentes o se hubieren adoptado, y la cancelación de las tomadas en contra de personas contra las que no se dirija acusación.

6. Solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio fiscal o la acusación particular, el Juez de Instrucción la acordará, salvo que estimare que concurre el supuesto del número 2 del artículo 637 de esta Ley o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento que corresponda conforme a los artículos 637 y 641 de esta Ley, siendo su resolución susceptible de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial.

Cuando el Juez de Instrucción decretare la apertura del juicio oral sólo a instancia del Ministerio fiscal o de la acusación particular, se dará nuevo traslado a quien hubiere solicitado el sobreseimiento por plazo de tres días para que formule escrito de acusación, salvo que hubiere renunciado a ello.

Al acordar la apertura del juicio oral, resolverá el Juez de Instrucción sobre la adopción, modificación, suspensión o revocación de las medidas cautelares interesadas por el Ministerio fiscal o la acusación particular, tanto en relación con el acusado, como respecto de los responsables civiles, a quienes, en su caso, exigirá fianza en los términos de artículo 615 de esta Ley, si no la prestare el acusado en el plazo que se le señale y sobre el alzamiento de las medidas adoptadas respecto a quienes no hubieren sido acusados.

En el mismo auto señalará el Juez de Instrucción el órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa, cuando alguna de las partes acusadoras solicite que el hecho sea enjuiciado por la Audiencia.

7. Contra el auto de apertura del juicio oral no se dará recurso alguno, excepto en lo relativo a la situación personal del acusado, pudiendo el interesado reproducir ante el órgano del enjuiciamiento las peticiones no atendidas.

Contra los autos denegatorios de apertura del juicio oral procederá recurso de apelación.

Firme la resolución que decrete la apertura del juicio oral, el proceso continuará ante el órgano en ella determinado, salvo que de la prueba practicada durante sus sesiones resultare que la pena a solicitar definitivamente excediera de la competencia de aquél, en cuyo caso se dictará auto acordando la inhibición con remisión del proceso al Tribunal competente.

Artículo 791

1. Abierto el juicio oral, si los acusados no hubieren hecho uso de su derecho a nombrar Abogado ni se les hubiera nombrado de oficio, se les emplazará, con entrega de copia de los escritos de acusación, para que en el plazo de tres días comparezcan en la causa con Abogado que les defienda y Procurador que les represente, nombrándoseles de oficio si no lo hicieren. Cumplido ese trámite, se dará traslado de las actuaciones originales, o mediante fotocopia, a los designados como acusados y terceros responsables en los escritos de acusación, para que en plazo común de cinco días presenten escrito de defensa frente a las acusaciones formuladas.

2. El escrito de defensa se contraerá correlativamente a los extremos contenidos en los escritos de acusación y en él se podrá solicitar del órgano judicial que recabe la remisión de documentos o cite a peritos o testigos para su utilización como prueba en las sesiones del juicio oral, así como en su caso, la práctica de prueba anticipada.

3. En su escrito, firmado también por el acusado, la defensa podrá manifestar su conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad. Tal conformidad podrá también formalizarse conjuntamente con el escrito de acusación del Ministerio fiscal.

4. Si, abierto el juicio oral los acusados se hallaren en ignorado paradero y no hubieren hecho la designación de domicilio a que se refiere el artículo 789.4 y, en cualquier caso, si la pena solicitada excediera de los límites establecidos en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 793, se mandará expedir requisitoria para su llamamiento y busca, declarándolos rebeldes, si no comparecieren o no fueren hallados, con los efectos prevenidos en esta Ley.

5. Formulado por el acusado el escrito de defensa, el Juez de Instrucción remitirá lo actuado al órgano competente para el enjuiciamiento, notificándoselo a las partes, salvo cuando el enjuiciamiento corresponda al Juez de lo Penal y éste se desplazara periódicamente a la sede del Juzgado Instructor para la celebración de los juicios procedentes del mismo, en cuyo caso permanecerán las actuaciones en el Juzgado a disposición del Juez de lo Penal.

CAPITULO III

Del juicio oral

Artículo 792

1. En cuanto las actuaciones se encontraren a disposición del órgano competente para el enjuiciamiento, el Juez o Tribunal examinará las pruebas propuestas e inmediatamente dictará auto admitiendo las que considere pertinentes y recha-

zando las demás, prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada y señalará el día en que deban comenzar las sesiones del juicio oral. En esa resolución se ordenará el libramiento de las comunicaciones que sean necesarias para asegurar la práctica de las pruebas que sean propuestas y admitidas, cuando así lo hubieren solicitado las partes.

Contra la resolución denegatoria de prueba, no procederá recurso alguno, sin perjuicio de que la parte a la que le fue denegada pueda reproducir su petición al inicio de las sesiones del juicio oral, momento hasta el cual podrán incorporarse a la causa los informes, certificaciones y demás documentos que el Ministerio fiscal y las partes estimen oportuno y el Juez o Tribunal admitan.

2. El señalamiento de fecha para el juicio se hará teniendo en cuenta la flagrancia del delito, la prisión del acusado y el aseguramiento de su presencia a disposición judicial, la complejidad de la prueba propuesta o cualquier circunstancia significativa.

Artículo 793

1. La celebración del juicio oral requiere preceptivamente la asistencia del acusado y del Abogado defensor. No obstante, si hubiere varios acusados y alguno de ellos deja de comparecer sin motivo legítimo, apreciado por el Juez o Tribunal, podrá éste acordar, oídas las partes, la continuación del juicio para los restantes.

La ausencia injustificada del acusado que hubiera sido citado personalmente o en el domicilio o en la persona a que se refiere el apartado 4 del artículo 789, no será causa de suspensión del juicio oral si el Juez o Tribunal, a solicitud del Ministerio fiscal o de la parte acusadora, y oída la defensa, estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento, cuando la pena solicitada no exceda de un año de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años.

La ausencia injustificada del tercero responsable civil citado en debida forma no será por sí misma causa de suspensión del juicio.

2. El juicio oral comenzará con la lectura por el Secretario de los escritos de acusación y defensa. Seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de suspensión del juicio oral, así como sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto. El Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas.

3. Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la acusación y la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrán pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación, más grave que la del escrito de acusación. Si la pena no excediera de seis años, el Juez o Tribunal dictará sentencia de estricta conformidad con la aceptada por las partes.

No obstante, si a partir de la descripción del hecho aceptado por todas las partes, estimara el Juez o Tribunal que el mismo carece de tipicidad penal o

resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia determinante de la exención de pena o de su preceptiva atenuación, dictará sentencia en los términos que proceda, previa audiencia de las partes realizada en el acto.

No vinculan al Juez o Tribunal las conformidades sobre la adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal.

4. La práctica de la prueba se realizará concentradamente, en las sesiones consecutivas que sean necesarias. Excepcionalmente, podrá acordar el Juez o Tribunal la suspensión o aplazamiento de la sesión, hasta el límite máximo de treinta días, en los supuestos del artículo 746 de esta Ley, conservando su validez los actos realizados, salvo que se produzca la sustitución del Juez o miembro del Tribunal, en el caso del número 4.º de dicho artículo.

No será causa de suspensión del juicio la falta de acreditación de la sanidad, de la tasación de daños o de la verificación de otra circunstancia de análoga significación, siempre que no sea requisito imprescindible para la calificación de los hechos. En tal caso, la determinación cuantitativa de la responsabilidad civil quedará diferida al trámite de ejecución, fijándose en la sentencia las bases de la misma.

5. El informe pericial podrá ser prestado por un solo perito.

6. Terminada la práctica de la prueba, el Juez o Presidente del Tribunal requerirá a la acusación y a la defensa para que manifiesten si ratifican o modifican las conclusiones de los escritos inicialmente presentados y para que expongan oralmente cuanto estimen procedente sobre la valoración de la prueba y la calificación jurídica de los hechos.

El requerimiento podrá extenderse a solicitar del Ministerio fiscal y de los letrados un mayor esclarecimiento de aspectos concretos de la prueba y la valoración jurídica de los hechos, sometiéndoles a debate una o varias preguntas sobre puntos determinados.

7. Cuando, en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecien un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal podrá conceder un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes. Tras la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez, modificar sus conclusiones definitivas.

8. Cuando todas las acusaciones califiquen los hechos como delitos castigados con pena que exceda de la competencia del Juez de lo Penal se declarará éste incompetente para juzgar, dará por terminado el juicio y remitirá las actuaciones a la Audiencia competente. Fuera del supuesto anterior, el Juez de lo Penal resolverá lo que estime pertinente acerca de la continuación o finalización del juicio.

9. Del desarrollo del juicio oral se levantará acta que firmarán el Juez o el Presidente y Magistrados, el Secretario, el Fiscal y los Abogados de la acusación y la defensa, reseñándose en la misma el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas, pudiendo completarse o sustituirse por cualquier medio de reproducción mecánica, oral o escrita, de cuya autenticidad dará fe el Secretario.

Artículo 794

1. La sentencia se dictará en la forma prevista en el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dentro de los cinco días siguientes a la finalización del juicio oral.

2. El Juez de lo Penal podrá dictar sentencia oralmente en el acto del juicio documentándose el fallo mediante la fe del Secretario o en anexo al acta, sin perjuicio de la ulterior redacción de aquélla con arreglo al apartado anterior. Si el Fiscal y las partes, conocido el fallo, expresaren su decisión de no recurrir, el Juez, en el mismo acto, declarará la firmeza de la sentencia y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la condena condicional.

3. La sentencia no podrá imponer pena que exceda de la más grave de las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado.

Artículo 795

1. La sentencia dictada por el Juez de lo Penal es apelable ante la Audiencia provincial correspondiente y la del Juez Central ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, dentro del plazo de diez días a partir del siguiente al de su notificación. Durante este período se hallarán las actuaciones en Secretaría a disposición de las partes.

2. En el escrito de formalización del recurso, que se presentará ante el órgano que dictó la resolución que se impugne, se expondrán, ordenadamente, las alegaciones sobre quebrantamiento de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas o infracción de precepto constitucional o legal en las que se base la impugnación y se fijará el domicilio para notificaciones.

Si en el recurso se pidiera la declaración de nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales que causaren la indefensión del recurrente, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia, se citarán las normas legales o constitucionales que se consideren infringidas y se expresarán las razones de la indefensión. Asimismo, deberá acreditarse haberse pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo en el caso de que se hubieren cometido en el momento en el que fuere ya imposible la reclamación.

3. En el mismo escrito de formalización, podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que formulare en su momento la oportuna reserva, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables, exponiendo las razones por las que la falta de aquellas diligencias de prueba ha producido indefensión.

4. Recibido el escrito de formalización del recurso, el Juez dará traslado a las demás partes por un plazo común de diez días y transcurrido el mismo, se hayan o no presentado escritos de impugnación o adhesión, elevará en los dos días siguientes a la Audiencia los autos originales con todos los escritos presentados.

5. Recibidos los autos, si en el recurso no se propone prueba, la Audiencia los examinará y dictará sentencia en el plazo de diez días, devolviéndolos al Juez a efectos de ejecución del fallo.

6. Cuando estime que es necesario para la correcta formación de una convic-

ción fundada, la Audiencia podrá acordar la celebración de vista, citando a las partes.

7. Si los escritos de recurso contienen proposición de prueba, la Audiencia resolverá en tres días sobre la admisión de la prueba propuesta y, en el mismo acto, señalará día para la vista dentro de los quince días siguientes.

8. La vista se celebrará empezando por la práctica de la prueba. A continuación las partes resumirán oralmente el resultado de la misma y el fundamento de sus pretensiones.

Artículo 796

1. La sentencia de apelación se dictará dentro de los cinco días siguientes a la vista oral y contra ella no se admitirá otro recurso que el de revisión, cuando proceda, y el del artículo siguiente, en su caso.

2. Cuando la solvencia apelada sea anulada por quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento, el Tribunal, sin entrar en el fondo del fallo, ordenará que se reponga el procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la falta, sin perjuicio de que conserven su validez todos aquellos actos cuyo contenido sería idéntico, no obstante la falta cometida.

Artículo 797

1. En cualquier momento en que comparezca o sea habido el que hubiere sido condenado en ausencia, conforme a lo dispuesto en el párrafo 2.º del apartado 1 del artículo 793, le será notificada la sentencia dictada en primera instancia o en apelación a efectos de cumplimiento de la pena aún no prescrita. Al notificársele la sentencia se le hará saber su derecho a interponer el recurso a que se refiere el apartado siguiente, con indicación del plazo para ello y del órgano competente.

2. La sentencia dictada en ausencia, haya sido o no apelada, es susceptible de ser recurrida en anulación por el condenado en el mismo plazo y con iguales requisitos y efectos que los establecidos para el recurso de apelación. El plazo se contará desde el momento en que se acredite que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia.

CAPITULO IV

De la ejecución de sentencias

Artículo 798

Tan pronto como sea firme la sentencia, se procederá a su ejecución por el Juez o por la Audiencia que la hubiere dictado, conforme a las disposiciones generales de la Ley, observándose las siguientes reglas:

Primera.—Si no se hubiere fijado en el fallo la cuantía indemnizatoria, cualquiera de las partes podrá instar, durante la ejecución de sentencia, a práctica de las pruebas que estime oportunas para su precisa determinación, de cuya pretensión se dará traslado a las demás para que en el plazo común de diez días

pidan por escrito lo que a su derecho convenga. El Juez o Tribunal rechazará la práctica de pruebas que no se difieran a las bases fijadas en la sentencia.

Practicada la prueba, y oídas las partes por un plazo común de cinco días, se fijará mediante auto, en los cinco días siguientes, la cuantía de la responsabilidad civil. El auto dictado por el Juez de lo Penal será apelable ante la Audiencia respectiva.

Segunda.—En los casos en que se haya acordado la privación del permiso de conducir vehículos de motor, se procederá a su inmediata retirada, si tal medida no estuviera ya acordada, dejando unido el documento a los autos y remitiendo mandamiento a la Jefatura Central de Tráfico para que lo deje sin efecto y no expida otro nuevo hasta la extinción de la condena.»

Artículo séptimo

El artículo 989 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tendrá la siguiente redacción:

«Los pronunciamientos sobre responsabilidad civil serán susceptibles de ejecución privisional con arreglo a lo dispuesto en el artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento civil.»

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.—El régimen transitorio de jubilación forzosa por edad de los Magistrados del Tribunal Supremo, Magistrados, Jueces y Fiscales establecido en la disposición transitoria 28.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, aplicable a partir del 1 de enero de 1989, será el siguiente:

A partir de dicha fecha el personal mencionado se irá jubilando a medida que vaya cumpliendo setenta y ocho años de edad.

El 1 de enero de 1993 se jubilará el personal que haya cumplido sesenta y siete años y durante 1993 se irán jubilando los que alcancen dicha edad.

El 1 de enero de 1994 se jubilará el personal que haya cumplido sesenta y seis años y durante ese año los funcionarios que vayan alcanzando dicha edad.

A partir del 1 de enero de 1995 la jubilación será a los sesenta y cinco años.

Segunda.—Los artículos 4.º, 5.º, 6.º y 7.º tienen carácter de Ley ordinaria.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—En tanto subsistan los Juzgados de Distrito conocerán éstos en los juicios por faltas no atribuidos a los Juzgados de Paz y los Juzgados de Instrucción de los recursos de apelación contra las resoluciones de dichos Juzgados de Distrito.

Segunda.—En tanto no se proceda a actualizar el libro III del Código Penal, los Juzgados de Paz conservarán la competencia para conocer en primera instancia de los juicios de faltas que tienen en la actualidad.

Tercera.—En tanto no entren en funcionamiento los Juzgados de lo Penal,

las funciones que les corresponden conforme a las modificaciones introducidas por la presente Ley serán ejercidas por los Juzgados de Instrucción de la demarcación correspondiente o por la Audiencia, con arreglo a las competencias para enjuiciamiento y fallo que tienen respectivamente reconocidas en la actualidad. Cuando proceda la abstención de los Jueces de Instrucción por la causa décima del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en los procesos en que les corresponda la instrucción y el fallo, se limitarán aquéllos a remitir las actuaciones al órgano competente para el fallo, de acuerdo con las reglas sobre prórroga de jurisdicción, sustitución o reparto establecidas.

Cuarta.—Las competencias que esta Ley, en su artículo 3.º, apartado 6, atribuye a las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, serán asumidas por las respectivas Salas de Gobierno de las Audiencias Territoriales, en tanto aquéllos no se constituyan.

Quinta.—Los procedimientos en curso a la entrada en vigor de la presente Ley se acomodarán a lo dispuesto en los artículos 779 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modificados conforme a lo establecido en esta Ley, salvo cuando ya se hubiera formulado por la acusación la calificación provisional.

DISPOSICION DEROGATORIA

Quedan derogados la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, y los artículos 799 a 803 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.—El Gobierno dictará cuantas disposiciones sean precisas en el ámbito de su competencia para la ejecución de lo establecido en la presente Ley Orgánica.

Segunda.—La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día 1 de marzo de 1989, salvo en sus artículos 1.º, 2.º, 3.º y disposición adicional primera, que entrarán en vigor el día 1 de enero del mismo año, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria 34 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. La constitución y entrada en funcionamiento de los Juzgados de lo Penal se regirá por lo dispuesto en la Ley de Demarcación y de Planta Judicial.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Palacio de la Zarzuela, Madrid, a 28 de diciembre de 1988.

**LEY 38/1988, de 28 de diciembre, de demarcación y de planta judicial («BOE»
núm. 313, de 30 de diciembre de 1988).**

PREAMBULO

I

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, constituye el pilar normativo sobre el que se apoya el cumplimiento de los fines constitucionalmente atribuidos al Poder Judicial en el Estado social y democrático de Derecho.

La Ley Orgánica ha atribuido contenido cabal a los principios de independencia, plenitud y unidad de la jurisdicción, garantía e imperio de la ley; ha hecho efectivo, asimismo, el gobierno autónomo del Poder Judicial, destacando el carácter de órgano constitucional del Consejo General del Poder Judicial y ha configurado, sobre unas bases nuevas y sentadas para el logro de la tutela jurisdiccional eficaz, el estatuto de los Jueces y Magistrados y el de los Secretarios judiciales y demás personal al servicio de la Administración de Justicia.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, sin embargo, contiene otro conjunto de mandatos cuyo denominador común radica en la necesidad de un desarrollo normativo, organizativo y financiero complejo, por suponer la creación de Tribunales y de Juzgados de nueva planta, el crecimiento notable de los ya existentes y, en algunas ocasiones, el cambio de su naturaleza, de su competencia, o de la circunscripción a la que se extiende su jurisdicción.

Con la presente Ley, dentro de los principios y de las finalidades expuestas, se da cumplimiento, por ende, al mandato de la disposición adicional primera de la Ley Orgánica del Poder Judicial en lo que se refiere a la regulación legislativa de la demarcación y planta judicial. La reforma de la regulación legislativa del proceso en los diversos órdenes jurisdiccionales, paralelamente emprendida en idéntico contexto de desarrollo de la Ley Orgánica, constituye el complemento indispensable de aquélla.

La demarcación se ha elaborado teniendo en cuenta las propuestas de las Comunidades Autónomas y el Proyecto de Ley ha sido sometido a informe del Consejo General del Poder Judicial, cumpliendo con ello, en ambos casos, las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Las observaciones formuladas han tenido un alto valor y han acrecentado notablemente el conocimiento de los datos y circunstancias necesarios para una adecuada decisión.

II

El Estado social y democrático de Derecho, en la búsqueda de un contenido efectivo y real en los derechos de los ciudadanos, insiste en la nota de efectividad de la protección judicial de los derechos, que llega a plasmarse como derecho fundamental específico en el artículo 24 de la Constitución.

El adecuado desarrollo de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha de hacer frente, por tanto, en primer término, al enorme déficit acumulado durante decenios por una organización judicial estructurada más en función de la presencia que de la eficacia; distribuida con criterios geográficos imperfectos y desequilibrados e infradotada en cuanto al número de sus titulares y sus órganos decisorios,

con la consiguiente insuficiencia de los medios personales y económicos puestos a su servicio e inadecuación de las normas de procedimiento por las que se rige.

El segundo término, al déficit histórico de la justicia se añade el mayor grado de exigencia social de buen funcionamiento que frente a ella, y en contraste con la pasividad tradicional, conlleva la proclamación del sistema constitucional del Estado social y democrático de Derecho. A mayor abundamiento, fenómenos tales como la judicialización del Estado y de la vida social, la mayor conciencia ciudadana de los derechos y de la garantía de su contenido real, la desaparición de vínculos sociales y políticos restrictivos de la libertad individual y del derecho de defensa de las personas, el control democrático de los defectos de funcionamiento de todas las instituciones públicas, la mayor conflictividad social derivada de la creciente complejidad demográfica y de los episodios de crisis económica, y la culminación del Estado de Derecho mediante el reconocimiento del valor normativo de la Constitución, han provocado en los últimos años un considerable incremento de la litigiosidad.

Este incremento afecta especialmente a los órdenes jurisdiccionales más influidos por la conflictividad socioeconómica y la garantía de los derechos del ciudadano frente al poder público, el penal y el contencioso administrativo, sin que sean de depreciar los incrementos de asuntos civiles y sociales.

III

Aun cuando la definitiva actualización de la infraestructura del Poder Judicial, en función de las necesidades de la sociedad actual, exige su programación normativa a través de la presente Ley, los poderes públicos han iniciado ya en el último lustro una decidida actuación de incremento de sus dotaciones, adelantando así las bases de la transformación cuantitativa y cualitativa que ha de alcanzar con esta Ley su pleno desarrollo.

Los créditos presupuestarios estrictamente dedicados a la Administración de Justicia se duplican desde el año 1982 al 1987, y sólo en el período 1987-1988 se produce un incremento cercano a una tercera parte.

Ello ha permitido desarrollar una intensa labor de gestión, en la línea de atender a las previsiones iniciales de la normativa proyectada, que ha cristalizado en la efectiva puesta en funcionamiento, durante el quinquenio expresado, de más de trescientos órganos judiciales, con los medios instrumentales personales y materiales a su servicio, lo que representa un acelerado ritmo de implantación de más de un órgano judicial cada semana, de promedio. Sólo por lo que se refiere a los órganos unipersonales, en el orden jurisdiccional social se ha puesto en funcionamiento, en este período, un número de Magistraturas de Trabajo que representa una cuarta parte del total de los órganos de esta clase existentes hoy en España. En los órdenes jurisdiccionales civil y penal, la puesta en funcionamiento de un elevado número de Juzgados de Primera Instancia, de Instrucción y de Primera Instancia e Instrucción ha permitido pasar de una relación en 1980 de 73.010 habitantes por Juzgado, la más desfavorable desde 1877, en que era de 34.434 habitantes por Juzgado, a una proporción de 55.726 habitantes por Juzgado en 1985, lo que no sólo supone recuperar el nivel correspondiente a dos décadas atrás, sino, lo que es aún más notable, invertir decididamente el

constante e ininterrumpido proceso histórico de deterioro de la relación, que en 1988 alcanzará a 50.958 habitantes por Juzgado.

IV

La nueva división territorial de lo judicial no plantea especiales problemas en las esferas autonómica, provincial y municipal, por lo que la presente Ley, en punto a la demarcación, se limita a ratificar el ámbito territorial de la jurisdicción de los distintos órganos de alcance autonómico, provincial y municipal, que resulta de las correspondientes circunscripciones determinadas ya a efectos político-administrativos.

Por el contrario, es objeto primordial de la presente Ley realizar una redefinición de los partidos judiciales en cuanto divisiones territoriales judiciales básicas en las que se inscribe el primer escalón de órganos judiciales servidos por Jueces de Carrera, el de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, respetando la competencia de las Comunidades Autónomas para fijar la capitalidad.

La nota de efectividad con que el artículo 24 de la Constitución consagra el derecho a la tutela por los Jueces y Tribunales de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos ha exigido tener presente, en primer lugar, la garantía de fácil acceso de aquéllos a los Juzgados y, en segundo lugar, la necesidad de evitar una dispersión excesiva de medios personales y materiales que quebrantaría los principios de racionalidad y economía por los que se rige toda organización eficaz. Se parte, por consiguiente, de una tendencia a la concentración en la medida necesaria para conseguir tales fines, y siguiendo; con ello, la tendencia general en la comarcalización de los servicios, lo que contribuirá a la debida coordinación entre ellos y a su mejor aprovechamientos por los ciudadanos.

Como modelo general de partido se ha manejado el de una circunscripción general de configuración circular, de un mínimo deseable de 50.000 habitantes y de una superficie media de 700 a 1.000 kilómetros cuadrados, es decir, a partir de unos 15 kilómetros de radio, por considerarse una distancia media fácilmente superable en principio con los actuales medios de comunicación. La cifra de los habitantes viene dada por el hecho de que el número ideal de habitantes en proporción a cada Juzgado se estima en 25.000. Esta proporción no ha sido alcanzada nunca en nuestra historia. Se considera, asimismo, conveniente que los partidos judiciales, en la medida de lo posible, estén dotados de un número mínimo de dos Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, con el fin de facilitar las sustituciones y la división de trabajo entre dos Jueces, especialmente en el orden penal, y de permitir un aprovechamiento de los servicios racional desde el punto de vista económico y con una organización de la oficina judicial óptima para la comodidad de los profesionales y de los ciudadanos.

Los referidos parámetros, aparte de su modulación en función de los volúmenes de litigiosidad, las comunicaciones, y las características orográficas y comarcales, han sufrido alteraciones especialmente significativas en virtud de las peculiaridades de la población de cada zona. Así, la superficie de los partidos se reduce considerablemente en lugares de acumulación urbana, de condensación industrial y de carácter turístico, por la presencia en estos últimos de una población difícilmente registrable, de carácter estacional o permanente. Ello, no obstante, el nivel poblacional de estos partidos suele mantenerse muy alto. Por el contrario,

las zonas en que la densidad demográfica es muy baja, bien como consecuencia del fenómeno de la despoblación, bien por tratarse de zonas difícilmente habitables, determinan un considerable aumento de la superficie del partido, sin alcanzar siempre el número de población deseable en término medio.

La demarcación establecida en la presente Ley no puede consistir en una transposición en partidos de los actuales distritos judiciales, puesto que la propia Ley Orgánica del Poder Judicial ordena que no se mantengan los Juzgados de Distrito cuando por el escaso volumen de trabajo resulte procedente su conversión en Juzgados de Paz (disposición transitoria tercera). Ello, no obstante, y a pesar de que el examen de la situación existente en el momento en que se promulga la Ley Orgánica del Poder Judicial pone de relieve que la implantación de la justicia de Distrito no tiene el mismo grado de penetración en todas las zonas del territorio nacional, se ha procurado mantener como partidos aquellos distritos que, aun por debajo del módulo medio, reúnen condiciones especiales, teniendo en cuenta especialmente los que generan un volumen importante de litigiosidad o se hallan radicados en municipios de elevada población, siempre que su proximidad a la cabeza de otro partido o las dificultades de configuración de éste no aconsejen lo contrario. La demarcación aprobada prescinde, en consecuencia, de todos aquellos intereses, que no sean cohonestables con el principio de eficacia de la justicia, único norte de esta Ley, y se atiende rigurosamente, mediante la fijación de parámetros objetivos, a los criterios establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En definitiva, se crean 105 nuevos partidos judiciales, que vienen a añadirse a los 317 actualmente existentes. El total de partidos judiciales es de 422, cifra que coincide exactamente con el número de partidos de la demarcación histórica existente a la promulgación de la Ley de 1870, lo que revela un elevado grado de equilibrio de la división territorial lograda, aun cuando, como se verá, los aumentos demográficos repercuten de forma muy notable en el aumento del número de órganos de cada circunscripción y en el conjunto, con respecto a aquella planta histórica.

V

La presente Ley, al configurar de modo completo la planta diseñada por la Ley Orgánica del Poder Judicial, articula los distintos órdenes jurisdiccionales de manera equilibrada, haciendo plena realidad el principio de unidad jurisdiccional. Al mismo tiempo, supone la reafirmación del carácter expansivo del orden jurisdiccional civil, del principio de garantía de los derechos fundamentales en el orden penal, de la voluntad del poder ejecutivo de hacer posible un efectivo control jurisdiccional de su actuación administrativa en el orden contencioso-administrativo y la de llevar a cabo, en el orden social, una eficaz tutela de las pretensiones planteadas en este sector del Derecho. Todos los órdenes jurisdiccionales, con las modulaciones que para cada uno de ellos impone su peculiar cometido dentro del marco genérico del ejercicio de la potestad jurisdiccional, quedan organizados con una estructura semejante, basada en una primera instancia o grado funcional ante un órgano unipersonal, una segunda instancia o grado funcional ante un órgano colegiado y un recurso de casación cuya función primordial es la de unificación en la interpretación de la Ley y la salvaguarda del principio de legalidad.

VI

El Tribunal Supremo, órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, constituye el órgano de relevancia constitucional que culmina la organización del Poder Judicial, por lo que no es de extrañar que esta Ley le dedique atención especial.

En la determinación de la planta del Tribunal Supremo se reequilibra levemente la composición de las distintas Salas, en beneficio, sobre todo, de la penal, pero se mantiene un número total de Magistrados similar al actual. Se estima, en efecto, que la prohibición constitucional de las ulteriores instancias extraterritoriales supone el atribuir decididamente al Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, con jurisdicción en toda España, la condición de un Tribunal con funciones específicamente casacionales, salvo las pocas excepciones previstas en la Ley Orgánica por motivos especiales, justificados en cada caso.

El recurso de casación es un recurso especial y, por ende, limitado, que no puede convertirse en una segunda o tercera instancia. La regulación procesal del mismo, adecuadamente realizada, permitirá que, sin convertir al Tribunal Supremo, a través de un artificial y desproporcionado incremento de sus titulares, en un órgano de difícil funcionalidad, asuma plenamente, mediante la adecuada selección objetiva de las materias a que dedica su atención, su labor de unificar la interpretación del ordenamiento jurídico efectuada por todos los Juzgados y Tribunales, con el carácter de supremo garante del principio de legalidad y de la unidad de acción del Poder Judicial en su conjunto, la importancia de esta función para el cumplimiento del principio de igualdad y del papel constitucional del Poder Judicial no puede pasar inadvertida.

VII

Se destaca, asimismo, dentro de los órganos colegiados, la inmediata constitución de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional llamada a mantener en línea con el carácter exclusivamente estatal de la legislación aplicable, la interpretación uniforme en todo el territorio del Estado en materias tan dignas de atención como los conflictos y los convenios colectivos de ámbito superior al estrictamente autonómico. Las Salas de lo Penal y de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional se dotan, asimismo, del número de Magistrados suficiente para desarrollar la competencia que les corresponde.

La regulación de los Tribunales Superiores de Justicia se ha efectuado de tal manera que su rápida puesta en funcionamiento sea compatible con el respeto a la facultad de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, reconocida en la Ley Orgánica del Poder Judicial, de intervenir en la designación de algunos de sus Magistrados. Esta facultad ha sido objeto de la interpretación más favorable a la amplitud de su aplicación, entre las diversas posibles. Se ha puesto especial atención en la competencia de casación atribuida a los Tribunales Superiores de Justicia, como órganos que culminan la organización judicial en la Comunidad Autónoma. La integridad de dicha competencia ha sido garantizada mediante una norma de efectos transitorios, en tanto se aprueben las correspondientes leyes procesales.

Particular consideración merecen, en este mismo capítulo, las Audiencias Provinciales, a las que se dota de un número de Magistrados suficiente para hacer frente a los asuntos penales y civiles que les corresponde asumir tras la Ley Orgánica. Con ello se sientan las bases para la implantación del Jurado, institución que se desenvuelve en el ámbito de estos Tribunales, y se contribuye a acelerar la justicia penal. Coadyuvarán a este fin otras medidas legislativas emprendidas paralelamente para lograr el ajuste competencial de las cargas de trabajo de los diferentes órganos, que contribuirán a descargar a las Audiencias de un número excesivo de apelaciones que amenazaría con desequilibrar su regular funcionamiento.

VIII

En materia de órganos unipersonales, la Ley lleva a efecto la conversión de los Juzgados de Distrito en Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de Primera Instancia, o de Instrucción, en el plazo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Se trata de una medida, ya solicitada por el Consejo General del Poder Judicial en el año 1985, que se plasma en la Ley Orgánica del Poder Judicial y que afecta a Juzgados históricamente vinculados a un Cuerpo suprimido en aplicación del principio constitucional de unidad de la Carrera Judicial, a la que corresponden unos únicos sistemas de acceso. Esta medida evitará que estén conociendo en materias iguales, sin una adecuada articulación funcional en instancias, Jueces teóricos distintos sin más justificación que la distinta importancia teórica del asunto, y reinstaurará la unidad de la primera instancia técnica, reintegrando a la misma el papel expansivo y conjunto sin el cual es difícil de construir una primera instancia civil y un primer escalón funcional en materia penal articulados con el suficiente grado de coherencia interna. Bien es cierto que esta conversión, por su novedad, puede suponer dificultades de adaptación, que se evitarán con las medidas procesales paralelamente iniciadas, especialmente para garantizar el carácter exclusivamente jurisdiccional de las funciones que corresponde desempeñar a los órganos de primera instancia.

La Ley recoge, por otro lado, las previsiones necesarias para articular los Juzgados de lo Penal derivados de la Ley Orgánica por la que se crean los Juzgados de lo Penal y se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánica del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal. Ello permitirá hacer realidad la distinción entre la función instructora y enjuiciadora que viene exigida por el artículo 24 de la Constitución en la interpretación que del mismo han dado el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A tal efecto, la Ley configura una planta de los Juzgados de lo Penal adecuada para hacer frente a las necesidades que, previsiblemente, se plantearán a estos órganos del orden jurisdiccional penal.

En la planta de los Juzgados de Instrucción, se dedica una especial atención a las funciones que han de corresponderles en materia de instrucción y de primera instancia en la futura configuración del proceso penal. Los Juzgados de lo Social, por otra parte, se configuran en número suficiente para atender el volumen de trabajo previsible, a partir de un examen crítico de los datos estadísticos de que se dispone.

En los restantes órdenes jurisdiccionales, se presta particular atención a sectores o actividades sociales que constituyen, hoy, zonas materialmente exentas o

que no son atendidas con la suficiente intensidad y grado de especialización por la jurisdicción. Tal es el principio que se observa en la implantación efectuada en cuanto a Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (que constituirán una eficaz primera instancia en asuntos para los que funcionalmente puede resultar ventajoso este sistema o que hoy es excesivamente gravoso llevar a la Salas, como ocurre con algunas materias económico-administrativas), de Vigilancia Penitenciaria y de Menores. Con respecto a estos últimos, se ha diseñado una planta que ofrece las máximas oportunidades para especializar la función de reforma con respecto a la función de protección del menor, haciendo posible, desde el ángulo de la organización judicial, la efectividad de la reforma de la legislación del menor, de la que esta Ley constituye complemento necesario.

Es de destacar, finalmente, el elevado grado de proximidad de la planta diseñada con la propuesta por el Consejo General del Poder Judicial en su informe.

Los Juzgados de Paz se conciben por la Ley Orgánica del Poder Judicial como órganos incardinados en el ámbito del municipio, cuyos titulares son elegidos por el Pleno del Ayuntamiento. De ahí que no se haya renunciado a la tradicional colaboración de los municipios en el mantenimiento de los medios personales y materiales de dichos órganos, estableciendo el soporte económico del Estado o, en su caso, de las Comunidades Autónomas, directamente o por medio de subvenciones.

IX

El número de Jueces y Magistrados en destinos estrictamente jurisdiccionales pasa a ser, en la presente Ley, de 3.570, lo que significa el establecimiento de una proporción de un miembro de la Carrera Judicial por cada 10.800 habitantes, que es similar, no obstante sus variaciones, a las proporciones que se observan en otros países de la Comunidad Europea. La relación entre los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y de lo Penal y los habitantes, de 1 por 19.000 habitantes, responde a una media que debe considerarse muy satisfactoria y nunca alcanzada en nuestra historia. Teniendo en cuenta que el número de Jueces y Magistrados en activo pertenecientes a la Carrera Judicial se sitúa en torno a los 2.000, es menester un gran esfuerzo para obtener el máximo de rendimiento posible de los sistemas de selección durante los años de programación de la nueva planta. Para lograr esta finalidad se ha reestructurado el centro de Estudios Judiciales, se ha reformado profundamente el sistema de oposición y se ha dado efectividad a los criterios de selección de Jueces y Magistrados mediante concurso entre juristas.

X

La planta establecida es objeto de las adecuadas previsiones temporales para su ejecución. La efectiva constitución de los distintos órganos se articula escalonadamente, teniendo en cuenta las posibilidades reales de implantación y atribuyendo al Gobierno la preparación de los programas económico-financieros necesarios.

Como plazo máximo de programación, dentro del cual necesariamente han de alcanzarse en toda su integridad las previsiones de la Ley en materia de planta, se fija el período 1989-1992. Se trata de un plazo cierto y, aún escaso en su

extensión, suficiente para, mediante un importante esfuerzo de carácter organizativo y financiero, articular, dentro de ese estrecho margen de tiempo, las medidas necesarias para llevar al terreno de la realidad la profunda actualización que esta Ley supone en las estructuras de la Administración de Justicia, dada su inaplazable necesidad. Para garantizar el cumplimiento del expresado plazo se prevén con carácter gradual las medidas de tipo orgánico y financiero necesarias para evitar quiebras en los procesos de implantación y se establecen las garantías pertinentes para asegurar la cobertura presupuestaria mediante el adecuado plan de financiación. Durante cada ejercicio se irán efectuando las creaciones de órganos necesarias para lograr el deseable equilibrio en el desarrollo de la programación, sin esperar a la última etapa y continuando la línea seguida en años anteriores.

La demarcación y la planta así establecidas, con criterios plenamente suficientes para garantizar su permanencia durante un largo período de tiempo, es susceptible, no obstante, de medidas de adaptación y perfeccionamiento. Independientemente de las revisiones generales periódicas de la planta y de la demarcación que establece la Ley Orgánica del Poder Judicial, se regula y desarrolla la facultad del Gobierno para crear Secciones, Juzgados o plazas de Magistrados por encima de las previsiones de la planta establecida, con modificación de ésta. Esta medida ha de permitir en todo caso la permanente actualización cuantitativa del diseño orgánico establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial a las nuevas necesidades que puedan surgir.

TITULO I

De la demarcación judicial

CAPITULO I

Circunscripción territorial de los órganos judiciales

Artículo 1

El Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, los Juzgados Centrales de Instrucción y los Juzgados Centrales de lo Penal tienen jurisdicción en toda España.

Artículo 2

1. Los Tribunales Superiores de Justicia tienen jurisdicción en el ámbito territorial de su respectiva Comunidad Autónoma.

2. Tienen jurisdicción limitada a las provincias de Cádiz, Córdoba, Huelva y Sevilla las Salas de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que tienen su sede en Sevilla; y a las provincias de Almería, Granada y Jaén las que tienen su sede en Granada. Las Salas de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga tienen jurisdicción limitada a su provincia.

3. Tienen jurisdicción limitada a las provincias de León, Palencia, Salamanca, Valladolid y Zamora las Salas de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que tienen su sede en Valla-

dolid; y a las provincias de Avila, Búrgos, Segovia y Soria, las que tienen su sede en Búrgos.

4. Tiene jurisdicción limitada a la provincia de Las Palmas las Salas de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que tienen su sede en Las Palmas de Gran Canaria, y a la provincia de Santa Cruz de Tenerife, las que tienen su sede en Santa Cruz de Tenerife.

5. A efectos de la demarcación judicial, las ciudades de Ceuta y Melilla quedan integradas en la circunscripción territorial del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Artículo 3

1. Las Audiencias Provinciales, los Juzgados de lo Penal, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, los Juzgados de lo Social, los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria y los Juzgados de Menores tienen jurisdicción en el ámbito territorial de su respectiva provincia.

2. Sin embargo, tienen su jurisdicción limitada a un solo partido judicial, o a varios o, por el contrario, ampliada a varias provincias los Juzgados de los órdenes a que se refiere el párrafo anterior, en los casos previstos en los anexos VII, VIII, IX, X y XI de esta Ley.

3. A efectos de la demarcación judicial, las ciudades de Ceuta y Melilla quedan integradas en la circunscripción territorial de las Audiencias Provinciales de Cádiz y Málaga, respectivamente.

4. Los órganos judiciales que tienen su sede en Ceuta y Melilla tienen la jurisdicción limitada al respectivo partido judicial.

Artículo 4

1. Los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción tienen jurisdicción en el ámbito territorial de su respectivo partido.

2. Los partidos judiciales tienen el ámbito territorial del municipio o municipios que los integran, conforme se establece en el anexo I de esta Ley.

3. La modificación de los límites de los municipios actuales comporta la adaptación automática de la demarcación judicial a la nueva delimitación geográfica.

4. Las Comunidades Autónomas determinan, por Ley, la capitalidad de los partidos judiciales, que corresponde a un solo municipio.

5. Los partidos judiciales se identifican por el nombre del municipio al que corresponde su capitalidad.

Artículo 5

Los Juzgados de Paz tienen jurisdicción en el término del respectivo municipio, del que toman su nombre.

CAPITULO II

Sede de los órganos judiciales

Artículo 6

El Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional, los Juzgados Centrales de lo Penal y los Juzgados Centrales de Instrucción tienen su sede en la villa de Madrid.

Artículo 7

1. Los Tribunales Superiores de Justicia tienen su sede en la ciudad que indiquen sus respectivos Estatutos de Autonomía y, si no la indicaren, en la ciudad en que la tenga la Audiencia Territorial existente en el momento de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y, cuando no exista, en la capital de la Comunidad Autónoma.

2. Los Tribunales Superiores de Justicia de Castilla y León y de Andalucía tienen su sede en alguna de las sedes de las Audiencias Territoriales existentes en el momento de la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según lo establecido por la respectiva Comunidad Autónoma.

3. Las Salas de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social con jurisdicción limitada a una o varias provincias tienen su sede donde la establece el artículo 2 de esta Ley.

Artículo 8

1. Las Audiencias Provinciales y los Juzgados con jurisdicción provincial tienen su sede en la capital de la provincia.

2. Los Juzgados de lo Penal, los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, los Juzgados de lo Social y los Juzgados de Menores con jurisdicción de extensión territorial inferior o superior a la de una provincia tienen la sede donde se establece en los anexos VII, VIII, IX y XI, respectivamente, de esta Ley, dentro de la misma Comunidad Autónoma, y toman el nombre del municipio correspondiente.

3. La sede de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria se establece por el Gobierno, oídos previamente la Comunidad Autónoma afectada y el Consejo General del Poder Judicial.

Artículo 9

Los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción tienen su sede en la capital del partido.

Artículo 10

1. La determinación del edificio, edificios o inmuebles sede de los órganos judiciales, y de aquellos en que deban constituirse cuando se desplacen fuera de su sede habitual, conforme prevé el artículo 269 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es competencia del Ministerio de Justicia o de la Comunidad Autónoma

respectiva. Cuando se trate de Juzgados de Paz, la determinación del edificio se efectúa a propuesta del respectivo Ayuntamiento.

2. Todas las Salas y secciones de cada órgano judicial se hallan en el municipio de su sede, salvo las excepciones previstas en esta Ley.

TITULO II

De la planta judicial

CAPITULO I

Planta de los Tribunales y Juzgados

Artículo 11

La planta del Tribunal Supremo es la establecida en el anexo II de esta Ley.

Artículo 12

1. La planta de la Audiencia Nacional es la establecida en el anexo III de esta Ley.

2. El Presidente de la Sala de lo Penal y el Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo lo son también de su respectiva Sección Primera.

Artículo 13

1. La planta de los Tribunales Superiores de Justicia es la establecida en el anexo IV de esta Ley.

2. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia lo es también de su Sala de lo Civil y Penal. De los demás Magistrados que la componen, uno de ellos, en el caso de ser dos, o dos de ellos, en el caso de ser cuatro, son nombrados a propuesta en terna de la Asamblea legislativa de la Comunidad Autónoma, en la forma prevista por el artículo 330 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3. El Gobierno, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, puede ampliar hasta cinco el número de Magistrados de la Sala de lo Civil y Penal, en todos o en algunos de los Tribunales Superiores de Justicia que tienen asignada para dicha Sala una plantilla de tres Magistrados.

Artículo 14

1. La planta de las Audiencias Provinciales es la establecida en el anexo V de esta Ley.

2. Las Secciones de las Audiencias Provinciales, cuando hay varias, se constituyen con tres Magistrados. Los que exceden del múltiplo de tres se integran en las Secciones existentes, a razón de uno por Sección, comenzando por la Primera. La creación de nuevas plazas de Magistrado en una Audiencia Provincial da lugar, si procede, a la creación de una Sección completa con las plazas de nueva creación y las que resulten de la reducción a tres del número de Magistra-

dos existente en otra u otras Secciones. Para la designación de los Magistrados de la nueva Sección procedentes de las ya existentes se atiende a los que lo soliciten de entre los ya destinados en las demás Secciones de la misma sede con mejor puesto escalafonal y, no existiendo o siendo insuficiente el número de los solicitantes que reúnan los requisitos legales, al criterio de menor antigüedad en la categoría.

Artículo 15

1. La planta de los Juzgados Centrales de Instrucción de los Juzgados Centrales de lo Penal, de los Juzgados de lo Penal, de los Juzgados de Primera Instancia, de los Juzgados de Instrucción y de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción es la establecida en los anexos VI y VII de esta Ley.

2. Son servidos por Magistrados los Juzgados de lo Penal, los que tienen su sede en una capital de provincia y los demás Juzgados en que así se establezca en el anexo VI.

Artículo 16

La planta de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo es la establecida en el anexo VIII de esta Ley.

Artículo 17

La planta de los Juzgados de lo Social es la establecida en el anexo IX de esta Ley.

Artículo 18

1. La planta de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, en régimen de exclusividad de funciones, o compatibilizando con las del orden jurisdiccional penal, es la establecida en el anexo X de esta Ley.

2. Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria son servidos por Magistrados. En el caso del artículo 94.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la categoría de sus titulares es la que corresponde a los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción en el partido de su sede.

Artículo 19

1. La planta de los Juzgados de Menores es la establecida en el anexo XI de esta Ley.

2. Los Juzgados de Menores son servidos por Jueces o Magistrados.

3. La provisión de los Juzgados de Menores se hace mediante concurso, que se resuelve a favor de quienes acrediten la especialización correspondiente en el Centro de Estudios Judiciales y tengan mejor puesto en el escalafón y, en su defecto, a favor de los Magistrados o Jueces con mejor puesto en el escalafón.

CAPITULO II

Modificación de la planta judicial

Artículo 20

1. El Gobierno podrá modificar el número y composición de los órganos judiciales establecidos por esta Ley, mediante la creación de Secciones y Juzgados, sin alterar la demarcación judicial, oído el Consejo General del Poder Judicial y, en su caso, la Comunidad Autónoma afectada.

2. En la creación de Secciones y Juzgados se tendrá en cuenta, preferentemente, el volumen de litigiosidad de la circunscripción.

3. El Gobierno, conforme a los mismos requisitos, podrá acordar el aumento de plazas de Magistrados cuando no se estime necesario crear una Sección completa.

4. El Real Decreto de creación de Secciones, Juzgados o plazas de Magistrado dispondrá la modificación que proceda de los anexos de esta Ley relativos a la planta judicial.

5. La fecha de puesta en funcionamiento e inicio de actividades de las Secciones y Juzgados de nueva creación será fijada por el Ministro de Justicia, oído el Consejo General del Poder Judicial, y publicada en el «Boletín Oficial del Estado».

6. Para el ejercicio de las facultades que se reconocen en los apartados anteriores al Gobierno y al Ministerio de Justicia, será necesaria la previa inclusión de las dotaciones de gastos especificadas en la Ley Presupuestaria del ejercicio correspondiente.

Artículo 21

1. El Gobierno, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, establecerá la separación entre Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de Instrucción en aquellos partidos judiciales cuyo número de Juzgados de Primera Instancia e Instrucción fuera de diez o más.

2. El Ministerio de Justicia podrá establecer que los Juzgados de Primera Instancia y de Instrucción, o de Primera Instancia e Instrucción, sean servidos por Magistrados, siempre que estén radicados en un partido judicial superior a 150.000 habitantes de derecho o experimenten aumentos de población de hecho que superen dicha cifra, y el volumen de cargas competenciales así lo exija.

3. En los casos previstos en el presente artículo se dispondrá la modificación que proceda de los anexos de esta Ley relativos a la planta judicial.

CAPITULO III

**Destinos de carácter técnico o con funciones exclusivas
de Decanato y de Registro Civil***Artículo 22*

En el Consejo General del Poder Judicial prestarán servicio los miembros de la Carrera Judicial que se determinen en su plantilla, con independencia de los que integran la planta prevista en esta Ley.

Artículo 23

1. El Gabinete Técnico de Información y Documentación del Tribunal Supremo estará integrado por seis Magistrados, uno de los cuales desempeñará su jefatura.

2. Estos destinos se proveerán por el Consejo General del Poder Judicial mediante libre designación, con convocatoria pública y a propuesta vinculante del Presidente del Tribunal Supremo.

3. Podrán ser removidos libremente por el Presidente del Tribunal Supremo mediante orden de incorporación a destino jurisdiccional. La orden determinará la adscripción inmediata del Magistrado a las Salas del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de la Audiencia Nacional, de la Audiencia Provincial de Madrid o a los Juzgados que tienen su sede en la villa de Madrid, según determine para cada caso el Consejo General del Poder Judicial. En el plazo de tres años deberán obtener plaza en propiedad en los concursos ordinarios de traslado. Si no la obtuvieran serán destinados a plaza declarada desierta.

4. En el Gabinete Técnico de Información y Documentación prestarán servicio treinta y cinco Letrados al servicio del Tribunal Supremo, quienes desempeñarán funciones de documentación y asistencia técnica a los Magistrados del Tribunal. Serán adscritos a las diferentes Salas por acuerdo de la Sala de Gobierno.

5. Los Letrados al servicio del Tribunal Supremo serán nombrados por un período de tres años, prorrogables por otros tres, por el Consejo General del Poder Judicial, mediante convocatoria pública de concurso de méritos entre funcionarios de las Administraciones Públicas y de la Administración de Justicia pertenecientes a Cuerpos en los que hubieren ingresado en razón de su titulación como Licenciados en Derecho, resuelto a propuesta de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo.

6. Los Letrados al servicio del Tribunal Supremo continuarán en servicio activo en sus respectivos Cuerpos. Estarán sometidos al régimen estatutario de los Secretarios Judiciales, en cuanto fuere aplicable, y sus retribuciones serán las correspondientes a un Secretario de Sala del Tribunal Supremo.

Artículo 24

La Jefatura del Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial será cubierta por Magistrado del Tribunal Supremo o por quien sea promovido a dicha categoría. El Jefe del Servicio de Inspección, cuando cese en su cargo, quedará adscrito al Tribunal Supremo hasta que obtenga destino definitivo.

Artículo 25

En el Ministerio de Justicia, con la adscripción que determine su Reglamento Orgánico, podrán existir hasta diez plazas servidas por Jueces o Magistrados. Se proveerán mediante concurso de méritos, que convocará y resolverá el Ministerio de Justicia en la forma que se determine reglamentariamente.

Artículo 26

1. La liberación total del trabajo, en el orden jurisdiccional respectivo, que corresponde al titular del Decanato de los Juzgados, a que se refiere el artículo 166.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se efectuará en aquellos partidos judiciales que cuenten con cuarenta o más Juzgados de los diversos órdenes jurisdiccionales.

2. En las demás circunscripciones en que fuere necesario, el Decanato estará dotado de una oficina independiente para el ejercicio de las funciones que como tal le correspondan.

Artículo 27

1. Las plazas de Jueces o Magistrados encargados con exclusividad del Registro Civil serán las del Registro Civil Central de Madrid y las demás previstas en el anexo VI. En las poblaciones que cuenten con más de 500.000 habitantes y en aquellas otras en que se juzgue conveniente en atención al volumen de población y al alto número de actuaciones de esta naturaleza, podrán establecerse mediante Orden ministerial otras plazas de Jueces o Magistrados encargados con exclusividad del Registro Civil.

2. En las demás poblaciones en que existan varios Juzgados de Primera Instancia o de Primera Instancia e Instrucción, ejercerán las funciones de Registro Civil los Juzgados procedentes de la conversión prevista en la disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica del Poder Judicial que las vinieren ejerciendo en el momento de producirse la misma y, en su defecto, el Juzgado número 1. Por Orden ministerial podrá disponerse que asuma las funciones de Registro Civil el Juzgado único que se determine.

TITULO III**De las disposiciones orgánicas para la efectividad
de la planta judicial****CAPITULO I****Establecimiento de la planta del Tribunal Supremo
y de la Audiencia Nacional***Artículo 28*

1. Las actuales Salas Tercera, Cuarta y Quinta de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se constituirán en Sala única de lo Contencioso-Administrativo en el plazo de treinta días, a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

2. El Consejo General del Poder Judicial designará al Magistrado del Tribunal Supremo a quien corresponderá la Presidencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo en lo sucesivo entre los Presidentes de las Salas actualmente existentes.

Artículo 29

1. Los Magistrados actualmente destinados en las Salas de lo Civil y de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo continuarán prestando servicios en ellas.

2. La composición de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se acomodará a la prevista en el anexo II, a cuyo efecto, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, no se cubrirán y quedarán amortizadas las vacantes que se produzcan hasta que se alcance la nueva composición.

3. La composición de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se acomodará a la prevista en el anexo II por el procedimiento previsto en el apartado anterior, si bien la amortización de vacantes se iniciará transcurridos tres años a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

Artículo 30

A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, el Consejo General del Poder Judicial propondrá los nombramientos necesarios para completar las Salas de lo Penal y de lo Social del Tribunal Supremo.

Artículo 31

1. En el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Consejo General del Poder Judicial efectuará las adscripciones de Presidentes de Sala y Magistrados del Tribunal Central de Trabajo a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, siguiendo el orden de preferencia establecido en la disposición transitoria decimoctava de la ley Orgánica del Poder Judicial. Efectuadas las adscripciones, el Gobierno, en el plazo de un mes a partir de su publicación, fijará la fecha, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», en que comenzará el ejercicio de su competencia.

2. El personal al servicio de la Administración de Justicia que presta servicio en el Tribunal Central de Trabajo será destinado a la Audiencia Nacional o al Tribunal Superior de Justicia de Madrid. La adscripción se determinará con arreglo a lo dispuesto reglamentariamente.

CAPITULO II

Constitución y establecimiento de la planta de los Tribunales Superiores de Justicia

Artículo 32

1. La constitución de los Tribunales Superiores de Justicia tendrá carácter preferente dentro de la programación a que se refiere el artículo 62 de esta Ley.

2. Dentro del plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley, las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas presentarán las ternas de juristas de reconocido prestigio con más de diez años de ejercicio profesional en la Comunidad Autónoma respectiva, para cubrir plaza de Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, recibida la terna en cualquier momento, el Consejo General del Poder Judicial procederá a proponer el nombramiento correspondiente.

3. En el mismo plazo de tres meses, háyase o no recibido la terna a que se refiere el apartado 2 de este artículo, el Consejo General del Poder Judicial propondrá los nombramientos de los restantes Magistrados de las Salas de lo Civil y Penal y de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

4. Una vez hayan sido nombrados los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial propondrá el nombramiento de los Presidentes de los expresados Tribunales y fijará la fecha, que será publicada en el «Boletín Oficial del Estado», en la que tendrá lugar la toma de posesión de los miembros del Tribunal y su constitución, sin perjuicio de la publicación en el «Boletín Oficial» de la comunidad Autónoma correspondiente.

5. En la provisión de la plaza de Presidente del Tribunal Superior de Justicia en aquellas Comunidades Autónomas que gocen de Derecho civil especial o foral, así como de idioma oficial propio, el Consejo General del Poder Judicial valorará como mérito la especialización en este Derecho civil especial o foral y el conocimiento del idioma propio de la Comunidad.

Artículo 33

1. La Sala de lo Civil y Penal y la de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia iniciarán el ejercicio de su competencia el día de la constitución del Tribunal.

2. Si no se hubiera efectuado aún el nombramiento de Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal presentado en terna por la Asamblea legislativa de la Comunidad Autónoma se aplicará el procedimiento previsto por la Ley para completar la Sala.

3. El ámbito territorial de la jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia tendrá efectividad, para cada una de sus Salas, el día del inicio del ejercicio de su competencia.

Artículo 34

1. Los Magistrados destinados en las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales quedarán integrados en las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia que tengan su sede donde la tuviesen aquéllas en el momento de la entrada en vigor de esta Ley.

2. Los Magistrados destinados en la Sala de lo Contencioso-Administrativo que tienen su sede en Murcia quedarán integrados en la Sala del mismo orden del Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad Autónoma.

3. El Consejo General del Poder Judicial propondrá los nombramientos de los Magistrados a que se refieren los apartados anteriores de este artículo en el plazo previsto en el artículo 32.3.

4. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia será presidida por el Magistrado que desempeñe la presidencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial. En caso de ser varios, por el Presidente de mayor antigüedad en la categoría de Magistrado.

5. El personal al servicio de la Administración de Justicia que preste servicios en las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales quedará destinado en el Tribunal Superior de Justicia y adscrito a la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Dicha adscripción podrá ser modificada con arreglo a lo dispuesto reglamentariamente.

Artículo 35

1. El Gobierno, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, determinará la fecha en que serán efectivas las plazas que correspondan a cada una de las Salas del Tribunal Superior de Justicia, con arreglo a las previsiones de la planta, atendiendo a un criterio de preferencia según las cargas competenciales de cada órgano.

2. La composición plena de todas las Salas se alcanzará dentro del período de programación previsto en el artículo 62 de esta Ley.

Artículo 36

1. El Consejo General del Poder Judicial podrá limitar las propuestas iniciales de nombramiento de miembros de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia al Presidente de la Sala y, si procediese, al Magistrado o a los Magistrados que se estimen necesarios en cada Tribunal, sin perjuicio de completar progresivamente la planta, hasta alcanzar su composición plena.

2. Las propuestas a que se refiere el apartado anterior se efectuarán en el momento en que se estime conveniente, con sujeción a criterios de gradualidad, teniendo en cuenta las posibilidades de cobertura de las plazas correspondientes y las vacantes que puedan originarse en otros órganos.

3. Efectuados los nombramientos, el Consejo General del Poder Judicial determinará la fecha en que cada Sala iniciará el ejercicio de la competencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», sin perjuicio de la publicación en el «Boletín Oficial» de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Artículo 37

En los supuestos previstos en los artículos anteriores, el plazo de cese en los órganos de procedencia y el plazo de toma de posesión de los Magistrados y de los miembros del personal que haya de integrarse en las respectivas Salas, se computará con sujeción a lo que se determine en el acuerdo de nombramiento o destino.

Artículo 38

El Consejo General del Poder Judicial, una vez hayan iniciado el ejercicio de su competencia la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y las Salas de lo Social de todos los Tribunales Superiores de Justicia, y efectuadas las integra-

ciones que prevé la disposición transitoria decimoctava de la Ley Orgánica del Poder Judicial, determinará la fecha de supresión del Tribunal Central de Trabajo y finalización del ejercicio de su competencia y ordenará su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». A partir de esta fecha, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la forma que establece la disposición transitoria ya citada, conocerá de los asuntos pendientes ante el Tribunal Central de Trabajo, con excepción de lo que corresponda a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

CAPITULO III

Establecimiento de la planta de las Audiencia Provinciales

Artículo 39

1. La composición inicial de las Audiencias Provinciales será la actual. El Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial, a tenor de las disponibilidades presupuestarias de cada ejercicio económico, y atendiendo a criterios de preferencia según las mayores cargas competenciales, determinará la fecha de efectividad de las plazas correspondientes, hasta alcanzar la planta definitiva en el plazo de programación establecido en el artículo 62 de esta Ley.

2. Cuando la planta fijada en esta Ley comprendiera un número de Magistrados inferior al actualmente previsto para la Audiencia Provincial, se amortizarán las plazas correspondientes a partir de la entrada en vigor de esta Ley, a tenor de las vacantes que se fueran produciendo.

Artículo 40

1. Las Audiencias Provinciales radicadas en localidades donde actualmente existen Salas de lo Civil quedarán integradas, además de por los Magistrados que actualmente las componen, por los Magistrados de las Salas de lo Civil de las Audiencias Territoriales de la sede, distribuidos en las correspondientes Secciones a tenor de lo que determine, según criterio de posición escalafonal, el Consejo General del Poder Judicial, hasta completar la planta prevista en esta Ley. El resto de Magistrados de la Sala o Salas de lo Civil quedarán integrados en la propia Audiencia, en calidad de adscritos, con arreglo al orden de preferencia escalafonal.

2. Los Magistrados adscritos según lo establecido en el apartado anterior ocuparán automáticamente las primeras vacantes que se produzcan en la Audiencia Provincial.

3. El personal al servicio de la Administración de Justicia que preste servicios en las Salas de lo Civil de la Audiencia Territorial quedará destinado en la Audiencia Provincial. La adscripción se determinará con arreglo a lo dispuesto reglamentariamente.

CAPITULO IV

Establecimiento de la planta de los Juzgados

Artículo 41

1. El Gobierno, en el marco de la Ley de Presupuestos, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, teniendo en cuenta el desarrollo de los procesos de selección de miembros de la Carrera Judicial y atendiendo a criterios de preferencia según las mayores cargas competenciales y, asimismo, a la concentración urbana, industrial o turística del ámbito territorial de la jurisdicción, procederá de manera escalonada a la constitución, así como a la conversión y supresión de Juzgados necesaria para la plena efectividad de la planta prevista en esta Ley, con sujeción a los criterios que se establecen en este artículo y en los siguientes.

2. La constitución de aquellos Juzgados cuya entrada en funcionamiento sea necesaria para la efectividad de los partidos de nueva creación se efectuará dentro de los plazos previstos en el artículo 42 de esta Ley.

3. Los límites geográficos de los actuales partidos judiciales se mantendrán a la entrada en vigor de esta Ley.

4. El ámbito territorial de la jurisdicción de los distintos Juzgados, conforme a la demarcación establecida por esta Ley, tendrá efectividad en la fecha que se determine con arreglo a lo dispuesto en el artículo 42.2.

5. La fecha de entrada en funcionamiento de los Juzgados a que se refiere el presente capítulo se fijará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.5 de esta Ley.

Artículo 42

1. El Gobierno, en el plazo de seis meses, a partir de la fecha de promulgación de la presente Ley, oído el Consejo General del Poder Judicial, determinará la fecha en que los Juzgados de lo Penal entrarán en funcionamiento mediante Real Decreto con arreglo a la planta inicial que se determine y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41.

2. En el plazo de un año, a partir de la fecha de la promulgación de la presente Ley, el Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial, efectuará la conversión de los actuales Juzgados de Distrito en Juzgados de Primera Instancia, de Instrucción, de Primera Instancia e Instrucción o, en su caso, de Paz, con arreglo a lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3. Cuando el Consejo General del Poder Judicial haga uso de la facultad prevista en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con ocasión de la conversión de los Juzgados de Distrito en Juzgados de Primera Instancia, de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción, la fecha de producción de efectos del acuerdo podrá ser la de conversión a que se refiere el apartado anterior.

Artículo 43

1. En la fecha de entrada en vigor de esta Ley dejarán de ejercer sus funciones las actuales Magistraturas de Trabajo y entrarán en funcionamiento los Juz-

gados de lo Social, con los correspondientes titulares y funcionarios adscritos a aquéllas.

2. El Gobierno, en el marco de la Ley de Presupuestos, dispondrá, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, la constitución de los Juzgados de lo Social que resulte necesaria, hasta completar la planta prevista en esta Ley en el plazo general de programación establecido en el artículo 62.

Artículo 44

El Gobierno, en el marco de la Ley de Presupuestos, dispondrá, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, la constitución de los distintos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo previstos en esta Ley, dentro del plazo general de programación establecido en el artículo 62.

Artículo 45

El Gobierno, en el marco de la Ley de Presupuestos, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, acordará la constitución y determinará la sede de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria necesarios para alcanzar el número total fijado en esta Ley en el plazo general de programación establecido en el artículo 62.

Artículo 46

1. El Gobierno, en el marco de la Ley de Presupuestos acordará la constitución de los distintos Juzgados de Menores, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, en el plazo general de programación establecido en el artículo 62.

2. La fecha de entrada en funcionamiento se fijará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20.5 de esta Ley.

Artículo 47

La entrada en funcionamiento del Juzgado o Juzgados de Menores supondrá el cese de los actuales titulares del Tribunal Tutelar de Menores cuyo ámbito territorial se corresponda con el de aquél o aquéllos y la integración del resto del personal en el Juzgado o Juzgados constituidos.

Artículo 48

1. En la fecha de entrada en vigor de esta Ley quedará suprimido y cesará en el ejercicio de su competencia el Tribunal de Apelación de los Tribunales Tutelares de Menores.

2. El personal que preste servicios en el Tribunal de Apelación será destinado a los órganos judiciales de Madrid que tengan competencia en materia de menores, en régimen de titularidad de la plaza o, en su defecto, de adscripción con ocupación automática de la primera vacante.

Artículo 49

1. Los Jueces de Paz percibirán una retribución con arreglo a los módulos que se fijen en la Ley de Presupuestos Generales del Estado en función del número de habitantes de derecho de la localidad.

2. La percepción a que se refiere el apartado anterior de este artículo será compatible con las percepciones ordinarias obtenidas por el interesado en el ejercicio de actividades profesionales o mercantiles. En ningún caso supondrá reconocimiento de dependencia alguna con respecto al Ayuntamiento.

Artículo 50

1. La Secretaría de los Juzgados de Paz de poblaciones de más de 7.000 habitantes y la de aquellos otros Juzgados de Paz o Agrupaciones de Secretarías de los mismos, en los que la carga de trabajo lo justifique, será desempeñada por un Oficial al servicio de la Administración de Justicia, conforme se determine en la plantilla del Cuerpo.

2. La Orden de plantilla determinará las agrupaciones a que se refiere el artículo 99.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3. En los demás Juzgados de Paz, el Ayuntamiento nombrará una persona idónea para el desempeño de la Secretaría y lo comunicará al Ministerio de Justicia para su aprobación.

4. Con sujeción al régimen local, las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos podrán promover y efectuar Agrupaciones de Secretarías para que sean servidas por un solo funcionario.

Artículo 51

1. En los Juzgados de Paz se prestará servicio por personal dependiente del Ayuntamiento, sin perjuicio de la normativa aplicable al ejercicio de su función.

2. No obstante, en los Juzgados de Paz de poblaciones de más de 7.000 habitantes y en aquellos otros Juzgados de Paz en los que la carga de trabajo lo justifique prestarán servicio funcionarios de los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia, con arreglo a las plazas que se prevean en la plantilla de dichos Cuerpos.

3. Las instalaciones y medios instrumentales del Juzgado de Paz, salvo cuando fuere conveniente su gestión total o parcial por el Ministerio de Justicia o la Comunidad Autónoma respectiva, estarán a cargo del Ayuntamiento respectivo.

Artículo 52

En los Presupuestos Generales del Estado se establecerá un crédito para subvencionar a los Ayuntamientos por la atención de los conceptos a que se refieren los dos artículos anteriores. La subvención se modulará en función del número de habitantes de derecho del municipio.

TITULO IV

De las disposiciones de orden procesal para la efectividad de la planta judicial*Artículo 53*

1. Los órganos judiciales se atenderán a las normas orgánicas, procesales y de funcionamiento establecidas en la Ley Orgánica del poder Judicial y en las disposiciones actualmente en vigor, salvo las modificaciones de estas últimas que resultan de la presente Ley.

2. De no establecerse lo contrario, los órganos de nueva planta ajustarán su funcionamiento a las normas procesales vigentes aplicables a los órganos suprimidos de naturaleza similar.

3. La composición de las Secciones se ajustará a lo dispuesto en el artículo 198 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin más limitaciones que las que se infieren de los artículos 12.2 y 14.2 de la presente Ley.

4. La iniciación del ejercicio de la competencia por los órganos de nueva planta o de nueva creación previstos en esta Ley no supondrá la asunción de los procedimientos en trámite ante otros órganos ya existentes, salvo en los casos de supresión de éstos y sin perjuicio de lo que pueda acordarse por vía de reparto.

Artículo 54

1. La competencia atribuida a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia por el artículo 73.1.a de la Ley Orgánica del Poder Judicial se ejercitará con arreglo a las normas sobre el recurso de casación previstas en los artículos 1.686 y siguientes y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo que fueren aplicables, con las siguientes particularidades:

a) Cuando el recurso de casación se fundamente conjuntamente en infracción de normas de Derecho civil común y de Derecho civil foral o especial propio de la Comunidad, corresponderá entender de él a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, excepto si se fundamenta en la infracción de un precepto constitucional, supuesto en que la competencia corresponderá a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

b) Si se preparasen por la misma parte sendos recursos de casación contra una misma resolución ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y ante la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, se tendrá el primero de ellos por desistido en cuanto se justifique esta circunstancia, con los efectos prevenidos en el artículo 410, párrafo 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

c) En el trámite previsto en el artículo 1.709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Ministerio Fiscal, antes de pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia del recurso, si entendiera que corresponde conocer de él a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en el caso de que se hubiese interpuesto ante la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, o a ésta, en el caso inverso, lo expondrá por escrito razonado, y la Sala, oídas las partes, resolverá por auto lo que corresponda, con remisión de las actuaciones y rollo de apelación, en el plazo de cinco días, y emplazamiento a las partes para que comparezcan ante

la Sala que correspondiera, en el plazo de diez, sin perjuicio, en su caso, de lo dispuesto en la regla siguiente.

d) Las dudas sobre competencia que pudieran suscitarse entre la atribuida al Tribunal Supremo y al Tribunal Superior de Justicia se resolverán aplicando lo que disponen los artículos 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 81 a 83 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendiéndose referido a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia lo que el último de los citados preceptos dispone con respecto a las Audiencias.

e) Para la vista del recurso de casación deberán concurrir el Presidente de la Sala y dos Magistrados, o el Presidente y cuatro Magistrados, si ésta fuera su composición.

f) Si el Tribunal Supremo, en la decisión del recurso, estimase que no concurre la infracción de precepto constitucional invocada, si además se hubiese fundado en infracciones de normas de Derecho civil, foral o especial, remitirá las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia que corresponda, en el plazo de quince días, con emplazamiento de las partes por plazo de diez días.

2. Los recursos de revisión se resolverán por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia cuando la sentencia firme impugnada hubiese sido dictada por un Juzgado o Tribunal con sede en la Comunidad Autónoma cuyo Estatuto de Autonomía hubiese previsto tal atribución. La tramitación y resolución de los recursos se ajustarán a lo previsto en los artículos 1.796 y siguientes y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto fueren aplicables.

Artículo 55

Los Magistrados de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia completarán las demás Salas del Tribunal, con arreglo al turno que se establezca en aplicación del artículo 199 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Artículo 56

1. Las Audiencias Provinciales de Albacete, Asturias, Avila, Baleares, Barcelona, Burgos, Cáceres, Cantabria, La Coruña, Granada, Guadalajara, Guipúzcoa, Madrid, Murcia, Las Palmas, Navarra, La Rioja, Santa Cruz de Tenerife, Segovia, Sevilla, Toledo, Valencia, Valladolid, Vizcaya y Zaragoza asumirán plena competencia en el orden civil a partir del día de la entrada en vigor de la presente Ley.

2. Las restantes Audiencias Provinciales conservarán las atribuciones de orden civil que les corresponden en el momento de la entrada en vigor de esta Ley. En el plazo de un año a partir de su vigencia, el Gobierno dispondrá lo pertinente para que todas las Audiencias Provinciales asuman la plenitud de competencias en el orden civil.

3. En tanto no asuman la plenitud de su competencia en el orden civil las Audiencias Provinciales a que se refiere el párrafo anterior, la competencia no asumida será ejercida por la Audiencia Provincial radicada en la localidad donde a la entrada en vigor de esta Ley existía Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial.

Artículo 57

Las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia tendrán la competencia que a la entrada en vigor de esta Ley corresponde a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales, en tanto no se pongan en funcionamiento los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

Artículo 58

1. No procederá el recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en los recursos de que conozcan las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia contra actos o disposiciones provenientes de los Organos de la Comunidad Autónoma, salvo si el escrito de interposición del recurso se fundase en la infracción de normas no emanadas de los Organos de aquélla.

2. Lo establecido en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sobre el recurso de revisión.

3. Las dudas sobre competencia que pudieran suscitarse entre la atribuida al Tribunal Supremo y al Tribunal Superior de Justicia se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el apartado d) del artículo 54.1.

Artículo 59

1. En tanto no se regulen los procesos especiales de impugnación de convenios colectivos y los procesos sobre conflictos colectivos a que se refiere el artículo 67 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional conocerá de los recursos de suplicación que se interpongan contra las sentencias dictadas por los Juzgados de lo Social en tales materias, con arreglo a la legislación vigente, siempre que el ámbito territorial de aplicación del convenio colectivo o en el que hayan de surtir efecto la resolución del conflicto colectivo sea superior al de una Comunidad Autónoma.

2. Las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia entenderán de los recursos interpuestos contra resoluciones de los Juzgados de lo Social en el ámbito de la Comunidad Autónoma, de los que en el momento de la entrada en vigor de esta Ley conoce el Tribunal Central de Trabajo, salvo los previstos en el apartado anterior.

3. En tanto no hubiesen iniciado el ejercicio de su competencia las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia respectivos, el conocimiento de los recursos previstos en el apartado anterior seguirá correspondiendo al Tribunal Central de Trabajo.

4. Las cuestiones de competencia entre la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y el Tribunal Central de Trabajo o las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia se resolverán con arreglo a lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Artículo 60

Los Juzgados de lo Social conocerán de todos los asuntos atribuidos a las Magistraturas de Trabajo en el momento de la entrada en vigor de esta Ley, en tanto no se promulgue la Ley reguladora del proceso laboral.

Artículo 61

1. Los Juzgados de Menores tendrán la competencia que reconoce a los Tribunales Tutelares de Menores la legislación vigente.

2. Los asuntos pendientes ante el Tribunal de Apelación de los Tribunales Tutelares de Menores, así como los recursos que se interpongan, serán resueltos por la Audiencia Provincial a la que corresponda por razón del territorio.

TITULO V

**De las medidas económico-financieras para la implantación
y sostenimiento de la planta judicial***Artículo 62*

El Gobierno elaborará los programas necesarios para la aplicación efectiva de la nueva planta judicial, en el período comprendido entre 1989 y 1992. Corresponderá al Ministerio de Justicia su desarrollo y ejecución.

Artículo 63

Para la determinación de los créditos a que se refiere el artículo anterior, el Gobierno elaborará anualmente los programas necesarios, de acuerdo con los criterios objetivos de prioridades a que se refieren los artículos 32, 39, 41, 43.2, 44, 45 y 46 de la presente Ley. El Ministerio de Justicia presentará, a tal efecto, Memoria de las realizaciones llevadas a cabo.

Artículo 64

A los efectos prevenidos en el artículo 10 de la Ley de Expropiación Forzosa, se declaran de utilidad pública las obras de construcción, modificación y ampliación de edificios para sede de Juzgados, Tribunales y Centros, Organismos y Servicios de la Administración de Justicia necesarias para la ejecución de la planta establecida en esta Ley.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—En tanto las Comunidades Autónomas no determinen la capitalidad de los partidos judiciales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ésta se entenderá reconocida al municipio que la tuviese a la entrada en vigor de esta Ley; si existiesen varios, al municipio en que radicasen más Juzgados de Primera Instancia e Instrucción; en caso de

igualdad, al de mayor población de derecho. En su defecto, al municipio o municipios en que radicasen Juzgados de Distrito, con iguales criterios de preferencia y, en último término, al de mayor población de derecho.

Segunda.—Los dos Presidentes de las actuales Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que no sean nombrados para la Presidencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del mismo mantendrán, a título personal, los derechos económicos que correspondan a un Presidente de Sala del Tribunal Supremo y presidirán las Secciones que puedan constituirse.

Tercera.—1. Los Presidentes de las actuales Salas de lo Contencioso-Administrativo de las Audiencias Territoriales a los que no correspondiere la Presidencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia presidirán, en su caso, las Secciones que pudieran constituirse y mantendrán los derechos económicos correspondientes a un presidente de Sala, mientras no obtuviesen otro destino.

2. Los Presidentes de las Salas de lo Civil de las Audiencias Territoriales presidirán, en su caso, las Secciones que pudieran constituirse y mantendrán los derechos económicos correspondientes a un presidente de Sala, mientras no obtuviesen otro destino.

Cuarta.—En tanto no se produzca la constitución de los Juzgados de Menores, y sin perjuicio de lo establecido en la disposición transitoria vigésima sexta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Consejo General del Poder Judicial podrá proceder al nombramiento de miembros de la Carrera Judicial para las plazas correspondientes a los Tribunales Tutelares de Menores que no se hallen ocupadas por Jueces pertenecientes a la Escala de Jueces Unipersonales de Menores, disponiendo el cese de sus actuales titulares.

Quinta.—Los actuales Secretarios de Juzgados de Paz continuarán desempeñando sus funciones con sujeción al régimen actual hasta que se produzca el nombramiento de persona idónea.

Sexta.—Los actuales Jueces de Paz continuarán ejerciendo sus funciones hasta la entrada en funcionamiento del Juzgado de Paz constituido de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Séptima.—Las percepciones a que se refiere el artículo 49 únicamente corresponderán a los Jueces de Paz nombrados a partir de la entrada en vigor de la presente Ley.

Octava.—Los miembros de la Carrera Judicial a que se refiere la disposición transitoria vigésima quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial podrán participar en el concurso de méritos a que se hace referencia en el artículo 25 de la presente Ley. Si no obtuviesen plaza en el referido concurso o no tomasen parte en el mismo, en el plazo de tres meses, a partir de la fecha de la resolución, deberán optar entre pasar al servicio activo en la Carrera Judicial, quedando adscritos al Tribunal Superior de Justicia o a la Audiencia Provincia de Madrid hasta que obtengan destino en propiedad, o pasar a la situación de excedencia voluntaria en la misma.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.—El cese de sus funciones como Juzgados de Primera Instancia e Instrucción o como Juzgados de Instrucción de los que resulten transformados se acomodará a las siguientes reglas:

1.^a A los veinte días de la entrada en vigor de la presente Ley, los Juzgados cesarán en sus funciones de instrucción de procedimientos penales, respecto de las causas que deban enjuiciar, asumiendo las mismas los restantes Juzgados de Instrucción.

2.^a Desde la fecha que señale el Real Decreto a que se refiere el apartado 1 del artículo 42 cesarán en sus funciones como Juzgados de Primera Instancia, salvo para dictar, dentro de los plazos señalados, las sentencias en los asuntos que hubiesen quedado conclusos y sólo pendientes de fallo. Notificadas las resoluciones finales, remitirán los asuntos sentenciados, así como los pendientes, al Juzgado que corresponda, conforme a las reglas aprobadas por la correspondiente Sala de Gobierno, notificándolo a las partes.

3.^a Desde la misma fecha cesarán en sus funciones como Juzgados de Instrucción respecto a las causas que deba enjuiciar la Audiencia Provincial.

Segunda.—El titular y Secretario de los Juzgados transformados pasarán a ocupar los puestos correspondientes en los Juzgados de lo penal. El personal adscrito a los Juzgados transformados pasará a estarlo al Juzgado de lo Penal correspondiente, sin perjuicio de las adscripciones que puedan realizarse conforme a los Reglamentos vigentes y de lo que pueda disponerse con arreglo al Real Decreto a que se refiere el artículo 42.1 de esta Ley. Los Juzgados a transformar serán los de Instrucción o Primera Instancia e Instrucción de creación más reciente. De ellos, el de creación más lejana será el número 1, y así sucesivamente.

Tercera.—En la fecha en que señale el Real Decreto a que se refiere el apartado 1 del artículo 42 de la presente Ley, y oído el Consejo General del Poder Judicial, se transformarán en Juzgados de lo Penal los siguientes:

Juzgados de Primera Instancia e Instrucción:

- Dos en Algeciras.
- Uno en Huesca.
- Uno en Gijón.
- Uno en Tenerife.
- Uno en Palencia.
- Uno en Segovia.
- Uno en Cuenca.
- Uno en Ciudad Real.
- Uno en Cáceres.
- Uno en Santiago de Compostela.
- Uno en Lugo.
- Uno en Vigo.
- Dos en Alicante.

Juzgados de Instrucción:

Uno en Córdoba.
Dos en Granada.
Tres en Málaga.
Cinco en Sevilla.

Juzgados de Instrucción:

Dos en Zaragoza.
Dos en Palma de Mallorca.
Dos en Las Palmas.
Uno en Valladolid.
Nueve en Barcelona.
Uno en La Coruña.
Doce en Madrid.
Uno en Murcia.
Uno en Pamplona.
Cinco en Valencia.
Tres en Bilbao.
Uno en San Sebastián.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades; que guarden y hagan guardar esta Ley.

Palacio de La Zarzuela, Madrid, a 28 de diciembre de 1988.

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

Circular núm. 1/1989

EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO INTRODUCIDO POR LA LEY ORGANICA 7/1988, DE 28 DE DICIEMBRE

SUMARIO.—I. NATURALEZA DEL NUEVO PROCESO Y CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LAS NORMAS GENERALES DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.—II. AMBITO DEL PROCEDIMIENTO.—1. *Otras cuestiones relacionadas con la competencia.*—2. *La subsistencia de otras competencias concurrentes.*—III. LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.—1. *La función de impulsión y simplificación del proceso.*—2. *Los mecanismos de aceleración del proceso.*—3. *La introducción del principio del «consenso».*—a) La petición de pase a enjuiciamiento inmediato.—b) Los supuestos de conformidad.—c) Los límites de la sentencia de conformidad.—d) Efectos de la conformidad sobre las responsabilidades civiles.—IV. LA FASE PREPROCESAL DEL PROCESO, EN ESPECIAL LA INVESTIGACIÓN POR EL FISCAL.—1. *Posición del Fiscal respecto a la Policía Judicial.*—a) Las instrucciones a la Policía Judicial.—2. *La investigación del Fiscal.*—a) Las investigaciones del Ministerio Fiscal.—b) Iniciación de las diligencias.—c) Contenido.—d) Los aspectos formales de las diligencias de investigación del Fiscal.—f) Otras cuestiones procedimentales dentro de las diligencias de investigación.—e) La conclusión de las diligencias.—V. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.—1. *Fase de instrucción.*—a) Naturaleza y contenido de las diligencias previas.—b) La constitución del Fiscal en el procedimiento.—c) La intervención de Letrados y los derechos de defensa.—d) Algunas modificaciones en las reglas de la investigación judicial.—e) La conclusión de las diligencias previas.—2. *Fase intermedia.*—a) El acuerdo de seguir el trámite de preparación del juicio y su suspensión.—b) El sobreseimiento y sus peculiaridades.—c) Los escritos de acusación.—d) La acusación en el juicio inmediato del artículo 789.5, 5.ª.—e) El trámite de formulación de los escritos de defensa y el tratamiento del acusado ausente.—f) La determinación del órgano del enjuiciamiento.—3. *La fase del juicio oral.*—a) La iniciación del juicio.—b) El juicio en ausencia del acusado.—c) El debate preliminar.—d) El desarrollo del juicio.—e) La eventual modificación de la competencia en esta fase.—f) La facultad de interpelación del Tribunal a las partes.—g) Las sentencias.—4. *La fase de ejecución.*—a) El incidente de fijación de indemnizaciones.—b) La pena de privación del permiso.—c) La ejecutoriedad inmediata de las sentencias de instancia en materia de responsabi-

alidad civil.—VI. LOS RECURSOS EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO.—1. *Los recursos durante la tramitación del procedimiento.*—2. *Los recursos contra las sentencias.*—3. *El recurso extraordinario de anulación.*—VII. *NORMAS TRANSITORIAS PARA LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO DE LA LEY ORGÁNICA 7/1988, DE 28 DE DICIEMBRE.*

La sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988, que consagró constitucionalmente el principio de que «quien instruye no puede fallar», declarando, en consecuencia, nula la norma del párrafo 2.º del artículo 2 de la Ley 10/1980, de enjuiciamiento de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, que impedía hacer uso en el procedimiento de dicha ley de la causa de recusación 12 del artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (y, consiguientemente, también la paralela del artículo 3 de la Ley 3/67, de 8 de abril, reguladora del procedimiento de urgencia) obligó a una reforma de los procesos penales por delitos cuyo enjuiciamiento correspondía a los Jueces de Instrucción, reforma que por su urgencia se produce antes de que se profundizara en el debate sobre cuál es el modelo de proceso penal que mejor se acomoda a nuestra Constitución y a los Convenios internacionales sobre Derechos Humanos, suscritos por España, así como la conveniencia de seguir las corrientes reformadoras de nuestro entorno europeo (fundamentalmente la «Gran Reforma» alemana de 1974, el nuevo «Código de proceso penal» portugués de 1988 y el recientísimo «Codice de procedura penale» italiano de 1989, todavía en «vacatio legis») y hasta americanas (Proyecto argentino de «Código procesal penal de la Nación», por ejemplo), todas las que se caracterizan por tomar como modelo el sistema acusatorio rompiendo con la tradición continental del sistema mixto. Lo que, por cierto, no podía ser de otra manera, tras el asentamiento de las democracias, por cuanto el sistema mixto, fruto de una transacción napoleónica (recuérdese que el «Código Procesal Penal» francés, que es el modelo que van a seguir los países continentales, entre ellos España, se promulga en 1808, en pleno apogeo imperial), entre el sistema inquisitivo y autoritario del «ancien régime» y el sistema acusatorio y liberal implantado en los primeros años de la revolución, que permitía conservar, en aras del principio de autoridad y la razón de Estado, el método investigador del sistema inquisitivo, presidido por el secreto y la superioridad del órgano instructor y los acusadores frente al acusado, que aún defendía en 1882 Alonso Martínez, con el argumento de que esa desigualdad era «calculadamente introducida por el criminal y de que éste sólo es responsable». La acentuación de las libertades y derechos ciudadanos y las reglas del «juicio justo», construidas especialmente por la jurisprudencia de los países del «Common Law» en base al funcionamiento del sistema acusatorio y acogidas por las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los modernos constitucionalistas y procesalistas, han atacado en su base los principios en que se basaba la instrucción sumarial y la propia eficacia del sumario en el proceso, cuestionando si su operatividad real justificaba la dilación que en éste introducen las formalidades de tal fase instructora, así como ha suscitado la polémica en su propio país de origen, sobre la legitimidad de los poderes del Juez de Instrucción, figura que va desapareciendo paulatinamente de los países que en el siglo pasado lo importaron de Francia.

Sin llegar a soluciones tan radicales, la reforma introducida en nuestro proceso penal por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, sí atenúa el peso de la fase instructora judicial, al par que acentúa el principio acusatorio y el papel de las partes en el proceso. Se inicia así, en cierta manera, una evolución culminada ya en los países que han reformado su proceso penal, en virtud de la que todos los sujetos del proceso recuperan su verdadero papel: el Ministerio Fiscal y las partes acusadoras —en igualdad procesal con el acusado—, el de asumir la carga de aportar, en el acto del Juicio Oral, único momento del enjuiciamiento, pruebas suficientes para fundar una declaración de culpabilidad; y los Jueces, el de constituirse en garantizadores de los derechos de las partes, en especial los del acusado y decisores sobre la existencia o no de tal culpabilidad, conservando en todo instante la objetividad que es base ineludible de un juicio justo.

Las anteriores reflexiones son algo que no deben perder de vista los señores Fiscales, pues constituye un estimable elemento auxiliar para intepelar las normas de la Reforma, de acuerdo con su espíritu y finalidad, como quiere el artículo 3.1 del Código civil. E incluso con un sentido progresivo, que vaya sentando las bases de la reforma definitiva del proceso penal, anunciada por el señor Ministro de Justicia a las Cortes en el momento de presentar el Proyecto de Ley que comentamos, calificado como urgente y transitorio en tanto aquella reforma no se produzca.

En íntima relación con lo anterior, está la conveniencia, y hasta nos atreveríamos a decir que la necesidad, de trasladar al procedimiento ordinario, que subsiste para los delitos graves, principios y reglas de este nuevo procedimiento que, en cuanto responden al espíritu de nuestra Constitución y a los términos en que el Tribunal Constitucional viene interpretando el principio acusatorio y el derecho de defensa, deben trascender más allá de los términos concretos de la norma que los acoge y aplicarse en la totalidad del proceso penal. Sean ejemplo de ello la interdicción contenida en el artículo 794.5 de que la sentencia imponga pena que exceda de la más grave de la pedida por las acusaciones o condene por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad del bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado; y la facultad concedida a la defensa, en el artículo 793.7, cuando la acusación cambie en sus conclusiones definitivas la tipificación penal de los hechos o se aprecie un mayor grado de participación o ejecución o nuevas circunstancias de agravación de la pena, de pedir al Tribunal un aplazamiento de la sesión, hasta un límite de diez días, para aportar elementos de prueba y descargo sobre los nuevos extremos introducidos en el objeto del proceso por la acusación. Es evidente que el sometido a un proceso por delito grave, no puede ser privado de garantías que la ley reconoce al que es enjuiciado siguiendo el procedimiento abreviado y que en todo lo que constituyan garantías y respecto a los derechos fundamentales debe hacerse aplicación, si preciso fuera, de la analogía «in bonam partem».

Y tras estas consideraciones, que no por iniciales dejan de tener interés como fuente de reflexión y guía de la actuación en el proceso penal de los señores Fiscales, pasaremos a analizar las principales cuestiones que la reforma objeto de esta Circular plantea:

I. NATURALEZA DEL NUEVO PROCESO Y CARACTER SUBSIDIARIO DE LAS NORMAS GENERALES DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Aunque el nuevo proceso se incluya en el Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dedicado a «los procedimientos especiales», no puede en propiedad calificarse como *especial* a un procedimiento que va a constituir el proceso de más general aplicación, por venir sometidas a él la mayor masa de las causas por delito. Es más bien una variedad de proceso común, caracterizado frente al proceso base tradicional de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ahora reducido a un pequeño grupo de delitos de singular gravedad, por tratarse de un procedimiento sumario o simplificado, en el que gran parte de los trámites se refunden y en el que incluso fases enteras pueden desaparecer —como veremos, ocurre con la fase instructora, que puede ser eliminada en ciertos casos de evidencia delictiva— convirtiéndose así, con propiedad, en un «proceso abreviado», mera alternativa del ordinario por delitos graves, más formal y dilatado.

Como tal alternativa, sus normas no regulan la totalidad del procedimiento, sino que aparecen complementadas por las del procedimiento ordinario y las comunes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 780), en cuanto no sean específicamente modificadas por las de este procedimiento o resulten incompatibles con él. Esa llamada a las normas generales y básicas de la ley se hace más expresamente en la fase de instrucción o de investigación judicial (artículo 785, párrafo 1.º), pero es implícita en todo el procedimiento. Sin embargo, deberán los señores Fiscales analizar atentamente, antes de extender al procedimiento abreviado alguna norma del proceso ordinario por delitos graves, si tal norma es compatible, no sólo con las reglas específicas del primero, sino también con sus principios y su finalidad de enjuiciamiento rápido.

II. AMBITO DEL PROCEDIMIENTO

Desaparecen en la nueva redacción del artículo 799 ciertas imprecisiones y contradicciones que enturbiaban los límites de aplicación del procedimiento de urgencia. Claramente ahora se señala que se aplicará este procedimiento «al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a la de prisión mayor, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, *cualquiera que sea su cuantía o duración*». Quedan, pues, únicamente fuera del ámbito de este proceso las penas leves, por abajo, y las graves de reclusión menor y mayor, por arriba.

Para el conocimiento y duración de las penas referidas habrá que estar a la escala general del artículo 27 del Código Penal, al Capítulo III del Título III del Libro II y a la tabla demostrativa del artículo 78, fundamentalmente.

Aquella norma general, sin embargo, habrá que conjugarla con la establecida en el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para determinar dentro de este procedimiento y llegada la fase del juicio oral, qué delitos de los que entran en su ámbito son competencia del Juez de lo Penal y cuáles otros lo son de la Audiencia Provincial. El artículo 14 fija esa competencia en relación con

la que es propia del Juez de lo Penal, siendo la de la Audiencia Provincial residual («en los demás casos»).

a) De un análisis conjunto de los artículos 14 y 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dedúcese que es *competencia de los Jueces de lo Penal* el enjuiciamiento de los delitos castigados *única, conjunta o alternativamente*, con las siguientes penas *graves*:

Privativas de libertad:

Arresto mayor.
Prisión menor.

Privativas de derechos:

Privación del permiso de conducir de 3 meses y 1 día a 10 años.
Privación de la licencia de caza o de la facultad de obtenerla por un plazo de 2 a 5 años (artículo 42.1 de la Ley de Caza).
Suspensión de cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio.

Restrictivas de derechos:

Destierro.

Pecuniarias:

Multa, cualquiera que sea su cuantía.
Cautión, en iguales términos (en cuanto es pena de distinta naturaleza, cuya duración debe mantenerse por un tiempo que no puede exceder de 6 años, conforme al párrafo 10.º del artículo 30 del Código Penal).

Son competencia de la Audiencia Provincial (o de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en su ámbito objetivo específico) los delitos castigados con las siguientes penas:

Privativas de libertad:

Prisión mayor.

Privativas de derechos:

Pérdida de la nacionalidad española, en cuanto tiene carácter definitivo (artículo 34 del Código penal), esto es, duración indefinida.

Restrictivas de derechos:

Inhabilitación absoluta y especial.
Extrañamiento.
Confinamiento.

1. Otras cuestiones relacionadas con la competencia

Como penas que plantean cierta problemática está la de reprensión pública y la posible imposición de la privación del derecho a obtener permiso de conducir, como ejecución subsidiaria de la privación del permiso a quien no lo poseyera al tiempo de cometer el delito y de la condena.

Respecto a la reprensión pública, su carácter de pena de ejecución instantánea, sin duración, podría plantear la cuestión de si entra o no en el grupo de las «otras penas de distinta naturaleza (...) siempre que la duración de éstas no exceda los seis años». Parece que sí, precisamente porque donde entra lo más —penas de cierta duración— entra lo menos —penas sin duración o instantáneas—. La cuestión es, de otra parte, intrascendente, dado que el uso de tal pena aparece erradicado del Código penal.

En cuanto al problema de la ejecución subsidiaria de la pena en privación del permiso a quien no lo tiene, en forma de privarle del derecho a obtenerlo por el plazo de la condena, es de subrayar que ha desaparecido de la ley la referencia a esa forma específica de ejecución contenida en los derogados artículos 802.3 y 803.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El silencio de la legislación reformada sobre ese extremo podría conducir a la conclusión de que tal ejecución subsidiaria no es ya posible (a pesar de la norma analógica del artículo 42.1 de la Ley de Caza), pero tal conclusión debe rechazarse, pues el artículo 42, párrafo 3.º, del Código penal, expresamente establece que la imposición de aquella pena «inhabilitará al penado para el ejercicio de este derecho durante el tiempo fijado en la sentencia», por lo que no podrá obtener el título que le habilitaría para ello. Aceptar lo contrario equivaldría, de un lado, a admitir la imposición de una pena sin contenido y, de otro, haría de mejor condición al penado que no tuviese permiso que al que legalmente lo poseyera.

a) La fijación de la pena que determina la competencia ha de hacerse atendiendo a la pena del tipo y no a la que resulte del juego de las reglas de aplicación de la pena, sea por imperfección delictiva, sea por el grado de participación, sea por la naturaleza de las circunstancias concurrentes. Así debe deducirse de los términos de la ley que, tanto en el artículo 14.3 como en el 779, utiliza la expresión «delitos *castigados* con pena». La pena abstracta es la que sanciona el tipo, mientras que la concreta es la que castiga al responsable del mismo, en función de las circunstancias concurrentes, por lo que ha de ser aquélla y no ésta la determinante de la competencia.

Pero aun así no queda resuelta del todo la cuestión, pues subsisten los supuestos de penas que comprenden grados de dos distintas, una competencia del Juez de lo Penal y otra de la Audiencia; y aquellos otros en que se da la posibilidad de imponer la pena superior o inferior a la fijada en el tipo base.

En el primer caso (así, el artículo 344 del Código penal en orden a la penalidad de la tenencia de drogas que causen grave daño a la salud), debe entenderse que la competencia la determina el tramo de pena más grave, en cuyo caso, de ser ésta competencia de la Audiencia, a este órgano debe ser atribuido al enjuiciamiento de tales delitos, independientemente de la pena pedida en concreto.

En el segundo supuesto habrá que atender a una circunstancia esencial: el carácter preceptivo o facultativo de la elevación o degradación de la pena. Cuando la elevación o degradación de la pena base se impone necesariamente en fun-

ción de determinadas circunstancias concurrentes, nos encontramos ante un subtipo, cuya pena es la así fijada, por lo que debe ser ésta la que determine objetivamente la competencia (por ejemplo, el último inciso del párrafo 1.º del artículo 69 bis; los párrafos 2.º y 3.º del artículo 344, o el supuesto de estafa en que concurrieren las circunstancias 1.ª o 7.ª del artículo 529 con la 8.ª). Por el contrario, cuando se trate de modificación facultativa de la pena tipo, elevándola o disminuyéndola en grado a criterio de la acusación o del Tribunal, esto es, siempre que la Ley utiliza el término «podrá» u otro análogo (así, artículos 344 bis, último párrafo, o 506, último párrafo, para la potestad agravatoria; o la del 318 en relación con los delitos de falsedad, para la degradatoria) ello no modifica sin más las reglas de la competencia objetiva, fijada estrictamente en función de la pena del tipo y no de las facultades que pueda o no ejercer el Tribunal, sin merma del derecho de las acusaciones para hacer uso de la facultad de pedir otra pena cuya cuantía debe determinar el cambio de la competencia (por cuanto el último párrafo del artículo 790.7 dispone que si la pena a solicitar definitivamente excediera de la competencia del órgano que está conociendo, se dictará auto acordando la inhibición con remisión del proceso al Tribunal competente y norma análoga contiene, ya dentro del juicio oral, el artículo 793.8; y de la posibilidad de que el Juez o Tribunal imponga pena de menor gravedad, haciendo uso de la potestad legal de rebajarla en grado; aunque sí le estará vedado hacer uso de la potestad legal de elevarla, si previamente no lo han hecho las acusaciones en su calificación definitiva (vid. artículo 794.3).

En suma, cuando es la ley la que fija una pena agravada, construyendo un subtipo, es esa pena la determinante de la competencia, pero cuando la imposición de la pena agravada sea una mera facultad del juzgador, éste no puede, utilizando esa facultad, alterar los términos de la competencia objetivamente determinada si previamente las acusaciones no han hecho a su vez uso de dicha facultad, solicitando pena que exceda de la competencia de aquél.

b) Como norma específica de la competencia del Juez de lo Penal (no así de la Audiencia Provincial, para la que el artículo 14.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no prevé tal regla) aparece la extensión del enjuiciamiento por tal órgano a las faltas, «sean o no incidentales, imputables a los autores de esos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllas». El término de la «relación», en especial cuando se trata de enjuiciar a terceros responsables sólo de la falta, deberá ser fijado en cada caso en función de la resultancia procesal y la necesidad del enjuiciamiento. Como ejemplos del supuesto de enjuiciamiento de tales terceros pueden citarse los casos de participación en las faltas imputadas como conexas al autor de un delito; el enjuiciamiento de una receptación habitual de faltas [artículo 546 bis c)] o las faltas (lesiones, maltratos, amenazas, injurias, etc.) ejecutadas con ocasión de una riña en que resulte también delito de lesiones y que puedan determinar una circunstancia influyente en la responsabilidad del autor de tal delito.

La regla es clara, aunque no dejará de suscitar problemas en la «praxis», como el de si es de aplicación a su enjuiciamiento las normas del juicio de faltas (así la no asistencia de Letrado) o deben ser aplicables, como resulta más correcto, y así debe entenderse las de este procedimiento al que por imperativo del artículo 14.3 queda sometido su enjuiciamiento. De otra parte, la sumisión de las faltas incidentales al proceso abreviado por delito no altera las normas sustan-

tivas que regulan aquéllas, como el plazo de prescripción, por ejemplo, pero tal plazo quedará interrumpido desde que el culpable sea oído como inculpado y sea sometido a este procedimiento, independientemente de la duración del mismo.

c) Por último, es de señalar que las cuestiones de competencia reciben en este procedimiento el mismo tratamiento que en el antiguo procedimiento de urgencia, al ser los nuevos artículos 780 y 782, reproducción de los términos de sus homónimos derogados, sin más novedad que precisar en el primero (780) que, además de al imputado («encartado», se decía antes), se hará saber inmediatamente la resolución al Fiscal y a las demás partes personadas y reconocer el segundo (782) la igualdad de las partes, al disponer que se oír «in voce», no sólo al Fiscal como se decía en el precepto derogado, sino también «a las partes personadas». En cierto modo, la modificación recoge la normativa del artículo 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que obliga al Tribunal Superior a oír, antes de resolver sobre la propia competencia, a las «partes».

Cuando la cuestión de competencia se plantee entre órganos de igual grado (artículo 782, regla 1.ª), la audiencia del Fiscal es sólo preceptiva para el superior jerárquico que deba resolver. Aunque esa regla pudiera parecer contradictoria con la naturaleza de orden público de la cuestión, refleja, sin embargo, el principio de abreviación propio de ese procedimiento y es congruente con el principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal, quien deberá dar un dictamen concorde en todos los casos (lo que, por cierto, no siempre ocurre así en la «praxis» con ruptura de aquel principio, precisamente por la pluralidad de los órganos intervinientes), por lo que es suficiente que tal dictamen se emita ante el órgano que debe resolver la cuestión, en evitación de dilaciones en el trámite.

Para terminar, parece oportuno decir que la supresión en el artículo 782 de la cita del artículo 20 de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, para determinar quién es el superior jerárquico de los proponentes de la competencia, es sólo la consecuencia de la obsolescencia del tal precepto, cuyos términos no se acomodan ya a la vigente Planta Judicial; y su innecesariedad, pues tal determinación viene fijada por la Ley Orgánica del Poder Judicial, al señalar las competencias de cada órgano.

2. La subsistencia de otras competencias concurrentes

El carácter genérico del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal plantea la cuestión de si subsisten o han desaparecido las remisiones que al procedimiento de urgencia (esto es, al regulado en el Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) venían hechas en otras leyes o normas procedimentales. Para resolver tal cuestión debe tenerse en cuenta que la Ley Orgánica 7/1988, en su disposición derogatoria, deja sin vigor expresamente no sólo la Ley Orgánica 10/1980, de enjuiciamiento oral de delitos menos graves y flagrantes, sino también los artículos 779 a 803 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que integraban tal Título, con lo que aquellas remisiones han quedado vacías de contenido y no se puede estimar que sigan subsistiendo en una ultraactividad de la norma derogada, que permitiera aplicarlos en los supuestos especiales de que otra ley se remitiera a ellos.

Una interpretación que postulara esto último, esto es, la subsistencia en casos

especiales del procedimiento derogado, es incorrecta, pues la derogación de tales preceptos es total, expresa y por una ley posterior con rango de orgánica. No puede invocarse tampoco la cláusula «sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales» que usa el artículo 779, pues éste está incluido en el texto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y ha de referirse por ello a los procesos especiales de esa ley, como ya se venía entendiendo en la idéntica fórmula derogada.

Tampoco es posible interpretar que aquellas remisiones han de considerarse ahora hechas a las nuevas normas que sustituyen el procedimiento derogado, pues una ley posterior puede derogar tácitamente otra anterior por incompatibilidad, pero no modificarla, salvo que lo haga en forma expresa, lo que aquí no ocurre.

Por consiguiente, en lo sucesivo, todos aquellos delitos que se sometían en leyes especiales al llamado procedimiento de urgencia o al ámbito objetivo del procedimiento regulado en el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, deben considerarse ahora sometidos al enjuiciamiento que le sea propio según su naturaleza y pena con que estén castigados.

Pero, de un lado, no es razonable que el legislador tomase una decisión de tal trascendencia por el juego de una derogación tácita y no mediante una derogación expresa, ni parece posible que ese punto, de haberse decidido la derogación, dejara de ser discutido en el trámite parlamentario, cosa que no ha ocurrido, lo que prueba que no estaba en la mente del legislador. Pero es que tampoco puede deducirse que esa derogación se produjera por un mero juego técnico, fruto de una deficiencia en la redacción de la ley, por cuanto, de un lado, la modificación de normas especiales contenidas en una ley que regula una materia específica, en este caso la de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, no pueden, por el principio de competencia, ser producidas tácitamente por el silencio de otra ley que regula otra materia (en este caso, la reforma de un procedimiento concreto), de otro, el artículo 82 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tampoco contenía en su primitiva redacción tal competencia, lo que no impidió que la Ley Orgánica 2/1980 se la otorgase a las Audiencias Provinciales y aquella redacción se conserva, limitándose sólo la reforma a introducir en el párrafo 1.º la mención, necesaria ahora, de los Juzgados de lo Penal, y, por último, no parece que haya en la actual redacción del artículo 82 incompatibilidad con el artículo 8 de la Ley 2/1986, que se limita a incluir en aquél algo que no lo está, con lo que no es tan clara la derogación tácita como a primera vista pudiera parecer.

Por ello, y en tanto no se pronuncie sobre el tema el Tribunal Constitucional en las cuestiones de inconstitucionalidad que sobre él tiene pendientes, parece lo más prudente, y así deberán mantenerlo los señores Fiscales, considerar subsistente tal fuero, pero entendiendo que el enjuiciamiento de los delitos a aquellos aforados atribuidos deberá acomodarse al procedimiento —abreviado u ordinario— que por la pena que tengan señalada corresponda, con lo que el procesamiento que, «en su caso», deberá acordar la Audiencia sólo es pertinente en el procedimiento ordinario.

Ahora bien, como el artículo 8 de la Ley Orgánica 2/1986 atribuye a las Audiencias, además del procesamiento, «la instrucción» y «dictar el fallo» para evitar incurrir en causa de recusación, la Audiencia deberá aplicar por analogía la regla establecida para el Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia, designando de entre sus miembros un Magistrado que se encargará de la instrucción

de las diligencias previas o del sumario y que no formará parte del Tribunal que enjuicie el caso.

III. LA INTERVENCION DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Una importante característica de la reforma es la expresa previsión que de la intervención del Fiscal en este procedimiento y de las funciones que en el mismo le compete se hace con el artículo 781.

Cierto que la mayor parte de las previsiones de ese artículo no hacen más que reiterar lo que al Fiscal le viene impuesto o concedido por otras normas, sea el artículo 3 del Estatuto Orgánico, sean los propios preceptos generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o lo específico del Título en que dicho artículo 781 se inscribe. Sin embargo, aparte el valor de excitación especial del celo del Ministerio Fiscal que ese recordatorio reiterativo de sus obligaciones representa, sí han de subrayarse la introducción de funciones nuevas e interpretar cómo han de ser ejercidas.

Podríamos hacer la siguiente disección del contenido del artículo 781:

El Fiscal deberá:

- 1.º) Constituirse en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil.
- 2.º) Velar por el respeto de las garantías procesales del imputado.
- 3.º) Velar por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito.
- 4.º) De *manera especial*, impulsar y simplificar la tramitación del procedimiento.
- 5.º) Dar instrucciones generales o particulares a la Policía Judicial para el más eficaz cumplimiento de sus funciones.
- 6.º) Aportar los medios de prueba de que dispone o solicitar del Juez de Instrucción la práctica de los mismos.
- 7.º) Instar del Juez la adopción de las medidas cautelares procedentes o el levantamiento de las innecesarias.
- 8.º) Pedir la conclusión de la investigación tan pronto como estime que se han practicado las actuaciones necesarias para resolver sobre el ejercicio de la acción penal.

1. La función de impulsión y simplificación del proceso

De esas funciones del Fiscal, hay una que constituye una auténtica novedad y que impone al Ministerio público una reflexión sobre el alcance de su contenido y la forma más adecuada de su cumplimiento. Nos referimos a la misión que *de modo especial* se le atribuye de impulsar y, sobre todo, de *simplificar* el procedimiento. Podría plantearse el interrogante de cómo es posible, toda vez que la tramitación del proceso abreviado viene regulada en la ley, que pueda el Fiscal simplificar sus trámites. Interrogante que sólo tiene una respuesta: el legislador ha impartido un mandato al Fiscal para que utilice de *modo especial* y agotando

hasta el límite de sus posibilidades los mecanismos que la propia ley prevé para eliminar trámites superfluos o reiterantes en el camino de la sentencia judicial, y hasta para prescindir de fases enteras del procedimiento, cuando se entienda puede llegarse sin ellas a una resolución del tema procesal.

Dos son, pues, los aspectos de impulsión y, sobre todo, simplificación del proceso, a que deben prestar especial atención los señores Fiscales:

1.º) La eliminación de trámites y diligencias innecesarias a los fines del proceso, y, en especial, la erradicación de la viciosa práctica de ratificación o reiteración de actuaciones ya practicadas, sea en el atestado policial, sea en las diligencias de investigación del Fiscal, sea ante el propio Juzgado de Instrucción. Aunque más adelante se volverá sobre el tema, conviene resaltar aquí que la fase de investigación judicial ha sufrido en este proceso un esencial cambio de naturaleza y finalidad con respecto al tradicional sumario. En efecto, el fin de las diligencias previas en el procedimiento abreviado es, fundamentalmente, no preparar el enjuiciamiento, como en el sumario, sino preparar la acusación como se deduce de la reiteración de esa expresión en una serie de preceptos (artículos 781, último inciso; 789.2, 4 y 5, y 790.1 y 2).

En cuanto a su naturaleza, asume el legislador en la nueva estructuración del procedimiento que las diligencias de la investigación judicial no tienen finalidad probatoria —salvo las excepcionales que adopten la forma y requisitos de la prueba anticipada o preconstituida—, sino sólo de acumulación de fuentes de conocimiento de los medios de prueba disponibles, por lo que a nada conduce la reiteración en la investigación judicial de las ya conocidas, debiendo rehuirse todo riesgo de burocratización del proceso, que sólo conduce a su dilación indebida o, al menos, no justificada por la eficacia procesal de aquellas actuaciones reiterativas y retardatarias.

2.º) La utilización, sin vacilaciones ni desidias, de los mecanismos de aceleración del proceso y de consenso, que la ley introduce.

No puede menos de reconocerse que todas esas tareas exigen una presencia efectiva y vigilante del Fiscal, en el nuevo procedimiento abreviado —y, en general, en todos los procesos penales por delito— que representase un esfuerzo para el Ministerio Fiscal, cuyas actuales plantillas, ya de por sí insuficientes para abordar esas tareas, se encuentran además incompletas, y cuyos efectivos y de personal de apoyo está por debajo de las necesidades actuales y más aún las futuras de su labor. Esta Fiscalía General del Estado es consciente de esa situación, pero conoce también el espíritu de trabajo de los señores Fiscales, su profesionalidad y el celo que ponen en cumplir incluso más allá de lo razonablemente exigible, los trascendentales cometidos que les están encomendados. Por ello confía en que el esfuerzo por abordar con efectividad las funciones que el nuevo proceso encomienda al Ministerio Fiscal, que no dudamos realizarán todas las Fiscalías, servirá para iniciar una nueva andadura y unas pautas de actuación, que podrán ser culminadas cuando las previsiones legales de aumento de plantillas, programadas hasta 1992, se vean cumplidas y la dotación del Ministerio Fiscal permita atender a todas sus funciones, sin el sobreesfuerzo que ahora se pide a sus miembros y que no pasa desapercibido para quien en estos momentos tiene la máxima responsabilidad de su dirección.

2. Los mecanismos de aceleración del proceso

Entre los mecanismos de aceleración del proceso merecen ser destacados:

a) Instar del Juez de Instrucción que cumpla lo prevenido en el artículo 789.3 de practicar diligencias *sólo* en el caso de que las ya practicadas en el atestado (o la investigación del Fiscal) no fueren suficientes para formular acusación, criterio de suficiencia que es al Fiscal al que corresponde establecer, como titular de la acción penal y órgano de la acusación pública, cuyo ejercicio valora en función de las pruebas de que pueda disponer en el acto del juicio oral.

b) Solicitar la inmediata conclusión de las diligencias previas tan pronto estime suficientes las actuaciones practicadas para resolver sobre el ejercicio de la acción penal (artículo 781, «in fine»):

c) Interesar a la vez que el acusado y su Abogado, si el hecho constituyera delito cuyo conocimiento compete al Juez de lo Penal y aquél haya reconocido la imputación que se le hace, la remisión de las actuaciones a dicho Juez de lo Penal, para la inmediata celebración del juicio (artículo 789.5, quinta).

3. La introducción del principio del «consenso»

En cuanto al reforzamiento del consenso, la reforma se hace eco de las más recientes corrientes procesales del entorno europeo, según las que en el proceso penal, frente a las zonas de conflicto, propias de toda contienda entre partes, deben preverse zonas de consenso, que eliminen conflictos innecesarios a los fines del proceso y de la función resocializadora de la pena. Mientras las primeras deben reservarse para la persecución de la criminalidad grave, que es reflejo del conflicto social y debe pasar por soluciones impuestas que fijen y esclarezcan tal conflicto; la criminalidad menor, con frecuencia no conflictiva e integrada por hechos que son incidentales en la vida de su autor, debe conducir a soluciones consensuadas que contribuyan a la no estigmatización de quien por la ocasionalidad de su delito y la propia aceptación de su responsabilidad, está revelando ya una actitud resocializadora.

Se ha dicho que la búsqueda del consenso en tales casos es un imperativo ético-jurídico, que entre nosotros vendría apoyado en dos parámetros constitucionales: 1.º que la obtención del consentimiento del acusado a someterse a una sanción constituye una manifestación de la autonomía de la voluntad o ejercicio de la libertad y desarrollo de la propia personalidad, proclamada en la Constitución (artículo 10.1), y 2.º que el reconocimiento de la propia responsabilidad y la aceptación de la sanción implican una actitud socializadora que facilita la reinserción social, reclamada como fin de la pena en el artículo 25.2 de la Constitución Española y que en lo posible no debe ser perturbada ni por la continuación del proceso, ni por la sumisión a la «estigmatización» del juicio oral.

Cuestión ésta sobre la que es preciso llamar la atención de los señores Fiscales, pues implica un notable cambio en los modos de actuación del Ministerio Público, que por imperativo de la obligación impuesta en el artículo 781 de procurar la simplificación del procedimiento, deberá promover esas soluciones facilitadoras de la sentencia, no ciertamente apartándose de la legalidad, pero sí utilizando todos los márgenes de arbitrio legal para llegar a situaciones de consenso

con el acusado y su defensa, especialmente en el ámbito de los delitos menos graves y de menor trascendencia social, esto es, en el de las infracciones penales conocidas como «bagatelas». La mayor presencia del Fiscal en el proceso y en especial durante la guardia de los juzgados, que permitirá un contacto más inmediato con el acusado y su Letrado, es terreno propicio para promover tales soluciones consensuadas. Ese contacto será aun mayor en los casos en que el Fiscal inicie una investigación preprocesal, que bien puede derivar hacia una conformidad futura del imputado.

En el ámbito de cada Fiscalía los criterios generales a los que deben acomodarse las pautas de actuación de los Fiscales que la integran en orden a la promoción de las soluciones consensuadas, deben discutirse y establecerse en Juntas, teniendo en cuenta los principios axiológicos más arriba expuestos, el espíritu de la Reforma procesal que comentamos y los propios términos de la política criminal que cada Fiscalía se plantee, habida cuenta la problemática específica de la criminalidad de su territorio. Como todo criterio general, los que las Juntas establezcan en esta cuestión no podrán menos de ser flexibles, por lo que su ejecución en los casos concretos corresponderá a la responsabilidad del Fiscal que en ellos actúe, quienes deben procurar cumplir lo más fielmente posible aquellos principios axiológicos generales, el espíritu y particularidades de los acuerdos que en la Junta de Fiscalía se hayan adoptado y las instrucciones que sobre este tema el Fiscal Jefe pueda impartir para el mejor cumplimiento de tales acuerdos.

El consenso se introduce, además de en la petición de enjuiciamiento inmediato prevista en el artículo 789.5, quinta, antes citado, en las diversas posibilidades que para el trámite de la conformidad del reo abre el nuevo procedimiento:

a) *La petición de pase a enjuiciamiento inmediato*

Ciertamente, la concurrencia de peticiones del imputado que haya reconocido los hechos y del Fiscal para la remisión del procedimiento al Juez de lo Penal para su inmediato enjuiciamiento, constituye una manifestación del consenso, pero no es una conformidad. Hay, en todo caso, conformidad con los hechos, pero esa conformidad no tiene por qué extenderse a la calificación jurídica ni a la pena, que además no han sido aún precisadas por la acusación en ese momento procesal. El juicio no se evita, sólo se anticipa y facilita. En esta fase, por ello, el Fiscal ha de cuidar de que quede claramente expresada ante el Juez y con asistencia del Letrado defensor (recordamos que en este caso no es preceptiva la intervención de Procurador) la aceptación de los hechos por el acusado, esto es, su confesión.

En cuanto a lo que ha de entenderse por el *hecho*, a los efectos de su reconocimiento, el término debe tener un sentido normativo, puesto que dentro del proceso se realiza su reconocimiento y dentro del proceso surtirá sus efectos. Por ello, aparece como equivalente al *objeto procesal* en su aspecto fáctico, esto es, al reconocimiento de los elementos objetivos que integran el tipo penal cuya existencia va a debatirse en el proceso. En cuanto sean necesarios para la construcción típica, por estar expresamente previstos en la figura legal, también integrarán el hecho los elementos típicos subjetivos que se incorporen, en el correspondiente precepto del Código, a la hipótesis típica.

No será necesario, en cambio, el reconocimiento por el imputado de los elementos subjetivos integrantes de la culpabilidad y deducibles directamente del propio hecho confesado. El elemento de la culpabilidad o del tipo subjetivo —según la doctrina penal que se siga—, como puede ser la concurrencia de dolo o de culpa, su intensidad, la posible intervención de causas de inculpabilidad, etc., podrá ser, en su caso, objeto de debate en el juicio inmediato, al igual que la calificación jurídica del hecho, la perfección delictiva, el grado de participación, el que ciertos elementos del hecho reconocido puedan o no ser apreciados como integrantes de una circunstancia agravante o atenuante y, en fin, el propio grado y entidad de la pena.

La aplicación de la regla 5.ª del 789.5 produce; en definitiva, tan sólo dos efectos: 1.º excluir en el ámbito del procedimiento abreviado y a los efectos de la anticipación del juicio, la regla general del artículo 406, párrafo 1.º, según la que la confesión del procesado no dispensa al Juez de Instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito; en este sentido la admisión de los hechos pasa a tener en el procedimiento penal abreviado el efecto de simplificar la prueba sobre los extremos fácticos admitidos, y 2.º) permitir el enjuiciamiento inmediato e incluso el pronunciamiento de la sentencia en el acto de ese juicio y oralmente, según los términos del artículo 794.2, cuando la simplicidad del hecho reconocido lo permita.

Parece innecesario recordar que las autoinculpaciones que resulten falsas o desmentidas, podrán dar lugar, en su caso, a la responsabilidad penal prevista en el artículo 338 del Código penal, al simular el imputado ser responsable de un delito, ante el Juez de Instrucción —«autoridad competente»— provocando el trámite procesal del artículo 789.5, quinta.

b) *Los supuestos de conformidad*

La conformidad propiamente dicha, esto es, la aceptación del escrito de acusación (lo que implica, en principio y sin perjuicio de lo que luego se dirá, la aceptación de los hechos, de la calificación jurídica y de la responsabilidad penal y civil exigida: vid. artículo 791.3), podrá manifestarse en tres momentos:

1.º) Conjuntamente con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal (artículo 791.3, último inciso), lo que obliga a facilitar los contactos con la defensa en la fase de calificación, para poder llegar a un acuerdo de conformidad en tal momento.

2.º) En el trámite de calificación, al formularse el escrito de defensa, en que conjuntamente el Letrado y el acusado, firmen la conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad (artículo 791.3, inciso primero). En este caso, la decisión es exclusiva de la defensa, aunque podrá ser promovida por el criterio del Fiscal en orden a fijar la entidad concreta de la pena pedida, dentro de la naturaleza y grado que corresponda y en función de la que el uso concreto permita o aconseje.

3.º) En el Juicio Oral, antes de comenzar la práctica de la prueba, en que en una nueva manifestación del principio del consenso, la acusación y la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrán solicitar al Juez o Tribunal

que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentare en este acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación formulado al evacuar el trámite de calificación.

La ley prevé aquí una nueva oportunidad para el acuerdo entre el Fiscal y la defensa, permitiendo incluso al primero presentar un nuevo escrito de calificación, con la limitación de que la acusación no pueda ser más grave —ni por hecho distinto del contenido en el escrito de acusación originario—, pero autorizando, en cambio, a suavizar las peticiones de forma que sean más aceptables para el acusado (siempre, recordemos, dentro de los términos de las facultades de arbitrio, que la ley autoriza y la interpretación de los hechos permitan legalmente apreciar). La sensibilidad y habilidad de los señores Fiscales debe ser utilizada para agotar al máximo el cumplimiento del espíritu de la ley, especialmente en los delitos de menor entidad, adoptando posiciones estratégicas en el proceso que fomenten la conformidad de los acusados y eviten la carga procesal de la celebración del juicio.

c) *Los límites de la sentencia de conformidad*

La sentencia de conformidad, hasta el límite de petición de pena de seis años, habrá de ser de *estricta conformidad* con la aceptada por las partes (artículo 793.3, párrafo 1.º, inciso último). No cabe al Tribunal, salvo en el caso que luego se dirá, modificar la pena pedida en tales supuestos, por imperativo del principio acusatorio, consagrado en el artículo 793.3, párrafo 1.º En cambio, si la conformidad se manifiesta en relación con penas que excedan de seis años, parece que el Tribunal sí podrá imponer la pena en cuantía inferior a la pedida, como se deduce «a contrario sensu» del último inciso del párrafo citado. Nunca, sin embargo, podrá imponer pena superior, por vedársele el precepto del artículo 794.3.

Sin embargo, la legalidad y la justicia deben impedir las condenas improcedentes, aunque sean aceptadas por el acusado. Por ello, el Tribunal no viene obligado a dictar sentencia de conformidad ya cuando considera que procede la absolución por estimar que el hecho objeto de acusación no es típico o que concurre una circunstancia eximente de la responsabilidad o extintiva de pena; ya por considerar debe imponerse menor pena por deducirse del propio hecho aceptando la concurrencia de una circunstancia que obligue a atenuar la pena (ya sea una atenuante genérica, ya específica, ya una modalidad de participación más leve, ya una forma más imperfecta del delito). Naturalmente que el uso de esa facultad puede ser impugnado por el Fiscal (o la acusación particular, en su caso) en vía de recurso, si discrepase de la apreciación del Tribunal que ha llevado a éste a romper los términos de la conformidad.

Por último, no vinculan al Juez o Tribunal las conformidades sobre la adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal (artículo 793.3, último párrafo). La regla que se refiere a las medidas de seguridad es congruente con la naturaleza de tales medidas, de carácter corrector y con fines de prevención especial, que deben conducir a su imposición sólo cuando no se estimen superfluas. La conformidad del sujeto a estas medidas no es, pues, título suficiente para su imposición si el Juez o Tribunal la considera innecesaria.

Otra cuestión a destacar es que en este procedimiento abreviado no se dan los límites que para la conformidad establece el artículo 655, tanto en orden a la limitación de la pena —allí prisión correccional, en este procedimiento sin otros límites que los objetivos de las penas sometidas a su ámbito competencial— como el de poder acordar el Tribunal la continuación del juicio si estimase que la pena pedida no era la procedente según la calificación (facultad ésta, por cierto, cuya subsistencia para el procedimiento ordinario es hoy discutible por su incompatibilidad con el principio acusatorio).

Aunque el hecho de una conformidad con penas que excedan de los límites de la regla general del artículo 655 puede resultar chocante, es evidente que debe prevalecer la especialidad del procedimiento y en él, tanto de la omisión en el artículo 791.3, «in fine» a toda referencia del límite de las penas con que puede conformarse el acusado, como de la reiterada referencia que al Juez o *Tribunal* se hace en el artículo 793.3; e incluso la mención expresa de que la obligación de dictar sentencia el Juez o *Tribunal* de estricta conformidad, siempre que la pena no exceda de seis años, se infiere claramente que también ante el Tribunal de la Audiencia Provincial y en el caso que la acusación se produzca por delitos de su competencia, castigados con penas que sobrepasen los seis años, se puede producir la conformidad, sin más efectos que el antes dicho de no ser preceptivo entonces que el Tribunal dicte su sentencia «de estricta conformidad con la aceptada por las partes».

d) *Efectos de la conformidad sobre las responsabilidades civiles*

Un problema específico de estas conformidades es el de la responsabilidad civil, en especial en lo que afecta a las responsabilidades civiles subsidiarias y hasta la directa de las Compañías aseguradoras.

La primera cuestión es la de si cabe que el acusado se conforme con los términos de su responsabilidad penal, pero no con la petición de responsabilidad civil. Para tales casos la regla general del último párrafo del artículo 655 (reiterada en el 695) es la de que continuará el juicio, aunque la producción de prueba y la discusión se limitará a los términos de esa responsabilidad. Las normas del procedimiento abreviado no contemplan tal posibilidad, limitándose a hablar genéricamente de conformidad con el escrito de acusación (artículo 791.3). Pero, de un lado, tampoco lo prohíben y, de otro, hacen una referencia al «escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad», con lo que parece estar pensando el legislador primordialmente en la conformidad con la responsabilidad penal.

Por lo anterior no existe un claro obstáculo para la aplicación supletoria del artículo 655, permitiendo que el acusado se conforme con los términos de la responsabilidad penal y la pena, pero no con la petición de responsabilidad civil, en cuyo caso deberá continuar el procedimiento a los solos efectos de debatir ésta.

La otra cuestión, íntimamente relacionada con el derecho de defensa de los responsables civiles, directos o subsidiarios, es la de hasta qué punto la conformidad del acusado con la responsabilidad civil y su cuantía vincula a los co-responsables directos o a los responsables subsidiarios. En principio, el deudor principal de la reparación es el responsable penal del delito causante del daño y su confor-

midad, aceptando tal responsabilidad civil y la cuantía fijada en los escritos de acusación, es una forma de allanamiento, que obliga a dictar sentencia en los términos de la petición de responsabilidad civil aceptada por el deudor principal.

La responsabilidad de los responsables civiles subsidiarios y de las Compañías de seguros, como co-responsables directos dentro del límite del seguro, viene en principio subordinada a la responsabilidad civil impuesta al penado. Pero podrán discutir si en el caso concreto se dan o no los presupuestos que determinan su responsabilidad subsidiaria o la obligación de hacer frente a la cobertura del seguro y, como simples coadyuvantes del responsable directo y en tanto éste disienta de la procedencia de la indemnización pedida, debatir también esa procedencia y su cuantía. Pero la cuestión es si, establecida la obligación del acusado de indemnizar y la cuantía de tal indemnización, sólo les queda debatir si es correcto o no considerarlos responsables civiles subsidiarios u obligados directos a satisfacer aquélla a causa del contrato de seguro o pueden también discutir si la cuantía en que se fijó la indemnización a satisfacer por el responsable penal es o no correcta. «A priori» podría alegarse que habiéndose allanado el acusado, como deudor principal, con los términos de la responsabilidad civil, los demás responsables civiles subsidiarios o las Entidades aseguradoras vendrán obligados por tal allanamiento, ya que se trata de un acto procesal que produce efectos jurídicos inmediatos sobre el derecho material, en el sentido de que el Juez debe declarar éste tal como lo reconoce la parte que se allana. No hace falta insistir que estamos en el ámbito del Derecho civil, esto es, del Derecho privado, donde prima el poder dispositivo de la parte sobre el objeto del proceso; en este caso, el objeto civil del proceso. Nadie puede impedir al autor del delito, que es la verdadera causa de la obligación de reparar el daño y, el deudor principio de tal obligación, aceptar los términos en que la misma es exigida por el acreedor perjudicado. Pero en contra del anterior argumento cabe aducir que los que deban satisfacerla al acreedor perjudicado en lugar del deudor a virtud de relaciones jurídico-privadas que con tal deudor hayan establecido (contrato de seguro) o los obligados subsidiariamente al pago por su posición o relación con el autor del hecho ilícito de que la obligación ha nacido, no pueden quedar afectados por la cuantía específica de una indemnización a determinar a cuyo importe no han colaborado y que, por el contrario, no deben quedar privados no de su derecho a ser oídos antes de que se determine y fije la indemnización civil a que quedan obligados y, menos aún, sobre todo, cuando de aseguradores voluntarios o de responsables civiles subsidiarios se trate, de su derecho de defensa.

De otro lado, la condición de parte de tales responsables no tiene la misma naturaleza que la del acusado en el proceso. Respecto a las Entidades responsables del seguro obligatorio, es clara la norma del último párrafo de la prevención 5.ª del artículo 784, de que no podrán ser partes en el proceso en tal concepto, limitándose su derecho de defensa a presentar en la pieza correspondiente los escritos oportunos para discutir su obligación de afianzar y, en su caso, de satisfacer el importe de la indemnización por el siniestro y los asegurados. Análogo derecho tienen los responsables civiles subsidiarios y las entidades responsables del seguro voluntario, pudiendo promover en la oportuna pieza separada de responsabilidad civil el incidente correspondiente, si estima no debe considerarse civilmente responsable por el hecho imputado al acusado, ofreciendo pruebas sobre ese extremo (artículos 616 a 618). Ahora bien, a diferencia de las Entidades

responsables del seguro obligatorio, a los responsables civiles subsidiarios y a los aseguradores voluntarios, si se les admite como parte en el plenario, donde pueden comparecer en forma en tal concepto para reproducir sus pretensiones (artículos 621 y 652), pero aquí ya no se trata de una parte necesaria, pues su comparecencia en forma, al tratarse de una obligación civil, puede ser renunciada, limitándose a comparecer personalmente a la citación al juicio oral, para ser oído.

Las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, prevén en el artículo 700, que «cuando el procesado haya confesado su responsabilidad de acuerdo con las conclusiones de calificaciones y sus defensores no consideren necesaria la continuación del juicio, pero la persona a quien sólo se haya atribuido la responsabilidad civil no haya comparecido ante el Tribunal o en su declaración no se conformara con las conclusiones del escrito de calificación a ella referentes, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo 695», esto es, continuará el juicio a los solos efectos de debatir ese extremo.

Como consecuencia de todo lo dicho los señores Fiscales observarán los siguientes criterios:

1.º) Como regla general, vigilarán que los responsables civiles subsidiarios y las Entidades aseguradoras sean debidamente llamados a los autos, requiriéndoles para que afiancen sus responsabilidades, pero advirtiéndoles a los primeros y a los aseguradores del seguro voluntario de su derecho de defensa.

2.º) Si el acusado se conformase con la responsabilidad penal, pero no con la civil, instarán la continuación del procedimiento en los términos de los artículos 655 y 695 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3.º) Si el acusado se conformase con la totalidad del escrito de acusación, responsabilidad civil incluida, en la fase de calificación, y hubiese responsables civiles subsidiarios, o aseguradores voluntarios, que no hayan comparecido representados por Procurador y asistidos de Letrado, se interesará se les notifique tal conformidad por si desean hacer uso de su derecho de defensa e interesan la continuación del juicio en los términos de los artículos 700 y 695.

4.º) Si el acusado se conformara con el escrito de acusación en el acto de iniciación del juicio oral (artículo 793.3) y el responsable civil subsidiario hubiere comparecido en forma, asistido de Abogado y Procurador, y discrepare de la conformidad del responsable penal del hecho, se entenderá aplicable el artículo 695, continuando el juicio a los solos efectos de debatir tal responsabilidad civil subsidiaria y su alcance.

5.º) En el supuesto anterior, si el responsable civil no hubiese comparecido y hubiese sido citado en forma, si no apareciere justificada su ausencia, se interesará que el Tribunal pase a dictar sentencia de conformidad, condenando también al responsable civil, cuya ausencia injustificada no será causa de suspensión del juicio, conforme al artículo 793.1, «in fine». En virtud de tal precepto la incomparecencia no justificada del asegurador voluntario o el responsable civil subsidiario no es obstáculo para los trámites subsiguientes, entre ellos el de conformidad en juicio. En este aspecto la no comparecencia injustificada del responsable civil subsidiario pasa a tener un tratamiento análogo a la «ficta confessio» establecida en el artículo 700, párrafos 2.º a 4.º, para los casos en que se negare a contestar a las preguntas del Presidente del Tribunal. Volvemos a insistir que estamos en el terreno del Derecho privado, donde el derecho de defensa puede ser renunciado

y el derecho a no declarar contra sí mismo no tiene el mismo tratamiento que cuando de acusados penalmente se trata.

IV. LA FASE PREPROCESAL DEL PROCESO, EN ESPECIAL LA INVESTIGACION POR EL FISCAL

La fase de investigación preprocesal y, por ello, extrajudicial, aparece atribuida en la reforma a la Policía Judicial (artículo 786) y al Ministerio Fiscal, ya por sí mismo, ya delegando en aquélla las diligencias a practicar (artículo 785 bis). Conviene, sin embargo, recordar que el artículo 20 del Real Decreto 769/1987, sobre la Policía Judicial, atribuye al Ministerio Fiscal la dirección de «las diligencias de investigación criminal formalmente concretadas a un supuesto presuntamente delictivo, pero con carácter previo a la apertura de la correspondiente actuación judicial», punto éste que ha sido objeto de la Instrucción número 2/1988 de esta Fiscalía General del Estado.

Consecuencia de esa dirección es que en realidad toda la fase de investigación preprocesal está dominada por el Fiscal, bien a través de su propia actividad investigadora, bien a través de la dirección de la investigación policial. Por lo mismo, y al margen de las iniciativas de cada Fiscal, éstos deben utilizar las facultades que el nuevo artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 20 del Real Decreto citado les atribuyen, para promover, coordinar, dirigir y, en cierto modo, controlar jurídicamente (para que los derechos de los ciudadanos y los principios legales de toda investigación sean cumplidos) la investigación policial de los delitos que puedan constituir el objeto procesal de un proceso abreviado.

1. Posición del Fiscal respecto a la Policía Judicial

El contenido de las facultades del Fiscal en orden a la dependencia respecto de él, de la Policía Judicial, aparece así ampliado, respecto al inicial contenido del artículo 4.4 del Estatuto Orgánico, que sólo preveía dar órdenes e instrucciones en cada caso concreto. Ahora puede también impartir instrucciones generales, sobre modos de actuación de la Policía en la investigación criminal en orden a prioridades dentro de la actividad policial investigadora; coordinación con otras Policías, etc...

Los señores Fiscales deberán tener en cuenta no sólo las disposiciones citadas y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sino también los Estatutos de Autonomía y las Leyes de las Comunidades Autónomas que desarrollan los Cuerpos de la Policía Autónoma.

a) *Las instrucciones a la Policía Judicial*

Como orientación sobre el modo de impartir las instrucciones referidas, tanto las generales, como las particulares sobre casos concretos, podríamos apuntar lo siguiente:

1.º) Instrucciones generales a las Unidades de Policía Judicial sobre criterios de preferente investigación, modos de actuación, coordinación de investigaciones y otros extremos análogos, durante la fase preprocesal, esto es, al margen de las actuaciones judiciales en trámite. Se impartirán a través de los Jefes de las distintas Unidades, conforme a lo prevenido en el artículo 20 del Real Decreto 769/1987.

2.º) Instrucciones generales a las Unidades de Policía Judicial, de tenor análogo al del apartado anterior y en especial para la coordinación de la investigación de hechos concretos en los distintos Cuerpos, durante la fase procesal, esto es, existiendo actuaciones judiciales. Se efectuaron a través de las Comisiones Provinciales de Coordinación de la Policía Judicial.

3.º) Instrucciones de coordinación de los distintos Cuerpos dependientes de las Juntas Locales de Seguridad. Deberán cursarse a través de éstas, conforme al artículo 54 de la Ley Orgánica citada.

4.º) Instrucciones particulares en una investigación policial en marcha. Se realizarán en los términos del artículo 20 del Real Decreto y la Instrucción de esta Fiscalía, también citados.

5.º) Instrucciones particulares a las Unidades de Policía Judicial adscritas a las Fiscalías o a otra Unidad para la investigación concreta de un caso. Deberán impartirse a través del Jefe de la Unidad o a los funcionarios que practiquen la investigación.

No es necesario poner de relieve a los señores Fiscales que tanto la dirección de la investigación policial, como la delegación en ella de la práctica de diligencias concretas no puede representar ni que el Fiscal se convierta en un «Jefe» de la Policía, ni que aquella delegación constituya una autorización para la libre acción de la misma, de forma que el Fiscal pase a ser un mero homologador de las actuaciones policiales. Por ello, tanto en un caso como en otro, las instrucciones del Fiscal deben ser lo más precisas posibles, marcando los límites de la actuación y subrayando la titularidad del Ministerio Fiscal como director o promotor de la investigación, pero dejando siempre a salvo el contenido de los respectivos campos: a la Policía Judicial corresponde la actividad investigadora en el terreno, utilizando las técnicas de investigación científica y práctica en la que son expertos; al Fiscal la determinación jurídica de los elementos y extremos que pueden constituir fuentes y medios de prueba y los requisitos para su validez, formal y procesal, cuyo cumplimiento para la investigación policial deberá promover y hasta imponer.

No puede dejarse de reconocer que esa nueva forma de actuación del Fiscal planteará en la práctica problemas, tanto de concepción como operativos, pero esta Fiscalía confía en el celo y capacidad de los señores Fiscales para que vayan abordando y resolviendo tales problemas, hasta lograr que en un futuro próximo dicha forma de actuación se desarrolle fluidamente y sea asumida como normal por todos los afectados.

El artículo 786 reformado regula las atribuciones de la Policía Judicial en el ámbito de investigación de los delitos sometidos al proceso abreviado, en términos análogos a como lo hacía el derogado artículo del mismo número, por lo que no constituye ninguna novedad. La única modificación, intrascendente a los efectos que estamos examinando, es la sustitución en la regla 1.ª del antiguo término «ordenarán» por el de «requerirán», más apropiado para señalar las rela-

ciones de la Policía con los facultativos; y precisar en la regla tercera que el requerimiento a otros miembros policiales debe hacerse por el cauce jerárquico correspondiente, lo que ya estaba implícito en la anterior redacción.

Obvio es decir que todas las facultades que el artículo 786 concede a la Policía Judicial para su investigación, pueden ser utilizadas por el Ministerio Fiscal a través de las instrucciones u órdenes que a aquélla imparta.

2. La investigación del Fiscal

El otro medio de desarrollo de la investigación preprocesal, viene constituido por la investigación de que es titular y ejecutor el propio Fiscal.

Ante todo debe subrayarse la diferencia esencial entre esa investigación del Fiscal y la instrucción tradicional. Sólo el conocimiento superficial de los términos del problema o el equívoco deliberado para favorecer la propia argumentación puede llevar a hablar de la «instrucción por el Fiscal». No se trata, en efecto, de una sustitución del titular de la instrucción sumarial, cambiando al Juez por el Fiscal, sino de una sustitución del propio sumario como mecanismo de preparación del juicio oral, por una fase preprocesal de investigación cuyo fin es la concreción de si existen méritos para formular una acusación contra personas determinadas. Las diferencias son tanto de *sistema* —el sumario o instrucción judicial se encardina en el sistema mixto, la investigación del Fiscal es más bien propia del sistema acusatorio—; como la *finalidad* —el sumario tiene como fin determinar si existe un hecho delictivo y una persona que debe ser sometida a enjuiciamiento; la investigación si existen elementos para formular una acusación, cuyo fundamento debe examinar el Tribunal, antes de someter a enjuiciamiento al acusado—; como, en fin, de *naturaleza* —las diligencias sumariales, precisamente por estar realizadas por el Juez, tienden a ser tomadas como pruebas, y hasta como pruebas fundamentales, por el Tribunal juzgador; las diligencias de la investigación del Fiscal carecen en principio de valor probatorio y deben reproducirse con las garantías de la prueba en el juicio oral para que puedan ser alegadas y estimadas como tal prueba—. Sólo aceptando estos presupuestos puede formarse criterio sobre el valor funcional de la investigación por el Fiscal.

Ahora bien, el debate originado por los trabajos preparatorios de la reforma procesal no ha podido surtir el efecto esclarecedor propio de toda discusión doctrinal entre expertos, de un lado, porque la precipitación con que la reforma hubo de producirse, ante el impacto de la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988, y, de otro, el que la polémica trascendiera del marco puramente doctrinal desvirtuándose sus términos, ha sido causa de que la Ley 7/1988 haya optado por un esquema que se ha quedado a medio camino entre la conservación de la instrucción sumarial y del sistema mixto y el paso al sistema acusatorio con admisión de la investigación del Fiscal con todos sus efectos.

Resulta así que se ha admitido, de un lado, una investigación preprocesal del Fiscal, pero trunca y limitada, tanto en su contenido, pues ni aun con la autorización judicial podrá realizar por sí determinados actos investigadores (registros, interceptación de comunicaciones), que paradójicamente el Juez puede autorizar a la Policía; como en su culminación, pues el Fiscal debe cesar en su

investigación al tener noticias de la iniciación de una actuación judicial, independientemente de que haya o no terminado la misma. Y de otro, ha previsto una instrucción judicial, también atípica, por cuanto ya no tiene el sentido agotador de la averiguación y determinación indiciaria de la responsabilidad del acusado, propia del sumario, sino que se limita a reunir el material necesario para que las acusaciones puedan formular sus escritos acusatorios. Podríamos decir, figuradamente, que el Juez de Instrucción en el procedimiento ordinario, al instruir el sumario, trabaja para el Tribunal enjuiciador; mientras que en el procedimiento abreviado, al instruir las diligencias previas, lo hace para el Fiscal y las acusaciones.

Esa diferencia esencial se traduce en la posición del acusado en ambos procesos: en el ordinario, podrá pedir en el sumario y antes de su conclusión, la práctica de todas las diligencias que estime útiles a su descargo y a la averiguación de la verdad; en el abreviado, no se prevé tal posibilidad en las diligencias previas, que sólo se reconoce para el Ministerio Fiscal, cuando se considere ante la imposibilidad de formular acusación (artículo 790.2). La representación del acusado podrá proponer, es cierto, diligencias en la fase de previas, pero éstas, en principio, sólo serán acordadas por el Juez de Instrucción «cuando fueran necesarias para abrir el juicio oral, sin perjuicio de acordar, en su caso, que se practiquen durante las sesiones del mismo» (artículo 789.4), y, naturalmente, del derecho a proponer en el momento de formular su escrito de defensa (al igual que las acusaciones) diligencias de prueba anticipada (esto es, con los condicionamientos del artículo 448 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y que se recabe la remisión de documentos o se citen a peritos y testigos *para utilizarlos como prueba* en el juicio oral. Pero en este último supuesto la acusación está ya formalizada y no existen términos para que el acusado practique prueba que le evite su sumisión al enjuiciamiento. Veremos, luego, cómo esa parquedad del tratamiento de la posición del acusado, hace necesario acudir a fórmulas de interpretación extensiva para tutelar su derecho de defensa.

Así planteados los términos, quizá hubiera sido más favorable a los derechos del acusado el permitir una investigación más profunda y acabada del Fiscal, quien sujeto constitucionalmente al principio de imparcialidad, habría de llevar a cabo aquella «con plena objetividad e independencia», como nos impone el artículo 7 de nuestro Estatuto Orgánico, acopiando todos los elementos del juicio, tanto los que perjudican al acusado como los que le favorecieran. Y aunque evidentemente esa obligación de imparcialidad debe presidir la investigación preprocesal que aquél realice, la limitación de su contenido y la posibilidad de que deba ser concluida sin reunir todos los datos posibles, pueden enturbiar el logro de una investigación acabada no sólo en lo que perjudique, sino también en todo lo que favorezca al imputado.

a) *Las investigaciones del Ministerio Fiscal*

Prescindiendo de las facultades excepcionales que el apartado d) del artículo 18 bis.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, concede para ciertas investigaciones económicas de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión de la Droga, que tienen un ámbito específico y un contenido concreto, en estos mo-

mentos el Ministerio Fiscal dispone de dos fuentes reguladoras de su actividad investigadora: el artículo 5 del Estatuto y el artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La cuestión es si se trata de una misma clase de investigación, en la que el artículo 785 bis se limita a introducir ciertas precisiones, facultades y condicionamientos, o si se trata de dos tipos distintos de diligencias de investigación; e, incluso, si el artículo 5 ha sido derogado tácitamente (ya que no hay en la Ley Orgánica 7/1988 una derogación expresa de tal precepto) por el artículo 785 bis, de carácter posterior e integrada en una Ley Orgánica, con lo que sólo permite para el futuro esta nueva norma como reguladora de todas las investigaciones del Fiscal.

Esta última postura no parece correcta, por cuanto no sólo se da entre el artículo 5 del Estatuto y el artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la incompatibilidad que para las derogaciones tácitas exige el artículo 2.2 del Código civil, sino que, por el contrario, cada uno de esos preceptos tiene un ámbito propio y específico. En efecto, mientras el artículo 785 bis tiene su ámbito en el terreno del proceso abreviado y los delitos a él sometidos, como lo demuestra el que en el último inciso de su punto 1 se dice que «instará del Juez de Instrucción la incoación de las *diligencias previas*»; el artículo 5 extiende su ámbito a todo el ordenamiento penal, incluidos los delitos que deben someterse al procedimiento ordinario y las faltas.

Existen además ciertas diferencias entre uno y otro tipo de regulación que afectan tanto a la *facultad de iniciación* —en el artículo 5 sólo cuando reciba denuncias (aunque, por supuesto, también atestados, en cuanto a efectos legales se consideran denuncias, conforme al artículo 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); mientras que en el 785 bis se extiende también a la adquisición de la «notitia criminis» por otros medios y a la iniciación de oficio («directamente»)—; a las *potestades* —en cuanto al artículo 785 bis le concede la facultad de hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la citación judicial—; y al *efecto* de las diligencias practicadas bajo su dirección, que según el artículo 5 tienen presunción de autenticidad, punto éste que silencia el artículo 785 bis.

Aceptada la compatibilidad y coexistencia de esos dos preceptos, aquellas diferencias plantean la cuestión de si estamos ante dos clases de investigación distintas, cada una con ámbito propio y condiciones específicas; o si se trata de una misma investigación, contemplada en dos textos legales que se complementan. De aceptarse esta última posición como más correcta, resultaría que el artículo 785 bis completa el artículo 5 en los puntos que éste hasta ahora silenciaba y aquél contempla, y viceversa. Esta solución parece la más congruente, pues siendo el Fiscal único, único debe ser su modo de actuación y a nada conduciría el tratar de considerar las investigaciones del artículo 5 y las del artículo 785 bis como de distinta naturaleza, cuando ante la ausencia de una norma que imponga al Fiscal elegir una concreta de ambas en cada caso, podría optar por la más conveniente y hasta transformar una en otra si lo estimara oportuno.

Ciertamente esa facultad de investigación que se concede al Fiscal carece en la práctica de las condiciones necesarias para ser ejercida con toda efectividad y hasta sus últimas consecuencias. En estos momentos el Ministerio Fiscal está en crisis de desarrollo, carece de las dotaciones personales y materiales suficientes, tiene pendiente un despliegue en los órganos judiciales del territorio que le

permita una mayor inmediatitud en su actuación, carece de un presupuesto para atender a los gastos que una investigación ágil y en profundidad exige (honorarios de peritos, indemnizaciones a testigos, desplazamientos, obtención de reproducciones gráficas del lugar de los hechos, etc.), y no se le han adscrito todavía unidades de Policial Judicial de dependencia directa de las Fiscalías, como exigiría un desarrollo congruente del artículo 126 de la Constitución y la máxima operatividad de aquella función investigadora.

Ahora bien, de un lado, el germen está ahí, y a los Fiscales corresponde con su esfuerzo y dotes de improvisación hacerlo fructificar y sentar las bases de un desarrollo ulterior que permita exigir la dotación de todos los elementos necesarios para cumplirlo, sin que la pasividad y la desidia proporcionen argumentos en favor de mantener la actual pasividad y estado de cosas. De otra parte, una adecuada labor investigadora, con una hábil selección de los casos en que se centre, permitirá desbrozar la andadura procesal de muchos asuntos, compensando con el ahorro de un trabajo procesal futuro el esfuerzo inicial que la investigación representa y, sobre todo, contribuyendo a la facilitación y simplificación del procedimiento judicial, como nos impone el legislador en el artículo 781 del nuevo proceso.

En todo caso es aconsejable que en tanto las disponibilidades de las Fiscalías no permitan una actividad de investigación más intensa, las diligencias que conforme al artículo 5 del Estatuto o al 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal inician, se centren en determinar sucintamente si se dan en los hechos conocidos, denunciados u objeto del atestado policial, los mínimos elementos para presumir la existencia de un delito, complementando la investigación en fase policial. Otra cosa debe ser cuando se trate de casos excepcionales en que entren en juego intereses públicos y sociales, que al Ministerio Fiscal cumple promover, en cuyo caso las energías del Fiscal deben centrarse en una investigación lo más agotadora posible del asunto.

b) *Iniciación de las diligencias*

En cuanto a la iniciación de las diligencias, éstas tienen una triple fuente: «ex officio», por presentación de una denuncia o por recepción de un atestado.

a) La «notitia criminis» debe diligenciarse por el Fiscal en el Decreto de apertura, si iniciare de oficio las diligencias. Es este punto de gran trascendencia para la actuación de un Fiscal vigilante, inmerso en su entorno social y defensor del interés público. La existencia de preocupaciones de los ciudadanos, expresadas por los medios de comunicación social o conocidas por los contactos del Fiscal con su entorno, sobre la existencia de hechos difusos o mal conocidos que pudieron ser constitutivos de delitos y aun de delitos graves —delitos sociales, fraudes, delitos ecológicos, etc.— debe ser compartida por el Fiscal. Ciertamente, éste no debe precipitarse a provocar la iniciación de un proceso penal sin suficientes elementos de juicio y sólo por noticias o referencias cuya exactitud no ha contrastado. Pero por lo mismo tiene en la investigación preprocesal un instrumento útil para depurar la realidad y auténtica trascendencia delictiva de tales hechos, instrumento que no debe vacilar en utilizar, pues a la opinión pública tanto tranquiliza el desmentido, tras una investigación imparcial de sus temores o sospe-

chas, como el conocimiento de que como consecuencia de tal investigación se ha ejercitado una acción penal, iniciándose un procedimiento judicial.

b') En cuanto a las denuncias, de recibirse por escrito deben ser ratificadas por el denunciante, especialmente cuando alegue ser víctima o perjudicado por el delito, en cuyo caso la diligencia de ratificación debe convertirse en declaración que aporte los datos que el denunciante posea sobre el hecho denunciado.

c') Por último, sorprende, en principio, la referencia del artículo 785 bis a la presentación de atestados, en cuanto el artículo 789 dispone que la Policía Judicial hará entrega de los atestados al Juez competente. Sin embargo, el artículo 785 bis es congruente con la normativa policial, en especial el artículo 4 del Real Decreto 769/1987, de la Policía Judicial, cuando dispone: «Todos los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (...) dando cuenta a la autoridad judicial o Fiscal directamente o a través de las unidades Orgánicas de la Policía Judicial.» Y desde luego la Policía Judicial deberá entregar al Fiscal los atestados y diligencias que instruya a su instancia, sea por habérselas ordenado aquél en virtud de la facultad que le concede el número 4 del artículo 4 del Estatuto, sea por serles encomendada su ejecución por delegación en el curso de una investigación por el Fiscal, ya que del cumplimiento de la orden y de su resultado deberá darse cuenta a quien la impartió.

El acuerdo de apertura deberá adoptar la forma de «Decreto», que es la modalidad usual para reflejar las decisiones internas del Fiscal. Igual forma adoptarán los sucesivos acuerdos de ordenación y práctica de diligencias tomados en el curso de la investigación.

c) Contenido

Del texto del artículo 785 bis («aquellas diligencias que estime precedentes»), dedúcese que el Fiscal puede acordar cualquier clase de diligencia, documental, personal, pericial o real, que estime útil a los fines de la investigación, con las solas limitaciones siguientes:

1.º) No puede acordar ninguna diligencia o medida que suponga limitación o restricción de derechos, salvo la detención. Esta será, por supuesto, la prevista para cualquier tipo de autoridad no judicial en el artículo 17.2 de la Constitución y deberá observarse el plazo de 72 horas en aquél establecido, dentro del que deberá procederse a la liberación del detenido o a ponerlo a disposición judicial. El plazo de 72 horas es único, de modo que si ha existido una previa detención policial, la duración de ésta deberá tenerse en cuenta, junto con el período de detención por orden del Fiscal, para el cómputo de tal plazo.

Cuando se trate de diligencias o medidas que representen la invasión de un derecho fundamental, o cualquiera otra reservada al Juez, de las que luego se reseñarán, el Fiscal no podrá realizarlas sin autorización judicial. Dos vías tiene para obtenerla: o bien acudir al Juez, pidiendo la apertura de unas diligencias, para ejecutar dentro de ella la actuación que se considera necesaria, que deberán ser previas cuando disponga ya de información suficiente para poder afirmar la existencia de un delito; pero que podrán ser indeterminadas si no posee tal información, de modo que así pueda delimitar el hecho, ni su eventual carácter delictivo. También podrá el Fiscal cuando se trate de meras sospechas cuyo fundamento

se trate de esclarecer y las diligencias a practicar son de las que la ley autoriza a realizar a la policía con propia autoridad (artículo 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por ejemplo) acudir a la Policía Judicial interesándole su ejecución.

2.º) Las diligencias practicadas carecerán de valor probatorio. A estos efectos y aunque no haya faltado quien pretenda dar valor probatorio a las diligencias de la investigación del Fiscal, amparándose en la norma del artículo 785 bis 3 que impone a la mismas «las mismas garantías señaladas en esta ley para la prestada ante el Juez o Tribunal», es lo cierto que, de un lado, el Fiscal no asume una función jurisdiccional, como la del Juez, y, de otro, la ley se refiere a las «garantías» no a las «formalidades» y «efectos», limitándose, por ello, a recordar que también en esta fase preprocesal los derechos de los ciudadanos y de las partes deben ser observados.

La actividad investigadora del Fiscal no se dirige, pues, a producir pruebas, sino a localizar y asegurar las fuentes de prueba. Si en algún caso se entiende, por el riesgo de que no pueda reproducirse en el futuro, que debe acudirse a la práctica de una prueba anticipada, habrán de observarse las formalidades propias de tal prueba, esto es, acudir a la autoridad judicial y practicarla en su presencia, en forma contradictoria y dando intervención en ella al imputado, si en aquel momento fuere conocido. Naturalmente, tal solicitud implica en principio la apertura de un procedimiento judicial y la necesidad de continuar la investigación dentro de las diligencias previas correspondientes.

Resumiendo, podríamos decir que el elenco de las diligencias o actuaciones que el Fiscal puede realizar en su investigación viene acotado en forma negativa: *el Fiscal podrá practicar como actos de investigación todas aquellas actuaciones que la Constitución o la ley no reserve expresamente a la Autoridad Judicial*. Como actos reservados a los Jueces podríamos enumerar los siguientes:

1.º) La adopción de la prisión provisional (artículo 17.2 de la Constitución Española), con o sin fianza.

2.º) La adopción de otras medidas cautelares personales, como retirada de pasaporte, permiso de conducción, etc. [artículo 784.8 c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal].

3.º) La adopción de medidas cautelares reales (embargos, fianzas, secuestro de vehículos, intervención del permiso de circulación, etc.). Sin embargo, habrán de tenerse en cuenta los apartados a) y c) de la regla 2.ª del artículo 786, que autoriza a la Policía Judicial (la que podrá actuar por delegación del Fiscal al respecto) a secuestrar los efectos que se encuentren en el lugar del delito o a la intervención del vehículo y documentos mencionados en el apartado c), regla 8.ª del artículo 785, aunque sólo provisionalmente y para su inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial.

4.º) Las resoluciones limitativas de derechos fundamentales, como son los registros personales y reales y la entrada en lugar cerrado (artículos 18.2 de la Constitución Española y 545 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con las excepciones de los artículos 551 y 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); la «intervención de comunicaciones» (artículos 18.3 de la Constitución Española y 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); «secuestro de publicaciones» (artículo 20.5 de la Constitución Española), y suspensión y disolución de asociaciones (artículo 22.4 de la Constitución Española).

5.º) La producción de prueba anticipada o preconstituida (artículos 448 y 790.5, párrafo 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

d) *Los aspectos formales de las diligencias de investigación del Fiscal*

En cuanto a la forma de los actos, deberán observarse en ellos las garantías legales, en especial en el interrogatorio del imputado, al que habrá de informársele de los derechos que le concede el artículo 24 de la Constitución y que deberá hacerse en presencia de un Letrado (artículo 785.1), para lo cual el artículo 785.5 prevé que los Colegios de Abogados remitirán una copia de la lista de colegiados ejercientes del turno de oficio al Fiscal, lista que los señores Fiscales deberán, en otro caso, reclamar. No dispone nada la ley sobre lo que debe hacer el Fiscal si el Decano de los Colegios de Abogados no hace la designación requerida, tal vez porque al reiterarse la norma homóloga del procedimiento de urgencia se corrigió el primer inciso, para incluir al Fiscal, olvidando hacer lo propio con el segundo. Pero como el Fiscal no puede privar de la asistencia Letrada al imputado, habrá que entender que de tener que oírlo en las diligencias y de no ser atendida por el Decano su solicitud de designación, habrá de designarlo él mismo en forma paralela a la establecida para Presidentes y Jueces.

Los testigos que hayan de declarar serán exhortados a decir verdad, pero no se les exigirá juramento o promesa de ello. Su deposición no constituye un testimonio o prueba testifical, sino una simple vía de información, por lo que su obligación de decir verdad deriva de su condición de ciudadano que ha de colaborar con la Justicia, pero no de su condición de testigo. Por ello, si faltan a aquella obligación, no incurrir en delito de falso testimonio.

En las diligencias no intervendrá ningún funcionario actuando como Secretario que dé fe de ellas. Ni las Fiscalías disponen de Secretario Judicial, depositario de la fe pública, ni las diligencias de la investigación del Fiscal precisan de ese aval, pues no han de hacer prueba. Pero sí hay que recordar que conforme al artículo 5 del Estatuto, que como más arriba se razonó complementa el artículo 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de presunción de autenticidad. Presunción de autenticidad que se funda en el hecho que el Fiscal obra bajo los principios de legalidad e imparcialidad, por lo que su actuación se presume ajustada a la ley y realizada objetivamente. Pero ello exige que la diligencia para gozar de tal presunción sea practicada bien por el propio Fiscal, bien bajo su dirección y *en su presencia*. Extremo este último que aunque no se exige expresamente en el texto legal, se infiere del propio fundamento de la presunción antes expuesto.

La presunción de autenticidad del artículo 5 habrá de ser interpretada en sus propios términos. De un lado, se tratará siempre de una presunción «*iuris tantum*». De otro, lo que quiere decir tal presunción es que la diligencia goza del beneficio de la verdad formal, esto es, de hacer fe de que la diligencia efectivamente se realizó y que su resultado es el que consta reflejado documentalmente, pero no hace fe de la verdad material, esto es, no obliga a que se tenga que tomar necesariamente como cierto su contenido, haciendo prueba plena. El valor del contenido material de la diligencia, como pueden ser los términos en que

se expresaron los testigos o las conclusiones de un dictamen pericial, queda siempre sometido a la apreciación judicial.

Para lo que sirve además esa presunción de autenticidad es para hacer innecesaria la ratificación de las diligencias ante el Juez Instructor. Este debe tenerlas en cuenta para valorar los fundamentos que el Fiscal posee para formular su acusación en el trámite previsto en el artículo 790.6, sin necesidad de una reiteración más burocrática y dilatoria de las mismas. Es evidente que si según el artículo 789.3, el Juez debe practicar por sí diligencias sólo en el caso de que las practicadas en el atestado no fueren suficientes para formular acusación, con mayor razón deberá abstenerse de duplicar tales diligencias si a tal fin, son suficientes las de la investigación del Fiscal. Todo ello sin perjuicio de que para probar tal acusación ante el Juez de lo Penal o Tribunal el Fiscal no pueda invocarlas como prueba, sino que ha de practicarse enteramente ésta en el juicio oral, salvo aquellas irrepetibles (reconocimientos oculares, «test» de alcoholemia, etc.) en las que la práctica probatoria deberá consistir en que la persona que ha recogido la prueba o practicado la pericia se ratifique en juicio de las apreciaciones obtenidas, la veracidad de los documentos gráficos obtenidos o las conclusiones de su dictamen.

Las diligencias investigadoras se encuentran, por ello, en una posición intermedia entre el simple atestado policial y la propia investigación judicial. Trascienden el carácter de mera denuncia y aun de declaración testifical, que el artículo 297 concede a los atestados; participan del valor informativo para la fundamentación de la acusación, a efectos de acordarse el pase al enjuiciamiento que es propio de la instrucción judicial; pero carecen del valor probatorio de las diligencias practicadas de forma contradictoria ante el Juez de Instrucción.

e) Otras cuestiones procedimentales dentro de las diligencias de investigación

En la tramitación de las diligencias informativas pueden plantearse algunas cuestiones que es preciso esclarecer:

a) En orden a las potestades del Fiscal respecto a citación de personas para declarar como testigos o imputados, el artículo 785 bis se le concede «en los términos establecidos en esta ley para la citación judicial». Ello representa atribuir al Fiscal las mismas facultades que al Juez para efectuar citaciones, imponiéndole los mismos deberes formales. Para llenar esta remisión habrá que acudir a los artículos 410 y siguientes respecto a las personas obligadas a comparecer y al 166 y siguientes en orden a las formalidades y consecuencias de las citaciones, en especial el 175 para la forma de la cédula de citación (incluidas las prevenciones de su número 5) y el 176 respecto al modo de proceder si el citado no comparece. Este último punto es el más conflictivo en cuanto representa extender al Fiscal las facultades sancionadoras del Juez, en orden a la imposición de multas, y dar al artículo 372, párrafo 2.º, que sanciona el delito de denegación de auxilio (que es el que propiamente comete el testigo que no comparece a la segunda citación) una interpretación extensiva o una extensión del tipo por disposición extrapenal, al incluir en el mismo al lado del «Tribunal», al «Ministerio Fiscal». Téngase en cuenta, sin embargo, que ya la Ley de Enjuiciamiento Criminal lleva a cabo en el artículo 175.5 esa extensión del elemento objetivo del tipo,

al extenderlo a las incomparencias, a las citaciones hechas por «Jueces», cuando el 372 sólo habla de «Tribunal», con lo que el 785 bis, precepto de la misma ley procesal, no hace más que reproducir la técnica extensiva, no muy ortodoxa, del artículo 175.5.

Hay que recordar, sin embargo, que la facultad de citación, aunque sin una apoyatura y precisión tan clara en orden a la forma y efectos de la misma, la tenía ya el Fiscal, pues el artículo 4.4 del E.O.M.F. que permitía dar las órdenes que estimara procedentes a la Policía Judicial. Y, estando permitido a ésta citar y tomar declaraciones, el Fiscal podrá utilizar a tal fin a la propia Policía, sin perjuicio de que no podrá negársele al Fiscal, lo que a la Policía está permitido. De hecho, así han venido funcionando las diligencias del artículo 5 del Estatuto en aquellas Fiscalías que han hecho uso de ellas.

En orden a la citación de imputados habrá de estarse a los artículos 486 y 487 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incluso con la prevención de este último de que el incumplimiento de la orden de comparecencia podrá convertirse en orden de detención, detención que sí entra, como dijimos, en las facultades del Fiscal.

b) Respecto a testigos que residan fuera del territorio que corresponda a la Fiscalía y, en general, para la práctica de diligencias en otro territorio, los señores Fiscales acudirán directamente al auxilio del titular de la Fiscalía a que tal territorio pertenece. Quiere esto decir que esta Fiscalía General del Estado estima innecesario y contrario al espíritu de economía procesal y simplificación del procedimiento el que los señores Fiscales acudan a ella para por su conducto obtener el auxilio de otro órgano Fiscal, ordenando expresamente a todos los Fiscales se presten entre sí el auxilio necesario para la práctica de las diligencias que otras Fiscalías les soliciten.

La solicitud ha de hacerse en forma cortés, pero acudiendo a cualquier medio de comunicación, incluso el telefónico, y proporcionando a aquel de quien se pide la práctica de la diligencia los elementos de juicio necesarios para cumplimentar lo pedido con eficacia y conocimiento de causa.

c) La competencia para realizar la investigación viene dada al Fiscal por la competencia de los órganos jurisdiccionales ante los que está legitimado para actuar, respecto al conocimiento del hecho objeto de aquélla. Sin embargo, cuando el hecho sea complejo y se haya cometido en el territorio de más de una Fiscalía, comenzará la investigación el primero de los Fiscales que tuviere noticia del mismo o ante quien el hecho fuere denunciado, sin perjuicio de que una vez conozca la extensión del hecho a otros territorios o la existencia de delitos conexos cometido en otros lugares no pertenecientes a su ámbito competencial territorial, lo comunique a esta Fiscalía General del Estado, con exposición sucinta de los hechos y de su criterio sobre a qué órgano jurisdiccional puede en su día corresponder la competencia para conocer de la causa, si ésta se inicia, a fin de que el Fiscal General del Estado pueda hacer uso, de ser preciso, de las facultades que le conceden los artículos 20 y 26 del Estatuto Orgánico. Ello sin perjuicio de continuar con la investigación y de interesar los auxilios necesarios de los órganos fiscales de los territorios a que el hecho investigado se extienda.

Hace referencia lo anterior a un extremo sobre el que es conveniente detenerse. La investigación del Fiscal, por la propia naturaleza de sus órganos, que han de obrar bajo el principio de unidad de actuación y son fungibles, en el sentido

de que el cambio de un funcionario Fiscal como director de una investigación no afecta a la validez de los actos realizados, permite un planteamiento más eficaz de las investigaciones que afectan a hechos de gran complejidad o cometidos en distintas zonas del territorio nacional, o en territorio nacional y en el extranjero. En primer lugar, para la dirección de investigaciones especialmente complejas existen mecanismos en el Estatuto para elegir al funcionario más capaz o con especialidad en ese tipo de hechos, mientras que en la investigación judicial la necesidad de cumplir con el principio del Juez predeterminado por la ley obliga a entregar la investigación, por ardua que sea, al Juzgado competente por razón del lugar, aunque la titularidad esté vacante o desempeñada por un sustituto no profesional. Y en los casos de hechos que se hayan desenvuelto en varios lugares, puede ocurrir que la investigación judicial se fraccione y un proceder sistemático se vea entorpecido por las decisiones singulares de cada Juez independiente, fallando, por ello, la necesaria congruencia. Congruencia que sí puede darle el Fiscal, incluso acudiendo al auxilio internacional de sus homólogos de otros países, o prestando a los mismos, en los supuestos de manifestaciones de delincuencia internacional, el auxilio que los Convenios Internacionales prevén, con la singularidad de que en muchos de ellos expresamente se pacta que la expresión «autoridad judicial», que se utiliza en su texto, se entiende referida al «Ministerio Fiscal».

d) Cuando al serle presentada una denuncia o atestado o en el curso de una investigación comenzada, el Fiscal ante quien se presenten aquéllos o que está llevando ésta, compruebe que ninguno de los órganos judiciales de su territorio puede tener, por razón de lo prevenido en los artículos 14, 15 y 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (y eventualmente el 14 para los Jueces Centrales y la Audiencia Nacional) competencia para conocer de los hechos objeto de la denuncia o de la investigación, procederá a remitir las actuaciones al Fiscal legitimado para actuar ante el Órgano que estime competente. Este, de discrepar del criterio del Fiscal remitente, tanto por estimar la competencia del mismo, como por entender corresponde a una tercera Fiscalía, acudirá al Superior Jerárquico común, que decidirá la Fiscalía a quien compete hacerse cargo de la investigación. Las diligencias en ella practicadas deben entenderse como útiles y no necesitan ser reiteradas.

f) *La conclusión de las diligencias*

Las diligencias de investigación del Fiscal concluirán con una resolución, en forma de Decreto, que adopte cualquiera de estas tres decisiones:

1.^a) Archivo, por no haberse confirmado las apariencias de delito (artículo 785 bis).

2.^a) Presentación al Juez de Instrucción para que incoe las diligencias previas para continuar la investigación judicialmente, precisando las diligencias a practicar en ellas (artículo 789.3) o pidiendo concluya sin más las mismas, por entender existen méritos suficientes para resolver sobre el ejercicio de la acción penal (artículo 781).

3.^a) Cesación de las diligencias por tener conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos, señalándose en el Derecho el carácter incompleto de aquéllas, las diligencias ya acordadas y pendientes de

ejecución y las que se estime preciso practicar en el procedimiento judicial, para poder fundamentar la acusación.

La conclusión de la investigación del Fiscal plantea varias cuestiones:

a) Aunque el artículo 785 bis sólo prevé la comunicación al denunciante de la primera de estas decisiones (el archivo) «a quien hubiera alegado ser perjudicado u ofendido», por imposición de lo dispuesto en el artículo 5, los señores Fiscales deben también comunicar al denunciante y/o al perjudicado o denunciante cuya queja o denuncia se estima improcedente, la posibilidad de reiterarla ante el Juez competente (lo que debe hacerse constar expresamente en la comunicación). Mientras la primera comunicación la suprime expresamente la ley, la segunda encuentra su fundamento en la aplicación del principio de publicidad que debe regir, en lo que la ley no determine lo contrario, la actuación del Ministerio Público.

La comunicación podrá hacerse mediante oficio dirigido al destinatario de la misma o por información oral con ocasión de una comparecencia de aquél en la Fiscalía, lo que deberá quedar debidamente diligenciado en las actuaciones de la investigación.

b) La cesación en la investigación tan pronto como el Fiscal tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos, presenta también aspectos que deben ser esclarecidos.

El primero de ellos es qué debe entenderse por «conocimiento». Parece que en términos procesales —que son obviamente los que expresa un precepto como el 785 bis, inscrito dentro de un procedimiento regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal—, ese conocimiento no debe ser otro que el conocimiento formal de la existencia de las actuaciones a través de una comunicación del Juez o con motivo de una notificación judicial. Lo primero será lo usual, pues los Jueces vienen obligados a dar parte a los Fiscales de la formación de sumarios (artículo 308 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y a darles cuenta de la incoación de diligencias previas (artículo 789.3), en ambos casos con expresión de los hechos que motivan la actuación judicial. Extremo éste cuya omisión en los partes no deben consentir los señores Fiscales, exigiendo el estricto cumplimiento de la ley a este respecto, como único medio de poder valorar la concordancia de los hechos con los que sean objeto de sus investigaciones, siendo responsabilidad de los Jueces si, por su negligencia en cumplir la norma, se producen actuaciones paralelas que la ley pretende evitar.

El otro medio de conocimiento se producirá cuando el Fiscal, que no ha podido adquirir conocimiento del hecho objeto de la actuación judicial por los partes de incoación, toma noticia del mismo al personarse en la causa en curso, bien por notificación previa de alguna actuación o por citación del Juez para concurrir a alguna diligencia bien a iniciativa propia. Si comprobara entonces la concordancia de los hechos de la causa con los que son objeto de una investigación por parte de la Fiscalía, tomará nota de los mismos y lo comunicará al Fiscal Jefe, para que éste adopte el Decreto de cesación de la investigación.

c) Los procedimientos judiciales que deben dar lugar a la cesación de la investigación del Fiscal, deben ser los de carácter penal, ya que de una investigación penal se trata y el artículo 785 bis se incardina en un proceso de tal carácter. Quiere ello decir que ni la existencia de pleitos civiles sobre los hechos, ni la incoación de unas diligencias indeterminadas judiciales, que por su propia natura-

leza indeterminada ni constituye un procedimiento ni pertenece a orden jurisdiccional concreto, deben impedir la investigación penal del Fiscal.

Cuestión distinta se presenta si, habiendo el Fiscal iniciado una investigación se abre judicialmente un juicio de faltas por el mismo hecho o por otros que por su conexión entren en la competencia del Juez de lo Penal (conforme al artículo 14.3) junto con el hecho delictivo investigado. En tal caso la investigación por delito tiene primacía sobre la persecución de la falta, por lo que el Fiscal debe acudir al Juez de Instrucción, presentándole sus diligencias investigadoras e interesando que proceda a la apertura de unas diligencias previas y a reclamar el juicio de faltas para su incorporación a las mismas.

d) La cesación de la investigación debe acordarse sin tardanza («tan pronto tenga conocimiento», dice la ley).

Es éste un extremo que debe ser interpretado en forma lógica (en relación con la racionalidad de la ley) y teleológica (buscando cumplir con la finalidad de la ley) de forma que no se produzca un automatismo de la conclusión que perturbe los actos ya acordados y desnaturalice la investigación en curso, lo que podría provocar fraudes de ley acudiendo a procedimientos torticeros. Por ello, y en primer lugar, el Fiscal, al tiempo que presenta las actuaciones en el Juzgado competente (que puede ser el que siga el procedimiento judicial u otro en algunos casos) pedirá la práctica de todas aquellas diligencias que proyectase realizar en el curso de su investigación.

Respecto a las ya acordadas y en curso de ejecución procederá de modo racional, por lo que si estuviere practicando alguna diligencia al tener noticia de la existencia del procedimiento judicial, la culminará, sin perjuicio de la conclusión de las investigaciones. Si esa culminación es inmediata se procederá a la misma antes de presentar las actuaciones al Juez de Instrucción. Si por la naturaleza de la diligencia, haberse delegado su cumplimiento en la Policía o haberse interesado su ejecución a otra Fiscalía, se prevé no podrá ser terminada de inmediato, se comunicará al Juez al presentarle las actuaciones de la investigación, la existencia de la diligencia en trámite de ejecución, cuyo resultado será presentado tan pronto termine.

e) Por último, la cesación de las diligencias de investigación plantea la cuestión de si el Fiscal, en curso un procedimiento judicial, puede o no practicar u ordenar a la Policía Judicial que practique algún género de diligencia de investigación o aportación de fuentes de prueba. La respuesta a esa cuestión ha de ser que el Fiscal no podrá iniciar una nueva investigación general sobre el hecho, pero sí proceder a la práctica extrajudicial de diligencias concretas, puesto que de las propias leyes, tanto las generales sobre las atribuciones del Fiscal, como las que regulan el procedimiento abreviado, se infiere tal facultad. Así, de un lado, el número 5 del artículo 3 del Estatuto Orgánico, le permite intervenir en el proceso penal instando la práctica de diligencias «encaminadas al esclarecimiento de los hechos» tanto de la autoridad judicial, como de la Policía Judicial a la que puede ordenar «aquellas otras que estime oportunas». De otro, y ya en el propio proceso abreviado, el artículo 781.2 establece que «en el ámbito de este procedimiento (esto es, de un procedimiento judicial en curso por delitos sometidos al procedimiento abreviado) corresponde al Ministerio Fiscal (...) aportando los medios de prueba de que pueda disponer...»; aportación que contempla también el artículo 792.1, párrafo 2.º Es evidente que el Fiscal para poder apor-

tar esas pruebas ha de obtenerlas previamente y que para ello ha de recurrir a algún mecanismo de averiguación y obtención de las mismas, mecanismo que no puede ser otro que su propia actividad o el auxilio de la Policía Judicial, que constitucional y legalmente de él depende.

Es de notar también que la prohibición de una investigación subsidiaria y paralela a la judicial no se predica de las demás partes, que podrán realizar investigaciones propias al no existir prohibición legal, lo que, por el principio de igualdad de las partes, tampoco puede estar vedado al Fiscal.

f) La conclusión de las diligencias previas por archivo o sobreseimiento (salvo que éste sea el libre del número 2 del artículo 637), también autorizará al Fiscal el iniciar una investigación para obtener nuevos elementos de juicio que le permitan interesar la reapertura del procedimiento judicial. Hay que entender que al archivarse o sobreseerse el proceso cesa o se suspende su «existencia» como tal proceso en curso y con ello el impedimento para la función investigadora del Fiscal. Esta puede ser de especial utilidad en los casos en que el Juez de Instrucción acuerde el sobreseimiento del número 2 del artículo 641, por entender que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado por el Fiscal (artículo 790.6, párrafo 1.º) en cuyo caso este último podrá abrir una investigación para obtener nuevos indicios o reforzar los existentes, de modo que pueda solicitarse la reapertura del procedimiento con éxito.

g) En cumplimiento de la función encomendada al Fiscal en el artículo 781 de promover la impulsión y simplificación del procedimiento, cuando la investigación se concluya por entenderse suficientemente comprobado el hecho y reunidos los elementos de la acusación y en ella se haya oído al imputado, quien, previamente informado de sus derechos y asistido de su Abogado, haya reconocido los hechos objeto de la acusación, se procurará obtener su adhesión, junto con la de su Letrado, a que el proceso se tramite en la forma abreviada prevista en el artículo 789.5, quinta. De prestarse tal consentimiento, el Fiscal, al presentar en el Juzgado las actuaciones de la investigación, acompañará a las mismas un acta donde conste tal reconocimiento de hechos y solicitud de remisión de las actuaciones al Juez de lo Penal para que convoque inmediatamente a juicio oral; interesando expresamente se haga así, sin perjuicio de que el Juez de Instrucción, antes de acordarlo, exija del acusado y su Abogado la ratificación en su presencia de la petición de que se produzca tal remisión.

V. ANALISIS DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

El proceso penal *abreviado* no rompe del todo con los antecedentes de la Ley 3/1967, del procedimiento de urgencia, y la Ley Orgánica 10/1980, del proceso oral por delitos dolosos menos graves y flagrantes. Del primero mantiene la mayor parte de las normas y especificidades referentes a los delitos de tráfico y del segundo toma aspectos importantes como la posibilidad de dictar sentencia «in voce» o de deferir a otro momento la determinación de las indemnizaciones con fundamento en las bases fijadas en los escritos de acusación o la sentencia.

Como características propias de este proceso podríamos señalar:

a) *Celeridad*, que se traduce, sobre todo, en la ya citada posibilidad de prescindir de la instrucción judicial, remitiendo las actuaciones preprocesales (atesta-

dos policiales o investigación del Fiscal) directamente al Juez de lo Penal reconocido el hecho y así lo interese, junto con el Fiscal (artículo 789.5, 5.ª). Igualmente el régimen de comunicaciones que se practicarán por el medio más rápido (artículo 784.2); el del auxilio judicial que debe realizarse entendiéndose directamente el Juez con el Juez, Tribunal, Autoridad o funcionario encargado de prestarlo (artículo 784.1); el traslado de la fase intermedia del Tribunal al Juez de Instrucción, con evitación de las retardatarias revocaciones; y el propio sistema de recursos, en el que el de apelación queda muy reducido, sustituyéndose por el de queja, que carece de efectos suspensivos, son notas inspiradas en ese propósito de celeridad.

b) Recuperación del principio de separación de los órganos instructor y decisor, impuesto por la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988.

c) Acentuación del principio acusatorio, tanto por las facultades de investigación reconocidas al Ministerio Fiscal en la fase preprocesal, como por el fin dado a la instrucción judicial de recopilar los elementos fundamentadores de la acusación y sobre todo por la incorporación de la más reciente doctrina constitucional sobre vinculación del Tribunal sentenciador a la acusación, al no poder aquél imponer pena que exceda de la más grave de la pedida por las acusaciones, ni condenar por delito distinto, cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación esencial del hecho enjuiciado (artículo 794.3).

d) Promoción de las soluciones consensuadas que pacifican el proceso, como ya hemos analizado.

Tras exponer brevemente los caracteres esenciales del procedimiento abreviado y de analizar con mayor detalle los puntos fundamentales en que la intervención del Fiscal está más comprometida, parece conveniente pasar a examinar las distintas fases del procedimiento, tratando de abordar los problemas interpretativos que sus preceptos presentan:

1. Fase de instrucción

No contiene el procedimiento una regulación separada de la fase de instrucción, sino que entremezcla en el Capítulo 1.º, bajo la rúbrica de «disposiciones generales», normas referentes a la competencia, a la actuación preprocesal de la Policía y el Ministerio Fiscal, al modo de proceder los Jueces y formalidades legales (artículo 784), junto a reglas propiamente instructoras o dirigidas a la comprobación del delito y la culpabilidad del presunto reo, adopción de medidas cautelares, etc.

La mayor parte de esas reglas son pura reproducción de las ya contenidas en la antigua normativa del procedimiento de urgencia, con muy ligeros retoques, contempladas en gran parte con vistas a abordar los delitos de tráfico (que constituían la preocupación de los años sesenta), delitos que de convertirse en ley el actual Proyecto de Reforma del Código penal, en tramitación en las Cortes, perderán el peso específico que hoy tienen en los procesos penales.

En razón de esa reproducción de aquellas normas conservan en gran parte vigencia las Circulares de esta Fiscalía números 5 y 6 de 1967, sobre la Reforma de 1967, sobradamente conocidas por los señores Fiscales, que tienen ya una experiencia de años en su aplicación. Por ello, nos limitaremos a destacar las leves

variantes introducidas en aquellas normas por la Ley Orgánica 7/1988, tratando de profundizar en cambio en las otras fases del procedimiento, en que las novedades son más trascendentales.

a) *Naturaleza y contenido de las diligencias previas*

Las actuaciones judiciales relativas a los delitos comprendidos en este procedimiento se registrarán como *previas*, dice el artículo 789.2. Sin embargo, y pese a que la inercia de la utilización de los preceptos preexistentes llega a reproducir textos casi íntegros de la legislación derogada y, en este caso, se reiteren los términos en que el antiguo 789 definía la finalidad («encaminadas») y el contenido («determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el procedimiento aplicable») sustituido este último ahora por «el órgano competente para el enjuiciamiento»), tanto de los otros párrafos del actual artículo 789, como de los propios términos de la definición del contenido resulta *un evidente cambio de naturaleza* entre las diligencias previas del antiguo procedimiento de urgencia y las del actual procedimiento abreviado, punto este que no debe pasar desapercibido a los señores Fiscales y obliga a éstos a velar por el estricto cumplimiento de las normas procesales, evitando persistan en el nuevo procedimiento las corruptelas que en la «praxis» judicial habían desnaturalizado la finalidad de tales diligencias y los propósitos del legislador al introducirlas.

Aunque ya el antiguo artículo 789 resaltaba el carácter elemental, sumario y de celeridad de tales diligencias, la nueva redacción refuerza ese carácter sumario, al precisar (artículo 789.3) que «sólo en el caso de que las diligencias practicadas en el atestado no sean suficientes para formular acusación» se practicarán las diligencias constitutivas de las previas. Norma que, por supuesto, y como se dijo, debe extenderse a los casos en que la actuación judicial se inicie con la presentación por el Fiscal de sus diligencias de investigación y éstas constituyan elementos suficientes para fundar la acusación.

Tal carácter de innecesariedad de la actividad judicial investigadora cuando de la fase preprocesal resulten ya datos suficientes para fundar la acusación (sin perjuicio de que ésta tenga que ser probada en el juicio oral), se refuerza en el párrafo inicial del punto 5 del artículo 789, cuando dice: «practicadas sin demora tales diligencias...». Todo lo que debe llevar a los señores Fiscales a utilizar sin vacilaciones su facultad de pedir la conclusión de las mismas, en los términos del artículo 781, tan pronto como estimen que se han practicado las actuaciones necesarias para resolver sobre el ejercicio de la acción penal, impidiendo la prolongación del trámite de tales diligencias previas con actuaciones reiterativas, superfluas o burocratizadas.

Tampoco debe pasar desapercibido el cambio fundamental de la finalidad de las previas en orden a la determinación del trámite a seguir. Mientras en el procedimiento de urgencia el artículo 789 hablaba del «procedimiento aplicable», lo que permitió a los Jueces de Instrucción la utilización de las diligencias previas *para investigar graves delitos sometidos al procedimiento ordinario, con lesión de las garantías que este último procedimiento contiene frente a la tramitación de urgencia*, la nueva redacción expresamente limita tal finalidad a la determinación del «órgano competente para el enjuiciamiento», esto es, para precisar *den-*

tro del procedimiento abreviado, si la celebración del juicio oral corresponde al Juez de lo Penal o a la Audiencia Provincial, pero sin permitir utilizar las diligencias previas para iniciar en esta forma procesal el procedimiento ordinario.

Este punto queda claro en la reforma, ya que expresamente se determina que tales diligencias previas *sólo pueden incoarse en el ámbito del procedimiento abreviado*, esto es, *en actuaciones relativas a delitos de los comprendidos en el artículo 779*, que inicia el Título III del Libro IV de la ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 789.2). Por esa razón deberán muy especialmente los señores Fiscales, en cumplimiento de la legalidad y de su misión de velar para que la función jurisdiccional se ejerza conforme a las leyes (artículo 3.1 del E.O.M.F.) vigilar que en ningún momento se inicie, y menos aún se prolongue, la investigación de un delito sometido al procedimiento ordinario a través de unas previas, lo que constituiría una actuación contra ley, que deben corregir de inmediato, solicitando el cambio de procedimiento como establece el artículo 780.2 y la incoación del sumario procedente y no vacilando en recurrir, por infracción de las normas procesales, las decisiones que no accedan a tal transformación.

Por último, hemos de reiterar lo ya dicho sobre el cambio de la finalidad esencial de la investigación judicial en este procedimiento abreviado, que hace que las diligencias previas deben tender a reunir los elementos necesarios para formular la acusación, tipificando los hechos e indicando la responsabilidad que en ellos incumbe al acusado, pero sin agotar y menos aún reiterar la práctica de los medios probatorios, cuya producción y práctica esencial debe llevarse a cabo en el juicio oral.

b) *La constitución del Fiscal en el procedimiento*

El artículo 781 contiene un mandato expreso de constitución del Fiscal en las actuaciones. También aquí hay un cambio sustancial respecto a la anterior redacción, que distinguía entre constitución «por medio de sus auxiliares» y delegación de funciones «en el Fiscal Municipal o Comarcal respectivo», hoy desaparecidos, con lo que han quedado obsoletas y sin contenido las disposiciones de la Circular 6/1967 al respecto.

Por constitución ha de entenderse el personamiento en el procedimiento desde que se tenga noticia de su iniciación, el seguimiento de los trámites del mismo y la intervención en la práctica de las diligencias de averiguación.

Esa constitución del Fiscal en el procedimiento es una regla vinculante que debe ser cumplida hasta donde las disponibilidades de la plantilla de Fiscales de cada Fiscalía lo permitan. En este sentido debe tenerse en cuenta que el aumento del ámbito competencial de este procedimiento y la transferencia de la fase intermedia de la Audiencia al Juzgado de Instrucción, incluso en las causas que sean competencia de aquélla, van a provocar una disminución de la actividad del Fiscal ante la Audiencia Provincial, que permitirá un mayor despliegue de sus recursos humanos.

Ahora bien, aunque el artículo 781 no establece excepciones, el artículo 789.5 sí prevé la posibilidad de que no haya Fiscal constituido en el Juzgado. Ello permitirá a los Fiscales Jefes, en tanto las plantillas de las Fiscalías no estén cubiertas y no se disponga un despliegue del Ministerio Fiscal a través de adscrip-

ciones permanentes a los Juzgados u otra fórmula paralela hacer una distribución de trabajo que permita atender los Juzgados más importantes, sea de la Capital sea de la Provincia, constituyéndose el Fiscal en los procesos abreviados que en ellos se sigan, utilizando en aquellos otros en que las disponibilidades de la Fiscalía lo haga imposible la fórmula prevista en el artículo 789.5, párrafo 2.º de la regla 4.ª, esto es, que el Juez eleve las diligencias a la Fiscalía, para su valoración, devolución con la fórmula de «visto» o presentación de recurso.

Para esa distribución de trabajos los señores Fiscales deberán tener en cuenta:

1.º) Que la regla general debe ser la constitución en el Juzgado y la no constitución debe constituir una excepción, sólo justificable por la real falta de disponibilidades de la Fiscalía.

2.º) Que no es necesario adscribir un Fiscal a cada Juzgado, sino que pueden atribuirse más de un Juzgado a cada miembro de la Fiscalía, en función de la carga de trabajo que ello represente, así como, por el contrario, puede resultar necesario adscribir a Juzgados de cierta entidad, más de un Fiscal.

3.º) Que la constitución es en el procedimiento concreto, por lo que también y en función de las características de cada Fiscalía y la forma de reparto de la misma, puede no existir Fiscal adscrito al Juzgado, constituyéndose cada miembro de la misma en los procedimientos de distintos Juzgados que les sean atribuidos.

4.º) La primera actuación del Fiscal al constituirse en las diligencias previas debe ser la de examinar si corresponden, por la naturaleza del delito perseguido y su pena, a un procedimiento abreviado, pidiendo en otro caso la consiguiente transformación de acuerdo con el artículo 780.2.

c) *La intervención de Letrados y los derechos de defensa*

El artículo 788 establece una serie de disposiciones sobre el derecho de defensa, tanto de aquella persona contra la que resultare la imputación de un delito como del perjudicado o sus herederos, que contemplan ciertas novedades con respecto a la derogada regulación contenida en el propio artículo 788:

1.º) Reproduciendo el esquema del artículo 118 se establece que desde que de las actuaciones resultase la imputación de un delito contra persona determinada y fuera necesaria la asistencia letrada, se le nombrará de oficio, si no lo hubiese nombrado ya el interesado. La obligación de recabar ese nombramiento recae sobre la Policía Judicial, el Ministerio Fiscal y la Autoridad Judicial, cada uno dentro de la fase investigadora —policial, preprocesal del Fiscal o Judicial— que les compete.

2.º) Rompiendo el actual criterio de los Colegios de Abogados de distinguir entre el Letrado que le asiste al imputado en sus primeras declaraciones en sede policial o judicial, y el Letrado defensor, el artículo 788.2 dispone que el Letrado designado para la primera asistencia continuará prestando sus servicios jurídicos hasta la finalización del procedimiento, salvo, naturalmente, designación de uno distinto de confianza del imputado o alegación de impedimento o causa legal. En este último caso el Colegio de Abogados no podrá aceptar la excusa sin notificar previamente al Juez o al Ministerio Fiscal la designación de sustituto.

La anterior regla quiere decir que, en principio, y salvo aquellos supuestos expresamente tasados en que se admite el cambio de Letrado, el Abogado defen-

sor debe ser el mismo que le asista desde la detención o primera declaración del imputado hasta la sentencia definitiva y, aun durante la ejecutoria, en tanto ésta se desarrolle ante el órgano que dictó dicha sentencia.

Pero tal regla no es absoluta, debiendo entenderse que con la disposición legal que comentamos no quedan derogadas las normas de colegiación y actuación legítima de los Letrados en Colegios que no sean el suyo. Por esa razón, y aparte los inconvenientes prácticos y hasta económicos que la interpretación contraria supondría, debe entenderse que el Letrado puede cambiar en los supuestos en que, ya por vía de recurso —casación e incluso apelación en las provincias donde haya más de un Colegio— ya por razón de traslado del condenado que queda sometido a la jurisdicción de un Juez de Vigilancia, el proceso pasa a desarrollarse ante un órgano situado en territorio perteneciente a un Colegio de Abogados distintos de aquel en que esté colegiado el Letrado que inició el proceso.

Otra norma relacionada con la que comentamos y que no deja de causar extrañeza, es la inicial del artículo 791.1 que dice que «abierto el juicio oral, si los acusados no hubieran hecho uso de su derecho a nombrar un Abogado ni se les hubiere nombrado de oficio, se les emplazará (...) para que comparezcan con Abogado y Procurador que les represente, nombrándoseles de oficio si no lo hicieran». Difícilmente puede darse tal supuesto si se cumple, como es preceptivo, con el artículo 788. Sólo en los supuestos de renuncia al Letrado o en el caso improbable de formularse una acusación contra una persona no imputada ni oída hasta entonces en el procedimiento, sería imaginable el supuesto. Pero en este último caso habría que plantearse si el Juez puede admitir tal tipo de acusación, pues una de dos: o existían ya indicios en las diligencias previas que permitan fundar la acusación, en cuyo caso debió oírle y designarle Letrado, o tales indicios no existían, y en tal supuesto el Juez viene obligado a hacer uso de la facultad de sobreseimiento del artículo 790.6, conforme a lo prevenido en el artículo 641.2, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3.º) Los perjudicados por el hecho punible o sus herederos tienen también derecho de asistencia gratuita, pero ello sólo cuando se den las condiciones de los artículos 121 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es, hubiesen sido declarados pobres. En otro caso entrarán en juego los tres primeros párrafos del artículo 121 que determinan la obligación de satisfacer honorarios al Letrado y Procurador que los asista.

Los perjudicados deberán ser informados de su derecho a nombrar Abogado, así como de que aun no haciéndolo, el Ministerio Fiscal ejercerá en su nombre las acciones civiles que sean procedentes (artículo 789.4).

4.º) No prevén las normas del procedimiento abreviado una intervención especial de la defensa durante el mismo y hasta, como se dijo, la regulación de las diligencias previas ponen el acento en la reunión de elementos para fundamentar la acusación, omitiendo toda referencia a los que puedan ser útiles para la defensa. Es más, sólo una interpretación extensiva del inciso 4.º del punto 4 del artículo 789, permite entender que la referencia a «los que se personaren», comprende también a *los acusados* y no sólo a «los perjudicados», que constituyen el antecedente gramatical inmediato de aquella frase. Esa personación les permitirá «tomar entonces conocimiento de lo actuado» (aquel «entonces» prueba que el precepto se redactó pensando sólo en los perjudicados, pues según el artículo 118 el imputado tiene tal derecho desde el momento de la imputación),

«e instar lo que a su derecho convenga», pero con la limitación de que el Juez sólo lo acordará cuando las diligencias pedidas «sean necesarias para abrir el juicio oral», deferiendo su práctica al acto de ese juicio, en otro caso.

Ello, no obstante, tanto del principio general del artículo 24.2 de la Constitución Española, sobre el derecho de defensa, como del propio artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la regla del artículo 302 de la misma que, como normas generales, son de aplicación supletoria al procedimiento abreviado, resulta el derecho de toda persona a quien se impute un acto punible de actuar en el procedimiento, conociéndolo e interesando lo que crea oportuno para su derecho de defensa, solicitando diligencias y ejercitando los recursos pertinentes contra las resoluciones del Juez que estime contrarias a sus intereses. Los señores Fiscales, como defensores de los derechos de los ciudadanos, propugnarán la anterior interpretación en los casos —que no parece probable se produzcan— en que aquellos derechos de defensa sean desconocidos.

5.º) En la primera comparecencia en las diligencias previas se informará al imputado de sus derechos, que son los previstos en el artículo 24.2 de la Constitución y el 118 y 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en especial el de ser asistido y defendido por un Letrado, el de utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y el de no declarar contra sí mismo ni confesarse culpable, así como del goce de la presunción de inocencia. Pero además, el artículo 789.4 exige otros extremos que constituyen peculiaridades del procedimiento abreviado: 1.º) Requerimiento para que fije un domicilio en España (requerimiento que se debe hacer por igual a residentes como a no residentes en el país, pues su finalidad es dar efectividad y certeza a las citaciones, emplazamientos y notificaciones) o señale una persona que reciba las notificaciones (y también las citaciones o emplazamiento, como se deduce del inciso siguiente) en su nombre; 2.º) se le advertirá de que la citación realizada en dicho domicilio o a la persona designada, permitirá la celebración del juicio en ausencia del imputado, si la pena solicitada no excediera de un año de privación de libertad o fuera de otra naturaleza.

Los señores Fiscales deberán vigilar que tales prescripciones se cumplan y que la advertencia sea hecha, no formalmente, sino en forma inteligible.

6.º) Por último, merece ser subrayado el hecho de que la intervención del Procurador no es preceptiva hasta el trámite de calificación de la defensa prevista en el artículo 791.1, correspondiendo al Letrado no sólo la postulación, sino también la representación de su defendido en el procedimiento. En consecuencia, debe el Letrado señalar domicilio a efecto de notificaciones y traslados de documentos, bien sea en el suyo propio, bien en su despacho o en las dependencias del Colegio profesional, o cualquier otro que permita una fluida comunicación con el Juzgado.

Insiste el precepto en que la intervención del Procurador es innecesaria en el período previo a la calificación, incluso para el trámite del artículo 789.5, resolución 5.ª; esto es, la petición de pase a juicio inmediato, agregando innecesariamente que en tal caso sí lo es la del Abogado, lo que ya se deduce de aquella propia regla por cuanto para acordar tal resolución hace falta la petición del imputado que *asistido de su Abogado* haya reconocido los hechos. Se supone que tal petición debe ser hecha a través del Letrado como representante del acusado y ratificada por éste.

d) *Algunas modificaciones en las reglas de la investigación judicial*

Como dijimos, las reglas generales y especiales de la investigación judicial contenidas en los artículos 784 y 785 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal son, en esencial, reproducción de las que ya se habían establecido para el procedimiento de urgencia, con leves modificaciones, impuestas unas por el desplazamiento del enjuiciamiento al Juez de lo Penal y aconsejadas otras por la experiencia tenida en aquel procedimiento:

a') El artículo 784, regla 7.^a, suprime la referencia al «carácter reservado» que para alguna de las partes pueden tener las actuaciones en general y en concreto los escritos y documentos que se presenten o aporten a la causa, lo que está de acuerdo con los principios de publicidad y defensa que deben imperar en el procedimiento penal tras la Constitución.

Sin embargo, esa modificación plantea el problema de si las diligencias previas —que, recordemos, han sido ampliadas a delitos penados con prisión mayor, dentro de los que hay muchos de especial trascendencia y complejidad— pueden o no ser declaradas total o parcialmente secretas por el instructor, para las partes personadas. La cuestión debe resolverse en sentido afirmativo, no sólo por el carácter supletorio que las reglas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es, los artículos 301 y 302 (y el 332 para la reserva frente a terceros), tienen en este procedimiento, sino y sobre todo, por la expresa disposición del artículo 789.4, «in fine», que hace aplicables expresamente a dichas diligencias los artículos 301 (secreto genérico de las actuaciones) y 302 (publicidad para las partes y posibilidad de declaración del secreto) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b') En el artículo 785 se suprime de la antigua regla 8.^a c) la anterior posibilidad de prórroga de la intervención del vehículo mientras no se hallare en condiciones para circular, extremo sobre el que la actual redacción guarda silencio, con lo que queda relegada la cuestión a la aplicación de la normativa administrativa.

c') En la regla 5.^a del artículo 784 se precisa mejor la posición procesal de las Entidades responsables del seguro obligatorio y sus derechos de defensa, de acuerdo con lo que ha venido estableciendo la jurisprudencia y la «praxis» judicial. Conviene recordar que el artículo 76 de la Ley del Seguro de 8 de octubre de 1980 establece también la *responsabilidad directa* de las compañías que cubran con un seguro voluntario los daños a terceros, por lo que también estas entidades deben ser requeridas para que afiancen las responsabilidades civiles, en su caso. En tal supuesto tendrán una posición en el proceso distinta a las Entidades que asumen el seguro obligatorio y podrán ser declaradas responsables en los términos que reconoce la más reciente jurisprudencia (vid., entre las últimas sentencias del Tribunal Supremo, las de 16 de febrero y 21 de septiembre de 1987). Pero, en tal caso, por tratarse de una responsabilidad nacida de una relación voluntaria de Derecho privado, aunque en ella no sólo se protege al asegurado, sino también al perjudicado, al que se le concede acción directa contra el asegurador, se hace necesario que esa acción se ejercite efectivamente y a la vez que al responsable civil por razón del seguro voluntario se le considere parte en el procedimiento y se le dé oportunidad de personarse, pues en tales casos rige el principio «nemo damnatur sine audiatur», por lo que no puede ser condenado sin ser oído y sin darle la oportunidad de ejercer su derecho de defensa en el procedimiento (senten-

cia del Tribunal Constitucional 18/1985, de 11 de febrero, entre otras; y la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada).

d') Se suprime la disposición adicional sobre fianza pignoratícia prestada por empresa que explote servicios estatificados, provincializados o municipalizados, que contenía la antigua regla 6.^a del artículo 784, con lo que habrá que estar al respecto a las reglas generales.

e') En el artículo 785, regla 9.^a, h), se extiende lógicamente al Juez de lo Penal, la facultad que tenía el Tribunal para autorizar bajo las condiciones que tal regla señala, la ausencia del territorio nacional de las personas con domicilio o residencia habitual en país que mantenga relación con España.

f') Punto muy especial es la referencia que en el artículo 785, regla 4.^a, se hace a los informes y declaraciones sobre la personalidad y conducta anterior del procesado previstos en los artículos 377 y 378 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que la antigua norma disponía que únicamente se reclamaran «cuando se considerasen imprescindibles», mientras que ahora se reclamarán «cuando se considere oportuno», lo que, evidentemente, amplía las posibilidades de su aportación a los autos.

Esa regla más flexible debe ser puesta en relación con la reforma del artículo 377 que se introduce también por la Ley Orgánica 7/1988, en su artículo 5.

El artículo 377 en su redacción inicial se refería a la petición de informes «sobre la moralidad del procesado». Tal tipo de informes podrían atentar hoy al artículo 18 de la Constitución. Ya la Orden de 31 de marzo de 1932, en la etapa liberal republicana, habían dispuesto que sólo se interesarán tales informes «cuando pudieran rendir algún resultado útil, por no hallarse suficientemente dibujada en el sumario la personalidad del delincuente». La nueva redacción de ese artículo se limita a disponer que podrán solicitarse, si el Juez lo estima conveniente, a las Alcaldías y correspondientes funcionarios de policía del pueblo o pueblos en que hubiera residido, *informes*, sin precisar su naturaleza y sólo señalando que han de ser fundados.

La naturaleza penal de la causa en que han de causar efectos tales informes y el único efecto útil que puede surtir, que será el de servir de un elemento más para la individualización de la pena, que debe acomodarse a la personalidad del penado o la aplicación de ciertos beneficios, como la suspensión de condena, conduce a la conclusión de que el contenido de tales informes debe ser el necesario para «dibujar la personalidad del delincuente», como decía la Orden citada, al modo de los «dossiers de personnalité», del proceso francés, que sólo se valoran tras declarar la culpabilidad del reo y en el momento de fijar la entidad de la pena. Los informes a solicitar deberán ser, pues, aquellos que hacen referencia al comportamiento y grado de integración social del acusado que permitan valorar su personalidad, individualizar la pena y hacer uso de beneficios penitenciarios. Cualquier otro tipo de informe sobre moralidad, creencias o ideología —sea religiosa, política o social— del informado debe ser rechazado por improcedente y atentatorio a los derechos tutelados en los artículos 16 y 18 de la Constitución.

e) *La conclusión de las diligencias previas*

Las diligencias previas del procedimiento abreviado concluyen de forma análoga a como concluían, conforme al artículo 789 derogado, las previas en el procedimiento de urgencia. Se refunden en un solo supuesto las antiguas conclusiones «cuarta» y «quinta», por cuanto el procedimiento a seguir es el mismo, sea la competencia de la Audiencia, sea la del Juez de lo Penal.

Por supuesto, no hay ninguna referencia a una transformación del procedimiento en ordinario, como no lo había tampoco en el antiguo artículo 789, porque tal transformación debe producirse de inmediato, en los términos del artículo 780, tan pronto se conozca que el hecho objeto de la causa es de los sometidos a tal procedimiento ordinario, transformación que, insistimos, deben interesar los Fiscales con todo celo.

Los autos de conclusión de las diligencias previas reciben el mismo tratamiento que en la legislación derogada en orden a las formas alternativas de comunicación al Fiscal: notificación del auto al Fiscal adscrito al Juzgado o elevación a la Fiscalía de la Audiencia, con las actuaciones, si no existiera Fiscal adscrito.

El recurso procedente, en caso de disenso del Fiscal, es el de apelación, que de interponerse podrá hacerse directamente, sin necesidad de ejercitar el previo de reforma (artículo 787.3). Ello no quiere decir que el Fiscal no pueda utilizar ambos recursos, interponiendo el de apelación subsidiariamente o por separado con el de reforma. Pero habrá de tener presente la economía procesal y utilizar este último recurso sólo cuando tenga elementos para esperar que el Juez de Instrucción rectificará su criterio; acudiendo en otro caso a la apelación directa, en evitación de trámites estériles.

Una última cuestión relacionada con el auto de conclusión de las diligencias previas, conforme a los términos del artículo 789.5: la resolución 2.^a se refiere al supuesto de reputarse falta el hecho, en cuyo caso dice el precepto «mandará remitir lo actuado al Juez competente, si no le corresponde su enjuiciamiento». La norma es acorde con las nuevas competencias de los Jueces de Instrucción en materia de faltas, por lo que, en efecto, el instructor de las previas podría ser el competente para enjuiciar la falta declarada. Pero con ello puede producirse una ruptura del principio del juicio justo e imparcial, en cuanto el instructor de las previas puede haber incurrido en el mismo prejuicio que, según la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988, obliga a separar a los órganos instructor y juzgador.

Por supuesto, tal prejuicio no se dará siempre, especialmente si el instructor hubiere hecho uso de la facultad prevista en el punto 3 del artículo 789, de no practicar diligencias cuando las del atestado se estimasen suficientes para formular acusación. Pero en otro caso, si el instructor practicó diligencias o adoptó medidas contra el acusado, aquél puede incurrir en la causa de recusación 10.^a del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial («haber actuado como instructor en la causa penal»), causa que conforme al artículo 218 de la propia ley lo es también de abstención. El Fiscal, que debe velar por la pureza del procedimiento y los derechos del imputado, vigilará atentamente que no se produzca una infracción de aquella regla del juicio imparcial, haciendo observar al Juez la causa de abstención y llegando a su recusación si creyera que los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial, consagrado en el artículo 6.1 de la

Convención Europea de Derechos Humanos firmada y ratificada por España, pueden ser vulnerados.

2. Fase intermedia

Una de las particularidades de este procedimiento abreviado es que la fase intermedia del proceso se traslada del órgano encargado del enjuiciamiento, que tradicionalmente era ante el que se desarrollaba tal fase, al órgano encargado de la instrucción. Sin embargo, no aparece clara de la ley esa afirmación de que tal fase se desarrolle toda ella ante el Juez de Instrucción, debiendo más bien deducirse de su sistemática, tras concordar la contradicción que al respecto existe entre los últimos párrafos de los artículos 790 y 791.

En efecto, el artículo 790, párrafo último, dispone que «firme la resolución que declare la apertura del juicio oral, el proceso continuará ante el órgano en ella determinado...», y como la apertura del juicio oral se acuerda tras la presentación de los escritos de acusación, parece que, en principio, el proceso pasa ya al órgano competente para el enjuiciamiento, ante quien se desarrollaría el trámite de presentación de los escritos de defensa. Pero el artículo 791 al regular dicho trámite de defensa, termina diciendo en su punto 5 que «formulado por el acusado el escrito de defensa, *el Juez de Instrucción* remitirá lo actuado al órgano competente para el enjuiciamiento, *notificándolo a las partes...*» Ello quiere decir que las actuaciones no han salido hasta ese momento del Juzgado de Instrucción, y ello es lógico, pues, de un lado, en el escrito de defensa se podrá solicitar la práctica de prueba anticipada y celebrarle ante el propio Juez de Instrucción; se deberá tramitar por éste la rebeldía, publicándose requisitorias y acordando la busca y captura del acusado en ignorado paradero y, por último, se prevé que lo actuado quede en el Juzgado de Instrucción, una vez formulado el escrito de defensa, si la causa es competencia del Juez de lo Penal y éste se desplazará periódicamente a la sede del Juzgado. Todo lo que debe llevar a la interpretación sistemática de que la fase intermedia se tramitará enteramente ante el Juzgado de Instrucción, desde el pase de las diligencias previas al Fiscal y acusaciones para que soliciten la apertura del juicio oral o el sobreseimiento (artículo 790.1) hasta la presentación del escrito de defensa (artículo 791.5). Lo que, de otra parte, responde a la lógica del sistema y a los principios de concentración y celeridad que lo inspiran.

Entrando en el análisis de esta fase intermedia señalaremos las siguientes peculiaridades:

a) *El acuerdo de seguir el trámite de preparación del juicio y su suspensión*

El artículo 790.1 dispone que si el Juez de Instrucción acordase que debe seguirse el trámite de preparación del juicio en la misma resolución ordenará que se dé traslado de las diligencias previas originales o por fotocopia al Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas o por fotocopia al Ministerio Fiscal y las acusaciones personadas para que soliciten la apertura del juicio oral o el sobreseimiento. El plazo será común y por cinco días, razón por la que el uso de fotoco-

pias puede hacerse necesario cuando, junto al Fiscal haya acusación o acusaciones personadas, como único medio para que el trámite pueda cumplirse en la práctica como común y no sucesivo.

Sin embargo, ese pase no obliga a solicitar la apertura del juicio oral o el sobreseimiento como alternativas necesarias, pues pueden el Fiscal y las acusaciones instar, con carácter previo, la práctica de diligencias cuando consideren imposible formular escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos. Nótese que la solicitud sólo puede fundarse en la ausencia de datos que permitan fijar o asegurar alguno de los elementos integrantes del tipo penal objeto de acusación, pero no por insuficiencia de la prueba, cuando ésta pueda ser completada en el juicio oral o en éste puedan confirmarse datos de los que sólo se ha dado noticia o informe por la Policía Judicial en su atestado, siempre que haya motivos para esperar que tales datos serán confirmados en el juicio.

La petición de práctica de diligencias es vinculante para el Juez si las pide el Ministerio Fiscal. No lo es si la petición procede de la acusación, en cuyo caso «el Juez acordará lo que estime procedente». No hay aquí ruptura del principio de igualdad de partes, principio que según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se refiere a la igualdad de armas de la acusación y la defensa, pero no entre la representación pública, regida por los principios de legalidad e imparcialidad, y las acusaciones particulares, movidas por un interés parcial y ajenas al interés público.

El principio de defensa hace que a la práctica de esas diligencias, además de a las acusaciones, se cite al imputado, lo que refuerza lo dicho más arriba sobre la intervención del imputado en las diligencias previas, que debe ser plena, aunque la ley no la desarrolle en tal fase procesal.

El acuerdo de práctica de nuevas diligencias suspende el acuerdo de instrucción para práctica de acusación o sobreseimiento. Sólo después de practicadas continuará el trámite de preparación del juicio.

b) *El sobreseimiento y sus peculiaridades*

En el procedimiento abreviado el sobreseimiento puede ser solicitado por las acusaciones o acordado de oficio por el Juez. En el primer caso el sobreseimiento puede fundarse en cualquiera de los supuestos de los artículos 637 y 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En el segundo, como luego veremos, sólo en los artículos 637, número 2, y 641, número 2, en principio.

a') Si el sobreseimiento es solicitado por las acusaciones, puede serlo sólo por la acusación pública o la particular o conjuntamente por ambas:

1.º) Si el sobreseimiento es solicitado conjuntamente por la acusación pública y la particular, el Juez debe acordarlo necesariamente (artículo 790.3).

2.º) Si el sobreseimiento es solicitado por la acusación particular y no por el Fiscal o viceversa, si la apertura del juicio oral es solicitada por la acusación particular y el Fiscal interesa el sobreseimiento, el Juez debe también acceder a la apertura del juicio oral (artículo 790.6, párrafo 1.º).

3.º) Si no hubiese acusación particular personada y el Ministerio Fiscal solicitase el sobreseimiento, al Juez se le abren dos caminos: o compartir el criterio

del Fiscal, y acordar el sobreseimiento pedido; o disentir de él, y acordar remitir la causa al superior jerárquico del Fiscal de la Audiencia respectiva, para que resuelva bien ordenar al Fiscal que acuse o bien ratificar el sobreseimiento pedido, comunicando su decisión al Instructor (artículo 790.4). Por superior jerárquico habrá de entenderse el órgano Fiscal superior al de la Audiencia a que pertenece la Fiscalía en que se integra el miembro del Ministerio Fiscal que pidió el sobreseimiento: si se trata de la Fiscalía de una Audiencia Provincial, el Fiscal del Tribunal Superior de Justicia; si se trata de la Fiscalía de un Tribunal Superior de Justicia o de un órgano nacional (Audiencia Nacional, Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas) el Fiscal General del Estado. La dicción de la ley es clara al hablar de *Fiscalías* y no de Fiscales. En definitiva, la ley reproduce aquí el precepto del artículo 644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Problema específico podrán plantear en su día las adscripciones permanentes que puedan establecerse al amparo del artículo 21 del Estatuto Orgánico, en que puede haber un Fiscal que lleve la dirección de ese Organismo. Pero como la adscripción depende de la Fiscalía de la Audiencia correspondiente y el Fiscal que lleve la dirección lo hará bajo la Jefatura del titular de la Fiscalía de que dependa, se entiende que los adscritos actúan por delegación de este último y que el mismo ha aprobado la petición de sobreseimiento por lo que carece de objetividad suficiente como para revisarla. En todo caso, ese es un tema de organización interna de las Fiscalías, que no debe alterar las prescripciones de la ley.

Podría plantearse la cuestión de si al Juez de Instrucción le es permitido en este procedimiento utilizar también la vía del artículo 642 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que como norma general podría tener aplicación subsidiaria al procedimiento abreviado. Si la reforma hubiera guardado silencio total en el nuevo artículo 790 sobre los mecanismos de discrepancia del Juez con la petición de sobreseimiento del Fiscal, tal planteamiento podría ser correcto. Pero es claro que al legislador no se le pasó desapercibido el tema y que deliberadamente optó por elegir tan sólo la vía del control interno, acudiendo al superior jerárquico, con lo cual tácitamente manifestó su voluntad de prescindir de la vía del control externo, a través de una llamada a la causa del acusador particular. «*Inclusio unius est exclusio alterius*»: la opción expresa del legislador elimina la posibilidad de aplicar otras alternativas.

Esta solución, de otra parte, es congruente con la filosofía de la reforma procesal. Esta concede al perjudicado u ofendido por el delito y a sus herederos amplias facilidades para su personación en los autos, informándoles de tal derecho (Cfr. artículos 783, párrafo 2.º, 788.4 y 789.4), así como de que sus derechos civiles serán ejercitados por el Fiscal, *si procediere*. En consecuencia, la ausencia de personamiento de una acusación particular no puede ser fruto de inadvertencia, sino de una decisión meditada e informada y de una falta de interés en el ejercicio propio y personal de sus acciones, por lo que a nada conduciría su llamamiento a la causa en la que ya había sido informado de que podía comparecer y no lo hizo.

4.º) No todos los sobreseimientos solicitados dan lugar al archivo provisional o definitivo de la causa. Si el sobreseimiento interesado es el libre del artículo 637, por aparecer exento de responsabilidad el imputado, el acuerdo del Juez será distinto según la causa en que se funde tal exención: si se trata de los núme-

ros 1 (enajenación), 3 (alteraciones de la percepción), 7 (estado de necesidad) y 10 (miedo insuperable) —todas ellas del artículo 8 del Código penal—, el Juez no acordará el archivo, sino que el trámite debe continuar hasta sentencia, por supuesto absolutoria, pero en que se pronuncie el Juez de lo Penal o el Tribunal sobre las medidas de seguridad que puedan imponerse al exento o la responsabilidad civil directa o subsidiaria, que pueda corresponder conforme a las prescripciones del artículo 20 del Código penal.

En tal caso los Fiscales vendrán obligados a anticipar, por economía procesal, la decisión del Juez, acompañando a su petición de sobreseimiento una calificación acorde con tal petición y en que se interesen la adopción de medidas de seguridad de las previstas en el artículo 8 del Código penal para los respectivos casos y se fijen y soliciten las responsabilidades civiles que procedan. Ello sin esperar a que el Juez devuelva las actuaciones para calificación, en un trámite previsible y retardatario que la función de simplificación del procedimiento, impuesta al Fiscal en el artículo 781, obliga a éste evitar.

5.º) Pese a la acusación y consiguiente petición de apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal y/o la acusación particular, el Juez puede acordar de oficio el sobreseimiento en dos supuestos concretos: si el hecho no es constitutivo de delito, esto es, se da el supuesto del número 2 del artículo 637, o si no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, esto es, se da el supuesto del número 2 del artículo 641 (artículo 790.6).

La redacción de la ley no aclara si también podrá acordar el Juez el sobreseimiento de otros supuestos de los artículos 637 y 641. Que no puede acordar el del número 1 es claro, por cuanto éstos se refieren a que no aparezcan indicios de haberse perpetrado el hecho o el delito y el artículo 790.6 habla de falta de indicios contra el acusado, no de falta de indicios de la existencia del hecho.

Mayores dudas ofrece la posibilidad de aplicar el número 3 del artículo 637; esto es, considerar al acusado exento de responsabilidad. Que el sobreseimiento no podrá basarse en los números 1, 3, 7 y 10 del artículo 8, es también claro, pues la norma de continuación del proceso en tales casos a los efectos de los artículos 8 y 20 del Código penal tiene el mismo fundamento, ya interesen el sobreseimiento las acusaciones o lo estime procedente el Juez. La cuestión es si podrá estimar la concurrencia de otras exenciones. En puridad doctrinal el principio que debe determinar el sobreseimiento en los supuestos en que el acusado está exento de responsabilidad penal, que es el mismo que el del sobreseimiento libre del número 2, conduce a admitir que el Juez puede en tales casos acordar el sobreseimiento, pero el «*usus fori*» viene distinguiendo, incluso en la «*praxis*» del Ministerio público, entre circunstancias eximentes objetivadas, cuya concurrencia puede ser probada sin discusión (número 2, artículo 8, menor edad, por ejemplo) y aquellas otras que por componerse de varios requisitos, sobre cuya concurrencia la prueba puede ser contradictoria (número 4, legítima defensa, o número 12, obediencia debida, por ejemplo), se entiende que la apreciación de la eximente no debe anticiparse al momento del sobreseimiento, sino que debe probarse y debatirse contradictoriamente en el juicio oral.

Esta facultad que la reforma concede al Juez de Instrucción ha sido objeto de comentarios negativos por entender que constituye una ruptura del principio acusatorio y que, en definitiva, quien ejerce la acción penal y la acusación contra una persona es el que debe tener potestad para estimar si dispone o no de elemen-

tos suficientes para sostener en juicio la acusación. Si además, quien ha presentado escrito de acusación es el Fiscal, se agrega, no admitir su acusación y acordar de oficio el sobreseimiento es desconocer los principios de legalidad e imparcialidad que constitucionalmente rigen su actuación.

La cuestión, sin embargo, tiene otros matices que no pueden ser desconocidos. Ciertamente que el principio acusatorio está constitucionalmente reconocido y que el Tribunal Constitucional ha llegado a otorgar en casos análogos el amparo, declarando contrario al principio de tutela judicial efectiva el sobreseimiento acordado por el Tribunal, a petición del Fiscal, pese a existir acusación particular que interesaba la apertura del juicio oral (sentencia del Tribunal Constitucional 171/1988, de 30 de septiembre). Pero no menos cierto que, como queda dicho anteriormente, el Juez recupera en este proceso el papel garantizador de los derechos del acusado. Y, al haberse suprimido el tamiz del auto de procesamiento, es necesario arbitrar un momento procesal garantizador de que nadie va a ser sometido a un juicio penal sin fundamento. Momento garantizador o filtro de acusaciones infundadas que, de otra parte, existe en todos los sistemas acusatorios. Por ello que el Juez deniegue el someter a la situación estigmatizadora del juicio oral a una persona acusada de un hecho que claramente no es constitutivo de delito, no es más que la aplicación de la pura legalidad; y denegar igual sumisión a juicio de una persona contra la que no hay elementos que acrediten su participación en los hechos o cuya irresponsabilidad es clara, también es una garantía elemental en un Estado de Derecho. Y cierto es que los principios de legalidad e imparcialidad aseguran la objetividad del Fiscal, pero lo que no aseguran es su infalibilidad. Por ello, y al igual que para corregir los posibles errores del Juez, también objetivo e imparcial, se arbitra en la ley un sistema de recursos, aquella debe prever un mecanismo que remedie los posibles errores del Fiscal al evaluar los elementos de que dispone para ejercer la acusación.

Por ello, el problema que plantea la posibilidad del sobreseimiento de oficio por el órgano jurisdiccional, en los casos de acusaciones que se estimen infundadas, no es tanto el que con ello se desconozca el principio acusatorio, como la cuestión de si la elección del órgano a quien se otorga la facultad es o no acertada o si hubiere sido preferible que tal decisión la acordara el órgano del enjuiciamiento en el debate preliminar con que se inicia el juicio oral, en vez de dejársela al instructor. En efecto, el que sea el instructor quien acuerde de oficio el sobreseimiento produce una doble contradicción con principios esenciales del proceso: primero, que como director de la instrucción no es necesariamente órgano imparcial, al poder estar influido del prejuicio que la instrucción crea, y, segundo, que al decidir el sobreseimiento está resolviendo sobre el fondo del asunto, esto es, sustrayendo al órgano enjuiciador la facultad de juzgar el proceso, asumiendo así funciones que son propias del órgano del enjuiciamiento.

Ahora bien, la posibilidad del recurso de apelación, restituyendo así al órgano del enjuiciamiento sus facultades de juzgar el fondo del proceso, resuelven en cierto modo aquellas contradicciones. Nótese, sin embargo, que el recurso corresponde resolverlo a la Audiencia Provincial (así se dice en la norma, expresa e innecesariamente, pues tal competencia aparece ya fijada en el artículo 82.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Con ello, cuando la competencia del enjuiciamiento corresponda al Juez de lo Penal, aquella restitución del conocimiento del fondo del asunto puede no producirse, e incluso pueden ser contradichos sus

criterios, que de conocer el fondo se manifestarían a favor de abrir el juicio oral, por la coincidencia de los contrarios del instructor y la Audiencia.

Por todo lo expuesto y en especial por la necesidad de que la cuestión de fondo la resuelva uno de los órganos del enjuiciamiento, deben los señores Fiscales recurrir en apelación esos acuerdos de sobreseimiento del Juez de Instrucción, para dar a la Audiencia Provincial la oportunidad de pronunciarse sobre el fondo del proceso, ratificando o revocando el sobreseimiento discrepante del Juez de Instrucción.

Situación que, todo hay que decirlo, no es probable se prodigue, pues el instructor ya ha tenido una oportunidad más adecuada para sentar su criterio: la del acuerdo de archivo o sobreseimiento de las diligencias previas al amparo del punto 5 del artículo 789. Parece poco razonable que un Juez que estime que existen indicios para pasar a la fase de calificación, decida luego, pese a existir acusaciones, sobreseer la causa.

6.º) El sobreseimiento de la causa representa su archivo provisional o definitivo, de acuerdo con las normas del Capítulo II del Título XI del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aplicables supletoriamente y, sobre todo, la revocación de todas las medidas cautelares, en especial la de prisión (artículo 790.3, párrafo 2.º).

7.º) Cuando exista acusación particular personada en autos, siendo previsible que formule acusación, y el Fiscal estime procedente el sobreseimiento, al pedirlo así hará constar que renuncia a formular, en su caso, escrito de acusación, evitando con ello el innecesario trámite previsto en el párrafo 2.º del punto 6 del artículo 790. Esa renuncia a formular escrito de acusación no quiere decir que el Fiscal deja de ser parte en el procedimiento, sino tan sólo que estima fundada su petición de sobreseimiento, por lo que renuncia provisionalmente a acusar al imputado, reservándose el adoptar una posición definitiva tras la celebración de la prueba en el juicio oral y una vez valorada ésta, exponiendo oralmente, en el trámite correspondiente del juicio, cuanto estime procedente sobre la estimación de la prueba y la calificación de los hechos. En definitiva, el Fiscal es parte principal en el procedimiento, tanto comparezca como acusador, como si lo hace como simple vigilante de la legalidad, absteniéndose de acusar y oponiéndose a las acciones indebidamente ejecitadas contra el acusado, como dispone el número 4 del artículo 3 del Estatuto Orgánico.

c) *Los escritos de acusación*

Los escritos de acusación adoptarán la forma de calificación, esto es, contendrán todas las conclusiones previstas en el artículo 650. Se encabezarán con la petición de apertura del juicio oral y la determinación del órgano competente para celebrarlo, así como la identificación de la persona o personas contra quien se dirige la acusación, incluso los que sean acusados sólo por las faltas conexas.

La responsabilidad civil será determinada tanto en el señalamiento de las personas obligadas por ella, como en su cuantía, que podrá ser fijada ya en concreto, ya abstractamente, señalándose las bases para su determinación en la sentencia o en la fase de ejecución. También se pronunciará la calificación sobre la entrada y destino de las cosas y efectos ocupados y la imposición de costas proce-

sales. Consecuencia de estas peticiones podrá ser la exigencia de que se adopten las medidas provisionales del artículo 785 o se afiancen las responsabilidades civiles, e incluso que se modifiquen las ya prestadas, pero que se estimen insuficientes.

Peculiaridad de este procedimiento es que la calificación deberá extenderse a las faltas a que se refiere el artículo 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esto es, las incidentales o no, imputables a los acusados o a otras personas, cuando su comisión o su prueba estuviera relacionada con el delito perseguido.

En el escrito de acusación de los señores Fiscales habrán de hacer una proposición de prueba concreta y lo más precisa y completa posible, absteniéndose de proponer como documental diligencias de la instrucción que no tengan tal naturaleza, por el sólo hecho de estar recogidas por escrito. Deberán tener presente que la prueba válida es la practicada y ratificada en el acto del proceso oral y deberán rehuir la práctica del «por reproducidas», censurada tanto por el Tribunal Constitucional (en su sentencia 150/1987, de 1 de octubre) como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en la sentencia recaída en el caso Barberá, Messegue y Jabardo, de que han tenido noticia los señores Fiscales por la Instrucción de esta Fiscalía General del Estado 1/1988).

La proposición de prueba puede comprender la práctica de prueba anticipada cuando se trate de diligencias que no puedan realizarse durante las sesiones del juicio oral.

La proposición de prueba hecha en el escrito de acusación no es obstáculo para que el Fiscal pueda aportar otras pruebas nuevas o distintas en el acto del juicio oral, posibilidad que prevé el artículo 793.3, al referirse al debate sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o *que se propongan* en el acto.

También podrá contener el escrito de acusación la solicitud de adopción de medidas cautelares o la suspensión y modificación de las ya adoptadas en orden a las personas imputadas y los vehículos u otros instrumentos del delito (artículo 790.5, párrafo último).

El Juez deberá resolver sobre estas últimas peticiones, al tiempo que acuerda la apertura del juicio oral. Dice la ley que contra el auto que acuerde la apertura del juicio oral no se dará recurso alguno, excepto en lo relativo a la situación del acusado. La norma merece dos reflexiones: 1.^ª) que no excluye la posibilidad de formular peticiones sobre modificación de otras medidas y de que el Juez acceda a ellas, debiendo entenderse que sólo tiene carácter firme el concreto acuerdo de apertura del juicio oral; y 2.^ª) que acordada la apertura del juicio oral, podrán reproducirse ante el órgano enjuiciador las mismas peticiones que, en su caso, fueran desatendidas por el Juez de Instrucción.

En cambio, la ley concede en el párrafo 2.º del punto 7 del artículo 790 el recurso de apelación contra los autos denegatorios de la apertura del juicio oral, supuesto que sólo puede darse si el Juez arbitrariamente no cumple las previsiones de la Ley, pues solicitada la apertura del juicio por cualquiera de las acusaciones el Juez debe acordarla (artículo 790.6), salvo que decida de oficio el sobreseimiento, caso para el que ya previamente se da otra concesión de recurso de apelación (vid. artículo 760.6, párrafo 1.º, «in fine»), lo que hace que, en cierto modo, la norma del punto 7 que comentamos sea redundante.

d) *La acusación en el juicio inmediato del artículo 789.5, 5.ª*

No podríamos terminar este análisis de la fase de calificación del Fiscal, sin examinar una particularidad que puede presentarse en ella: la forma específica que la acusación debe adoptar en el supuesto de haberse hecho uso de la facultad de pasar al juicio inmediato, que prevé el artículo 789.5, regla 5.ª.

Según esa norma, solicitado aquel pase, en las condiciones que ya quedaron expuestas en su momento, el Juez de Instrucción remitirá las actuaciones al Juez de lo Penal para que convoque inmediatamente en juicio oral al Fiscal y a las partes, *quienes formularán en el mismo acto sus pretensiones*.

La primera cuestión que se plantea es qué debe entenderse por «el mismo acto», si el acto de solicitar el pase a juicio inmediato o el acto del juicio oral. Como quiera que a continuación se dice «pudiendo dictar sentencia, *en el acto*, de conformidad con el artículo 794», parece que el *acto* a que toda norma se refiere es el del juicio oral. En definitiva, como se dijo, esta alternativa del juicio inmediato es una fórmula consensuada, pero no una conformidad. La aceptación de los hechos no implica la aceptación de las consecuencias jurídicas que de esos hechos pretendan extraer las acusaciones. Por eso se trata de un juicio, no de un pase a dictar sentencia de conformidad, sólo que en este procedimiento está ausente la fase intermedia que debiera desarrollarse ante el Juez de Instrucción.

Como todo juicio y, a falta de una regulación expresa, sus normas han de acomodarse a lo previsto en el Capítulo III, si bien la propia estructura del procedimiento obligará a adaptar a sus peculiaridades las reglas que rigen los juicios normales de este procedimiento abreviado. Así, al entrarse en el juicio, sin haberse producido la fase intermedia y, en consecuencia, sin haberse formulado los escritos de acusación y defensa, lo primero que debe hacerse es presentar tales escritos en la iniciación del *acto* del juicio oral, aprovechando el debate introductorio previsto en el punto 2 del artículo 793 para que queden fijadas las posiciones de la acusación y la defensa. Aunque la ley hable de formular «sus pretensiones», las pretensiones del Fiscal no pueden menos que manifestarse en un acta de acusación que, para mejor conocimiento del acusado, deberá adoptar la misma forma que los escritos de acusación a que se refiere el punto 5 del artículo 790. En este acto podrá producirse la conformidad plena del acusado, pasándose entonces a dictar sentencia en los términos del artículo 793.3; o presentar aquél escrito de defensa, continuando entonces el juicio por las reglas contenidas en los sucesivos números del citado artículo 793.

La circunstancia de haberse producido acuerdo sobre los hechos y haberse solicitado por el Fiscal el pase al juicio inmediato en base a tal acuerdo, le obliga a ser congruente con sus propios actos y reproducir en su primer escrito de acusación como contenido de la conclusión primera, el hecho mutuamente reconocido, puesto que hasta ese momento no se ha practicado prueba que altere los hechos conocidos y aceptados. Igual vinculación debe entenderse por las mismas razones para el acusado, que también aceptó los hechos y solicitó, en base a tal aceptación, el pase al juicio inmediato y así debe alegrarlo el Fiscal. Otra cosa son las modificaciones que acusación y defensa puedan introducir en sus conclusiones definitivas como consecuencia del resultado de las demás pruebas practicadas en el juicio.

En este punto debe tomarse en consideración el cambio sustancial sufrido tras

la Constitución en el régimen de la confesión, tal como venía regulada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En ésta, el imputado, incluso una vez procesado, venía obligado a declarar cuantas veces lo interesara el Juez, el Ministerio Fiscal o el querellante (artículo 385), sin que pudiera negarse a contestar (artículos 392 y 395). Incluso esa negativa, si se producía en orden a los aspectos civiles de la causa, producía el efecto de tenerlo por confeso (artículo 700, párrafo último).

Tras la Constitución, el imputado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo y tiene derecho a no confesarse culpable (artículo 24.2 de la Constitución Española). Pero, por lo mismo, si con la debida asistencia de un Abogado, renuncia a tal derecho y declara voluntariamente aceptando los hechos de la acusación, de que previamente ha tenido que ser informado, esa confesión, voluntaria, jurídicamente asesorada y con conocimiento de las consecuencias que produce, en cuanto sea hecha o ratificada a presencia del Juez de Instrucción y con la asistencia de su Letrado, le vincula y puede ser invocada como prueba en el acto del juicio, máxime si en base a ella el propio acusado ha solicitado a la vez que el Fiscal, el pase al enjuiciamiento inmediato, produciendo voluntariamente unos efectos jurídico-procesales legalmente predeterminados. Esta, y no otra, es la filosofía de la regla 5.ª del artículo 795.5.

Ciertamente, esa admisión o confesión de los hechos no releva al Fiscal de proponer en el escrito de acusación prueba sobre otros particulares relacionados con los mismos y objeto de debate en el juicio —tasación de los daños confesados; tiempo de curación de las lesiones cuya causación se ha reconocido; etc.— para lo que utilizará las facultades que los artículos 781 y 793.2 le conceden.

e) *El trámite de formulación de los escritos de defensa y el tratamiento del acusado ausente*

Los escritos de defensa serán formulados por el acusado y los terceros responsables civilmente, debidamente comparecidos, y a quienes se dará traslado común por el plazo de cinco días de las actuaciones conteniendo los escritos de acusación, mediante entrega de la causa original o por fotocopia.

El escrito de defensa contendrá unas conclusiones correlativas con las de la acusación (artículo 791.2). No se dice aquí que esas conclusiones correlativas expresarán «si están o no conformes con cada una» de las de la acusación, como dice el artículo 652, cuya laxa interpretación permitió la práctica de que las defensas formularan lo que se ha dado en llamar «conclusiones negativas», mera disconformidad con las de la acusación, pero incumpliendo la prescripción de consignar «los puntos de divergencia». Tal práctica, sin embargo, suele hoy resultar perjudicial para los propios defendidos, por cuanto el reforzamiento del principio acusatorio y la pérdida de los poderes dispositivos del Tribunal, pueden impedir a éste hacer calificaciones más benévolas o apreciar elementos influyentes en un fallo más benigno, que nadie ha postulado en el juicio, por lo que cabe esperar que las experiencias negativas que en este aspecto puedan tener los Letrados defensores les lleven a formular unas conclusiones de defensa más ortodoxas y que tutelen mejor los derechos de su representado (vid., por ejemplo, sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio y 23 de septiembre de 1987).

Ya queda dicho que en este trámite podrá reproducirse la conformidad del acusado, que debe entonces firmar el escrito con su Letrado (artículo 791.3), cualquiera que sea la pena pedida por las acusaciones, pero siempre con la más grave de éstas. La entidad de la pena no limita la conformidad, aunque sí juega en las facultades del Tribunal al dictar la sentencia de conformidad, como también quedó dicho.

En este trámite es en donde puede declararse la rebeldía del acusado. Esta se producirá en dos supuestos diferenciados:

1.º) Si el acusado hubiere señalado domicilio para las notificaciones o designado persona para recibirlas, sólo se declarará su rebeldía, aunque se encuentre en paradero ignorado, si la petición de pena excediera de un año de privación de libertad o de seis si fuere de distinta naturaleza, ya que en otro caso, al poder producirse la citación para el juicio en el lugar o persona designados, con lo que dicho juicio podrá celebrarse en su ausencia (artículo 793.1, párrafo 2.º), es innecesaria tal declaración de contumacia.

2.º) Aunque la ley no lo diga expresamente, si, dándose las condiciones anteriores, el acusado se encuentra en ignorado paradero y por las circunstancias del caso el Fiscal no estima procedente el juicio en ausencia o el Tribunal atiende a las razones de la defensa que se oponga a su celebración, también deberá declararse la rebeldía del incomparecido. Aunque en este caso tal declaración habrá de hacerla el Tribunal, a cuya disposición no está el reo y no el Juez de Instrucción que desconoce en el trámite intermedio si el juicio en ausencia podrá o no celebrarse.

3.º) Si no hubiere señalado tal domicilio o personas o si la pena excediere de un año, procede siempre su rebeldía si, citado por requisitorias, no comparece o es habido (artículo 791.4).

4.º) Recordemos que en la fase de previas pueden también publicarse requisitorias respecto al citado que no tuviere domicilio conocido, si bien tal publicación tiene carácter potestativo y excepcional (artículo 784).

f) *La determinación del órgano del enjuiciamiento*

En el momento de acordar la apertura del juicio oral, y por el principio de concentración, en el propio auto que lo acuerde «señalará» el Juez de Instrucción «el órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa» (artículo 790.6, último párrafo). Aunque el texto legal parece referirse sólo al supuesto de que alguna de las partes acusadoras solicite que el hecho sea enjuiciado por la Audiencia Provincial, también debe expresarse el acuerdo de remisión al Juez de lo Penal, cuando las partes estén conformes en su competencia para el enjuiciamiento, no sólo por la propia necesidad de que conste a quien se remiten los autos y se notifique tal remisión a las partes, sino también por disponerlo así el artículo 791.5.

Lo que quiere decir el artículo 790.6, último párrafo, es que, cuando entre las acusaciones haya divergencias en orden a qué órgano corresponde celebrar el juicio oral, y alguna de ellas —sea el Fiscal, sea la acusación particular, produciéndose así cambio de tratamiento respecto a análogo problema en las derogadas diligencias preparatorias— entendiera que la competencia es la de la Audiencia, el Juez de Instrucción deberá abordar razonadamente el tema en su auto de con-

clusión, resolviendo lo que según su criterio mejor se acomode a las reglas que regulan las competencias del Juez de lo Penal y la Audiencia Provincial.

Por supuesto, si todas las acusaciones están conformes en que la competencia del enjuiciamiento corresponde a un órgano determinado —Juez de lo Penal o Audiencia Provincial— así deberá acordarla el Juez de Instrucción, sin perjuicio de la facultad de aquel órgano para examinar de oficio su propia competencia.

3. La fase del juicio oral

A lo largo de esta Circular se han ido anticipando, por razones metológicas, muchas de las novedades y cuestiones de la regulación del juicio oral en el procedimiento abreviado, en especial las referentes al juicio inmediato, las conformidades en esta fase y el contenido de la sentencia, tanto la de conformidad como la dictada tras debate contradictorio. Son, sin embargo, tantas las novedades de esta fase del procedimiento, que debemos detenernos sobre ellas, teniendo en cuenta que las prescripciones legales son en general las mismas, se celebre el juicio ante el Juez de lo Penal o se haga en la Audiencia.

a) *La iniciación del juicio*

El juicio oral se inicia por un auto de contenido análogo al previsto como norma general en el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; esto es, examinando las pruebas propuestas, admitiendo las pertinentes y rechazando las demás. Este auto prevendrá además lo preciso para la práctica de la prueba anticipada pedida y librára las comunicaciones precisas para la reclamación de documentos, citación de peritos y testigos y demás precisas para asegurar la práctica de la prueba en las sesiones del juicio, cuando así lo hayan interesado en sus escritos las partes. Señalará igualmente la fecha para la celebración del juicio oral, conforme a las pautas de preferencia que se citan en el punto 2 del artículo 792.

Como es norma general, contra este auto no cabe recurso alguno, sin perjuicio de alegar lo que proceda en los recursos contra la sentencia y de la facultad de reproducir la petición de la prueba denegada al iniciarse las sesiones del juicio, incorporando la que las partes manifiesten tener disponible en ese acto (artículo 792.1, párrafo 2.º).

El auto de iniciación del juicio se dictará «en cuanto las actuaciones se encontrasen a disposición del órgano competente para el enjuiciamiento» (artículo 792.1). Esta norma encierra una contradicción con el último inciso del artículo 791.5, que dispone que las actuaciones permanezcan en el Juzgado de Instrucción cuando el enjuiciamiento corresponda al Juez de lo Penal y éste se desplace periódicamente a la sede del primero, para celebrar los juicios orales. Si así fuera, el Juez de lo Penal lo primero que tendrá que hacer al instalarse en el Órgano a que se hubiese desplazado será examinar los asuntos pendientes para admitir la prueba, señalar el día de iniciación del juicio y disponer lo procedente para las citaciones oportunas, lo que o hará estéril el desplazamiento o dilatará en exceso su duración, salvo que los señalamientos se fijen para otro futuro desplazamiento. Esa posibilidad de desplazamiento se prevé en el adicionado apartado 3 del artículo 269 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Parece que los juicios inmediatos del artículo 789.5, resolución 5.^a, quedan excluidos de aquella posible conservación en el Juzgado de Instrucción, al disponer esa resolución que lo que se pida y debe acordar el instructor es precisamente el inmediato envío al Juez de lo Penal de las actuaciones.

b) *El juicio en ausencia del acusado*

El juicio oral habrá de celebrarse con la presencia del acusado y su Abogado defensor, como exigen los postulados del principio de defensa y del principio del juicio justo, en el que el enjuiciado debe tener, por imperativo de las normas de los Convenios internacionales suscritos por España sobre el tema (Pacto de Nueva York y Convención Europea de Derechos Humanos) la posibilidad de conocer las pruebas que contra él se utilizan, el resultado de las mismas y hasta intervenir contradictoriamente en su práctica.

No obstante, la incomparecencia del acusado citado en forma legal, sin motivo legítimo, produce dos efectos:

1.º) Si comparecieran otros co-reos, el de poder celebrarse el juicio contra éstos, si *oidas las partes*, el Juez o Tribunal así lo acuerda. Pero, obsérvese que frente a la norma general de los artículos 746, número 5, y 801, párrafo 3.º, aquí no es suficiente la simple incomparecencia del acusado, sino que aquélla habrá de producirse sin motivo legítimo, apreciado por el Juez o Tribunal.

2.º) Si se tratase de acusado único, o de acusado conjunto con otros comparecientes, el de poder ser juzgado en ausencia, siempre que se den los siguientes requisitos:

a) Haber sido citado en forma, ya *personalmente*, ya *en el domicilio* que en las diligencias previas haya fijado al efecto, ya en la *persona* que también haya designado en aquellas diligencias para recibir notificaciones.

b) Que lo pida el Ministerio Fiscal o la parte acusadora. La defensa sólo tiene que ser oída, sin que su oposición sea obstáculo para celebrar el juicio, si el Tribunal lo acordase así.

c) Que la pena más grave de las pedidas no exceda de un año de privación de libertad o, si es de naturaleza distinta y tenga fijada duración en el Código, ésta no exceda de seis años.

d) Y, por supuesto, que esté presente e intervenga el Abogado defensor. Aunque la ley expresamente no lo diga, lo exige el principio de defensa.

La cuestión que se plantea, por cierto no baladí por cuanto, como veremos, incide en las lagunas del recurso de anulación, es la de si la celebración del juicio en ausencia puede darse tan sólo en los que son competencia del Juez de lo Penal o también si puede celebrarse ante la Audiencia Provincial, siempre que, aun siendo castigado el delito con una pena tipo competencia de aquel órgano colegiado, por las circunstancias del caso (eximentes incompletas atenuantes privilegiadas o cualificadas, imperfección delictiva, grado de participación) la pena concreta pedida sea de las que según la dicción legal, autoriza la celebración del juicio en ausencia del acusado.

Aunque de la Exposición de Motivos de la ley (párrafo 9.º) parece deducirse que ese juicio en ausencia iba a ser previsto, en principio, para los delitos menos graves, la cita expresa en el texto legal del «Juez o Tribunal» y el remitir la

condición a la entidad de la pena pedida y no a la que castiga al delito como viene haciendo en los demás preceptos referentes a la competencia, obliga a admitir que también la Audiencia Provincial puede celebrar juicios en ausencia, cuando se den los requisitos del artículo 792.1, párrafo 2.º, antes reseñados. Y esto es lógico, pues no va a estar vedado al Tribunal colegiado lo que se le permite al Juez de lo Penal.

Los señores Fiscales, en principio y ante la incomparecencia injustificada del acusado, deberán solicitar la celebración de tales juicios, en aras a la simplificación del proceso y de la obtención de una sentencia rápida que satisfaga los derechos del perjudicado por el delito. Sin embargo, queda a su sentido de prudencia y buen criterio abstenerse de tal petición en los casos en que, por la naturaleza del hecho, las pruebas disponibles a la previsión de que la sentencia en ausencia, más que facilitar la rapidez del proceso, puede ocasionar complicaciones futuras con perjuicio de las demás partes, estimen más aconsejable la suspensión del juicio. Como criterio general, siempre sometidas las coindiciones del caso concreto, los señores Fiscales deberán tender a promover los juicios en ausencia, cuando se trate de delitos de menor entidad y a oponerse a su celebración cuando el hecho perseguido sea grave o complejo, aunque por las circunstancias concurrentes, la pena solicitada entre dentro de los límites que autoricen tal juicio. Criterio general que encuentra su apoyo en la Exposición de Motivos, antes citada, y en la conveniencia de reducir en lo posible los problemas que la celebración de esos juicios por las Audiencias Provinciales, plantean a la hora de aplicar el recurso de anulación previsto en el artículo 797.2 de la Ley.

c) *El debate preliminar*

Tras la tradicional lectura de los escritos de acusación y defensa por el Secretario (obsérvese que respecto al paralelo precepto del artículo 701, párrafos 2.º y 3.º, se simplifica la dación de cuenta del Secretario), el primer trámite podrá ser la celebración de un debate, que se abrirá por el Juez o Tribunal, a instancia de parte. Este tipo de debate preliminar, tomado de los sistemas procesales de países próximos a nuestra cultura jurídica, responde a los principios de concentración y oralidad y pretende acumular en este incidente previo una serie de cuestiones que en el proceso ordinario daban lugar a incidencias sucesivas, que dilataban el proceso. En él se discutirán cuestiones propias de los artículos de previo y especial pronunciamiento, incluida la declinatoria de jurisdicción, ya por corresponder la competencia a un órgano de distinto grado, ya por no ser el procedimiento abreviado el que corresponde a la naturaleza del delito enjuiciado. También podrán invocarse nulidades de procedimiento por vulneración de derechos fundamentales o procesales esenciales, alegarse alguna causa de suspensión del juicio oral o discutirse el contenido y finalidad de las pruebas propuestas y no admitidas o que la otra parte considere inadmisibles, así como proponer nuevas pruebas a practicar en el juicio.

El debate será oral, las intervenciones se producirán por turno y versarán sobre el punto o puntos propuestos por quien pida el debate y el incidente será resuelto por el Juez o Tribunal en el mismo acto y sin que quepa otro recurso que el que se dé en su momento contra la sentencia. Esto último no lo dice

expresamente la ley, pero es la consecuencia necesaria del carácter concentrado del acto del juicio oral, que una vez iniciado debe concluir por sentencia.

d) *Desarrollo del juicio*

El desarrollo del juicio se efectúa en forma concentrada, esto es, continuando en tantas sesiones consecutivas como sean necesarias hasta su conclusión (artículo 793.4, que reproduce la norma del 744). Sin embargo, la suspensión del juicio, por las causas previstas en el artículo 746, aplicable como norma general a este proceso, no implica la ruptura de la concentración ni obliga a comenzar las sesiones de nuevo, si esa suspensión es por tiempo inferior a treinta días, lo que permitirá luchar contra las suspensiones torticeras si el Fiscal solicita y los Jueces o Tribunales acuerdan, un rápido señalamiento de las sesiones pendientes, ante la invocación de una causa de suspensión. La única regla es que el Juez o Tribunal deberá ser el mismo, como medio de conocer todo lo desarrollado en su presencia. El cambio del Juez o de uno de los miembros del Tribunal rompe tal regla y obliga a celebrar de nuevo la totalidad del juicio (artículo 793.4).

No será causa de la suspensión del juicio la alegación de imposibilidad de acreditar extremos que, no influyendo sobre la calificación, son necesarios para determinar la responsabilidad civil, como la sanidad, la tasación de los daños u otra causa análoga (respecto a la sanidad, debe tenerse en cuenta la reforma penal en tramitación en las Cortes, que desvincula la tipificación de las lesiones del tradicional criterio de la duración del tratamiento médico o la incapacidad) cuando tales extremos puedan acreditarse en la ejecución de sentencia.

Otra particularidad de la suspensión es la de admitirse que, en el caso de que las acusaciones modifiquen sus conclusiones, cambiando la tipificación de los hechos, la modalidad de participación, el grado de ejecución del delito o apreciando nuevas circunstancias de agravación de la pena, ya genéricas, ya específicas, ya constitutivas de un subtipo penal agravado, el Juez o Tribunal podrá conceder un aplazamiento de la sesión, hasta un límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar pruebas sobre los nuevos cargos. Practicadas estas pruebas, las acusaciones podrán modificar de nuevo sus calificaciones, en función del resultado de esa nueva prueba de descargo.

La regla es una consecuencia del principio acusatorio y la igualdad de armas de las partes. En virtud de aquel principio al Fiscal —y, en general, a las acusaciones— corresponde aportar las pruebas de su acusación con conocimiento del acusado, de forma que éste pueda defenderse. Una modificación de la acusación tras el juicio, contradice el principio y desequilibra la igualdad de las partes, en contra del acusado que estaba prevenido para defenderse de una acusación y de pronto se ve sorprendido por otra nueva. Para restituir la igualdad rota y permitirle ejercer en forma el principio de defensa, es preciso concederle un plazo para preparar las pruebas de descargo contra la acusación sorpresiva. En definitiva, el derecho a ser debidamente informado de la acusación con tiempo para preparar las pruebas de descargo, forma parte del derecho de defensa. Precisamente por corresponder a la acusación el protagonismo y la iniciativa en el proceso, no se da igual necesidad de disponer de plazos excepcionales, ante los descargos o modificaciones de los planteamientos de la defensa, que ha de ir

siempre a remolque y en antagonismo con la acusación. Sólo una trasnochada adherencia a los restos del principio inquisitivo que aún perduran en nuestro proceso o el desconocimiento de lo que representa el principio constitucional de defensa, puede permitir la afirmación de que la regla que comentamos rompe con la igualdad de las partes en el proceso.

En orden a la prueba, su práctica se regirá por las normas generales del juicio oral en el procedimiento ordinario, incluida las referentes a la prueba anticipada y con la sola especialidad de que el informe pericial puede ser rendido por un solo perito, como ocurría en el procedimiento de urgencia (artículo 793.5).

Por último, la fase de conclusiones definitivas y de informes orales se desarrollará conforme a las reglas del procedimiento ordinario, sin más especialidades que el peculiar contenido que adopta en este proceso el «planteamiento de la tesis», del que nos ocuparemos luego más extensamente.

e) *La eventual modificación de la competencia en esta fase*

Las modificaciones de conclusiones, aparte el aspecto de la posible suspensión para mejor ejercer la defensa ya mencionado, puede influir sobre la competencia del órgano enjuiciador. Las posibilidades que pueden darse serán:

1.º) Que el juicio se celebre ante el Juez de lo Penal y todas las acusaciones modifiquen solicitando pena que exceda de su competencia.

En tal caso, el Juez debe declararse incompetente y remitir las actuaciones a la Audiencia.

2.º) Que unas acusaciones soliciten pena de la competencia del Juez de lo Penal y otras eleven la petición de pena a los límites que son competencia de la Audiencia Provincial. En este caso, el Juez resolverá lo que estime pertinente acerca de la continuación o finalización del juicio (artículo 793.8, «in fine»).

3.º) Que el juicio se celebre ante la Audiencia Provincial y se modifiquen conclusiones calificando los hechos por todas las partes acusadoras, como constitutivos de delitos competencia del Juez de lo Penal. La Audiencia debe concluir el juicio y dictar sentencia, por economía procesal, a virtud del principio «el que puede lo más, puede lo menos».

4.º) Que en juicio ante la Audiencia se modifiquen las conclusiones apreciando delito propio del procedimiento ordinario. También dictará sentencia la propia Audiencia, ya que el juzgar esos delitos es competencia que le está atribuida y debe aplicar el principio de conservación de los actos ya practicados consagrado en el artículo 780, párrafo 2.º, no retrocediendo en el procedimiento.

5.º) Que cualquiera que sea el órgano de enjuiciamiento, las acusaciones terminan calificando los hechos como falta. También deberá aquél aplicar el principio de que «quien puede lo más, puede lo menos» y dictar sentencia en el juicio celebrado.

Diremos, por último, que del desarrollo del juicio, se levantará el acta tradicional, firmada por todos los intervinientes y que puede ser completada o *sustituida* por cualquier modo de reproducción mecánica, oral o escrita, autenticado por el Secretario. Esta última forma parece la preferible cuando se trate de juicios celebrados ante el Juez de lo Penal, contra cuya sentencia cabe recurso de apelación, que debe resolver el Tribunal «ad quem», con plenitud de jurisdicción, lo

que le permite reexaminar la prueba practicada, para lo que es conveniente, en evitación de errores de estimación, disponga del más completo resultado de su práctica en el juicio oral, pudiendo, incluso decirse si la reproducción es oral, que la intermediación de la prueba se mantiene también ante el Tribunal de Apelación.

f) *La facultad de interpelación del Tribunal a las partes*

El párrafo 2.º del punto 6 del artículo 793 concede al Tribunal la facultad de dirigirse al Fiscal y a las partes solicitando un mayor esclarecimiento de aspectos concretos de la prueba y la calificación jurídica de los hechos.

Esta facultad, que viene a sustituir a la del artículo 733, está también tomada de la «praxis» de ciertos Tribunales europeos, en especial los de carácter internacional. Es el único momento en que se concede iniciativa al Tribunal para plantear los términos que a su juicio deben centrar el debate. En absoluto representa un prejuicio, pues se plantea cuando la audiencia oral se ha desarrollado ya, la prueba se ha practicado y las partes van a mantener o modificar sus conclusiones, esto es, cuando dispone ya de los elementos de juicio que las partes le han ofrecido. Y es un medio que se concede al juzgador para cooperar mejor a la realización de la justicia.

Los puntos que puede plantear el Tribunal pueden ser de hecho —aquellos cuya prueba no haya percibido claramente— o de derecho —aquellos sobre cuyo fundamento jurídico, dados los hechos alegados y probados, le surjan dudas—. La finalidad es excitar al Ministerio Fiscal y a las partes para que, o bien reflexionando sobre ellos modifiquen sus conclusiones, acomodándolas mejor a la resultancia del juicio, o bien le ilustren expresamente sobre tales puntos en sus informes, para mejor despejar las dudas del Tribunal.

Esta facultad del Tribunal no rompe el vínculo entre la acusación y el que debe ser contenido de la sentencia; esto es, no permite, como ocurría con la tradicional «tesis», condenar por delito más grave —ni siquiera por delito de distinta naturaleza— que el que es objeto de acusación, ni introducir hechos no contenidos en aquélla, ni apreciar agravantes no alegadas por las acusaciones o imponer pena más grave de la pedida. Téngase en cuenta que hoy tampoco lo permite el uso del artículo 733, el que, según la más reciente jurisprudencia (vid., por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1987) debe ser interpretado a la luz de las normas constitucionales, en especial el artículo 24, lo que obliga tanto a mantener inalterables o idénticos los hechos de la acusación y los de la sentencia condenatoria, como a no cambiar el título de imputación introduciendo calificaciones heterogéneas de aquellos hechos o elementos agravatorios de la condena no alegados por las partes. Por ello, el planteamiento de la «tesis» —y «mutatis mutandis» la solicitud de ilustración o esclarecimiento por el órgano enjuiciador del procedimiento abreviado— sólo tiene el efecto de excitar a las acusaciones a hacer un nuevo planteamiento, que sólo si es aceptado por aquéllas puede ser acogido por el Tribunal. Pero si las acusaciones mantienen su inicial planteamiento, el Tribunal no puede acoger su «tesis» en la sentencia, pues entonces se convertiría en acusador y juzgador, comprometiendo así su imparcialidad y provocando la indefensión del acusado.

Esta regla sustituye a la del artículo 733, que no es aplicable en el procedimiento abreviado, en cuanto se da en éste un nuevo y específico tratamiento a tal facultad, más amplio en su contenido por lo que se comprenden dentro de él los términos que son propios del artículo 733, sin que los efectos procesales sean distintos en uno y otro caso, como queda dicho. Consecuencia de esa sustitución es que el Juez de lo Penal o el Tribunal no vienen sujetos, al utilizar esta facultad, a la fórmula estereotipada del artículo 733, teniendo libertad para redactar los puntos cuyo esclarecimiento soliciten del Fiscal y las partes.

g) *Las sentencias*

Las sentencias se dictan en la forma establecida en el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y por imperativo constitucional (artículo 120.3 de la Constitución Española) habrán de ser motivadas. el plazo para dictarla será de cinco días, modificándose así el general más breve de tres días señalado en el artículo 203 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que es paradójicamente el que rige en el procedimiento ordinario. El Juez de lo Penal (pero no la Audiencia Provincial) puede, sin embargo, dictar sentencia «in voce» en el acto (no «anticiparla» como ocurría en la Ley Orgánica 10/1980), documentándose el fallo mediante fe de Secretario en anexo al acta, sin perjuicio de darle posteriormente la forma escrita legal. Si el Fiscal y las partes muestran su acatamiento al fondo, expresando su renuncia a recurrir, el Juez podrá resolver «ipso facto» sobre la aplicación de la condena condicional, previa declaración de firmeza de la sentencia.

El principio acusatorio, consagrado en el artículo 794.3, impide que en la sentencia, cualquiera que sea el órgano que la dicte, se imponga pena cuya cuantía exceda de la más grave de las pedidas por las acusaciones, o que se condene por delito distinto del que fue objeto de acusación, salvo que ello no implique la alteración sustancial de los hechos sometidos al debate del enjuiciamiento o los bienes jurídicos tutelados en el delito acusado y el sentenciado sean iguales u homogéneos. Debe tenerse en cuenta que esta regla es consecuencia no sólo del principio acusatorio, sino también, como ha señalado el Tribunal Constitucional, del derecho a ser informado de la acusación, que forma parte del derecho a la defensa, e incluso del principio de contradicción, por lo que para valorar si la sentencia introduce alteraciones sustanciales en los hechos o su calificación jurídica habrá de estar tanto a los escritos de acusación como a los de defensa, ya que está permitido al Tribunal apreciar hechos o condenar por delitos que, aún no recogidos o calificados en los escritos y alegatos de las acusaciones, si han sido introducidos en el debate por la defensa, ampliando así el objeto procesal y sometiéndolos al enjuiciamiento del Tribunal.

Estos puntos de la alteración sustancial de los hechos y de la identidad u homogeneidad del bien jurídico, pueden ofrecer especiales dificultades interpretativas por guardar una íntima relación con la doctrina del objeto del proceso penal, tema sobre el que se dan diversas posiciones. Sobre el «hecho» se mantienen dos posiciones extremas la interpretación naturalística, que entiende por objeto del proceso el «hecho de la vida» sometida a él, esto es, el acontecimiento natural cuya causación se atribuye al acusado; y el «hecho normativo» que identifica el objeto del proceso con el hecho jurídicamente valorado que se acomoda a

la hipótesis legal del delito objeto de acusación, esto es, el «hecho penal» que, dentro del acontecer de la vida o hecho natural, acota los términos que deben ser fijados en la sentencia como subsumibles en el tipo imputado.

En tal sentido, entre una imputación de estafa y una de apropiación indebida, aunque el bien jurídico tutelado por ambas figuras sea el mismo, puede darse una alteración sustancial del hecho, ya que en la estafa el núcleo fáctico está en la recepción de la cosa mediante el uso de un engaño, con ánimo de lucro antecedentes a esa recepción, y en la apropiación indebida hay una recepción de la cosa por un título válido y legítimo y una posterior apropiación, con un ánimo de lucro que surge tras aquella recepción. Es obvio que el planteamiento del derecho de defensa puede ser distinto según la acusación sea por uno u otro de esos delitos, jurídicamente análogos, pero fácticamente diversos. Sin embargo, la cuestión no es pacífica en cuanto el Tribunal Constitucional consideró no vulnerado el artículo 24.2 de la Constitución Española en un cambio entre los delitos de rapto y de violación (sentencia 12/1981), ni en el supuesto de condena por imprudencia en una acusación por asesinato, en la que el fundamento de la discusión de fondo era la inducción (sentencia 105/1983).

Algo parecido cabe decir de un cambio de agravantes en que manteniéndose la pena, se introduce una alteración del hecho, prescindiendo del elemento fáctico que fundamentaba la agravante apreciada por la acusación e introduciendo el que sirve de base a la apreciada en la sentencia.

Por otra parte, la identidad o diversidad del bien jurídico también puede plantear problemas en ciertos puntos en que la doctrina penal no es pacífica. Así, para quienes sustentan que el bien jurídico de la vida y el bien jurídico de la salud e integridad física son heterogéneos, entre un homicidio o asesinato frustrado y unas lesiones consumadas existe una *diversidad* de bien jurídico protegido. En cambio, para quienes sustentan la tesis de que el bien jurídico de la salud e integridad física es un embrión o estado inicial comprendido en el más amplio concepto de la vida; esto es, quienes afirman la homogeneidad de ambos bienes jurídicos, encontrarán correcto y no atentatorio al principio acusatorio, transformar una acusación de homicidio frustrado en una condena de lesiones consumadas, que además conlleva menos pena.

Aunque el artículo 794.3 lo que hace es recoger la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre la correlación entre acusación y sentencia, en los términos del principio acusatorio y el derecho de defensa, como se dijo en lo más arriba expuesto, tal doctrina, que en el ámbito de los principios es clara, no siempre lo es como queda visto en el terreno de la práctica, por lo que los señores Fiscales deben obrar con prudencia y en los casos dudosos utilizarán el mecanismo legal de la formulación de la calificación definitiva de forma alternativa, que cubra todas las posibilidades que del debate del juicio oral parezcan desprenderse, en evitación de que lleguen a producirse sentencias absolutorias por estimar el Tribunal que los hechos acusados son constitutivos de delito, pero no del delito objeto de acusación, sino de otro cuyo «hecho normativo» contenga un elemento sustancialmente distinto o cuyo bien jurídico sea diverso de aquel que fue objeto de acusación y por el que debe absolver al no estimarlo concurrente, viéndose impedido de condenar por el otro distinto que sí estima existente, al no haber sido objeto de acusación.

4. La fase de ejecución

La ejecución de las sentencias corresponde al órgano que las haya dictado y se llevará a cabo según las normas generales. Las especialidades de la ley se refieren al incidente de fijación de indemnizaciones a la ejecución de la condena a privación del permiso de conducir y a la posibilidad de interesar la inmediata ejecución de las responsabilidades civiles, aunque se presente recurso de apelación contra la sentencia condenatoria.

a) *El incidente de fijación de indemnizaciones*

El nuevo procedimiento autoriza a que las indemnizaciones civiles no se fijen en la sentencia, sino que se limite ésta a declarar su procedencia y a establecer las bases o baremos conforme a los que deben fijarse la cuantía definitiva en la ejecución de sentencia.

El artículo 798, regla 1.ª, regula el incidente que en ejecución de sentencia deberá seguirse si se da aquel supuesto, en el que podrá practicarse prueba, ceñida exclusivamente a los términos establecidos en las bases fijadas en la sentencia, sin que pueda discutirse en tal incidente ni la procedencia de la indemnización, ya declarada por sentencia firme, ni la corrección o acertado de las bases, que son también cosa juzgada.

El auto que resuelva el incidente es apelable, según los términos de la regulación general de la apelación establecidos en el artículo 787.3.

La existencia de este incidente, en el que el Fiscal debe ser parte, le permite una mayor flexibilidad a la hora de redactar su escrito de acusación. Si en tal momento no dispone de todos los elementos de juicio para precisar el importe de las indemnizaciones a solicitar para los perjudicados, podrá optar, como ya se dijo, por establecer los criterios en base a los cuales deberá fijarse tal importe en la sentencia.

b) *La pena de privación del permiso*

Establece la regla 2.ª del artículo 798, la forma de ejecución de la pena de privación del permiso de conducir, que no introduce especiales novedades sobre el régimen hasta ahora vigente contenido en el artículo 803, regla 2.ª, cuyo texto, que se ha derogado expresamente, reproduce con mínimos retoques semánticos la nueva regla.

La previsión de que el mandamiento expedido a la Jefatura Central de Tráfico contenga, junto con la orden de dejar sin efecto «el permiso retirado», la de que «no expida otro nuevo hasta la extinción de la condena», confirma la interpretación en su momento expuesta, de que en el contenido de esa pena entra también la prohibición de expedir permiso de conducir al condenado que careciera de él al momento de la condena.

c) *La ejecutoriedad inmediata de las sentencias de instancia en materia de responsabilidad civil*

Los pronunciamientos de las sentencias de instancia sobre responsabilidad civil serán susceptibles de ejecución, aunque aquellos sean recurridos. Tal ejecución será provisional y en los términos que el artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé para los casos de resoluciones apelables en ambos efectos que «condenen a una cantidad líquida a cuya liquidación pueda efectuarse por simples operaciones numéricas a tenor de lo dispuesto en el fallo» (artículo 385, párrafo 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En consecuencia, son ejecutables provisionalmente las sentencias que contengan pronunciamientos sobre responsabilidad civil cuya cuantía esté precisada en el fallo o éste determine los módulos para el señalamiento de esa cuantía, de modo que su fijación pueda realizarse por simples operaciones aritméticas o pueda ser determinada fácil y precisamente.

También podrán ejecutarse provisionalmente las sentencias con objeto o naturaleza diferente —indemnización a fijar en el incidente de ejecución, mediante aportación de nuevas pruebas o elementos— cuando el Juez considere que con su ejecución no se puede ocasionar un perjuicio irreparable.

Para la ejecución provisional habrá que estar a las condiciones, plazos y formas que prevé el artículo 385, párrafo 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De destacar es el requisito de la prestación de fianza no personal o aval bancario para responder de lo que se perciba y de los daños y perjuicios que a la otra parte pueda ocasionar, sin cuya prestación no podrá ejecutarse provisionalmente el fallo.

Como quiera que el artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil está previsto sólo para las resoluciones susceptibles del recurso de apelación, habrá que plantearse si las únicas sentencias penales susceptibles de esa ejecución provisional sean las dictadas por el Juez de lo Penal o cabe también tal ejecución provisoria respecto a las sentencias de la Audiencia Provincial susceptibles, no de apelación, sino de casación. La respuesta debe ser afirmativa, y así lo postularán los señores Fiscales, no sólo porque el artículo 989 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es norma común a todos los procedimientos penales, sino porque de otro modo se introduciría una desigualdad de tratamiento, con privilegio para los perjudicados cuya causa se enjuiciara por los Jueces de lo Penal, que no tiene justificación en los propios términos de la ley y en los fundamentos de esa ejecución provisional, que alcanza por igual a todos los supuestos de indemnización de los daños causados por un comportamiento delictivo.

VI. LOS RECURSOS EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

En el tratamiento dado a los recursos por la Reforma de la Ley Orgánica 7/1988, hay que distinguir tres temas, que merecen examen diferenciado: el régimen general de los recursos durante la tramitación del proceso, los recursos contra las sentencias y el recurso extraordinario de anulación.

1. Los recursos durante la tramitación del procedimiento

Los recursos que se admiten durante la tramitación se dan sólo contra las resoluciones en forma de auto, conforme establece el artículo 787.1, en congruencia con lo también dispuesto como norma general en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, ello no es obstáculo para que sea también aplicable en este procedimiento la doctrina general que admite como posible el recurso de reforma contra las providencias que, por no ser de mera tramitación u ordenación material del proceso, como dice el artículo 245.1 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por su contenido debieran haber adoptado la forma de auto, conforme a las prescripciones del punto 2, apartado b), de aquel precepto orgánico y las del artículo 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta doctrina es congruente con la finalidad de la ley que lo único que pretende es que no se recurran las resoluciones que se limitan a ordenar el proceso, pero sin contener decisiones que afecten a los derechos o posiciones de las partes en el proceso, mientras considera recurribles las que contengan una decisión del Juez o Tribunal que afecte, formal o sustancialmente, a tales derechos.

a) Los recursos admisibles con carácter general son los de *reforma y queja*, quedando la apelación reducida a un recurso excepcional, admisible sólo en los casos en que los preceptos reguladores de este procedimiento («en este Título») expresamente lo señalen. Queda así el recurso de queja convertido en un recurso supletorio de la apelación, con tramitación especial más amplia que la que establecen las normas generales (artículos 233 a 235) como ya disponía para el procedimiento de urgencia el derogado artículo 787, la redacción de cuyo párrafo 2.º se reproduce literalmente, por lo que no se deben presentar problemas que ya no sean conocidos por los señores Fiscales, en su experiencia en la utilización de ese recurso en el procedimiento derogado.

b) El recurso de apelación contra resoluciones que no sean sentencias, se da sólo en los casos expresamente determinados. Examinando la ley resulta que tales casos son:

1.º El auto de conclusión de las diligencias previas, adoptando alguna de las resoluciones previstas en el artículo 789.5.

2.º El auto acordando el sobreseimiento de oficio por el Juez (artículo 790.6, párrafo 1.º).

3.º El auto denegando la apertura del juicio oral (artículo 790.7, párrafo 2.º).

4.º El auto dictado por el Juez de lo Penal resolviendo el incidente de fijación de las indemnizaciones en la ejecución de sentencia.

El recurso de apelación se tramitará en la misma forma y términos que para el recurso específico del procedimiento de urgencia, establecían los párrafos 4.º y 5.º del antiguo artículo 787, ya conocida de los señores Fiscales. Hay únicamente dos novedades: la posibilidad de interposición directa del recurso de apelación, sin que sea necesario utilizar el previo de reforma; y la alteración del orden de la tramitación, que ahora será en el Juzgado de Instrucción, ante el que deberán presentar el apelante y las demás partes sus escritos, mientras la elevación a la Audiencia se produce sólo para resolución dentro de los tres días siguientes, lo que repercute en la no obligatoriedad de personamiento del apelante ante la Audiencia, cuya falta determinaba antes se declarase desierto el recurso. El recurso ahora no quedará nunca desierto.

Sorprende que tras la Constitución y el mandato del artículo 120.3 sobre el carácter predominantemente oral del proceso criminal, se mantenga en la reforma el carácter de tramitación escrita que a este recurso daba la reforma de 1967, contra el criterio general de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que prevé una vista oral para la discusión de estos recursos ante el órgano de apelación (cfr. artículo 229 de aquella ley).

El órgano que debe conocer de la apelación (y también de la queja) es, en todos los casos, la Audiencia Provincial, según la competencia que le otorga el artículo 82.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A estos efectos el Juez de lo Penal no es órgano superior al Juez de Instrucción, sino que se halla situado en el mismo plano orgánico.

2. Los recursos contra las sentencias

Contra las sentencias del Juez de lo Penal se da el recurso de apelación ante la Audiencia Provincial (artículo 795.1). Contra las sentencias de ésta, dictadas en única instancia, cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo (artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). (Si la sentencia es de un Juez Central, la apelación será ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.)

La tramitación del recurso de apelación es también análoga a la que el derogado artículo 792 establecía contra la sentencia en las diligencias preparatorias, sólo que también aquí la tramitación se produce ante el órgano «a quo» y se eleva a la Audiencia para su resolución, insistiéndose en el principio de escritura y admitiéndose la vista sólo en dos supuestos:

1.º) Cuando la Sala la estime necesaria para la correcta formación de una convicción fundada, y lo acuerde así.

2.º) Cuando el recurso contenga proposición de prueba, que sea admitida, en cuyo caso la vista comenzará por la práctica de esa prueba.

En el primer caso, el acuerdo de vista es facultativo, y, en el segundo, preceptivo.

Al no ser necesaria la personación de las partes ante el órgano «ad quem», éste deberá citarlas expresamente para la Vista.

Naturalmente, en todo caso, las partes podrán indicar en sus escritos que consideran precisa la celebración de Vista, pero tal petición no vincula al Tribunal ni éste tiene que resolver expresamente sobre la denegación, al ser la no celebración de Vista la regla general.

Esta insistencia en el principio de escritura debe obligar a los señores Fiscales a revisar sus criterios internos sobre el despacho de los recursos de apelación, pues ya no podrán darse por instruidos reservando la exposición de su postura y argumentos para el acto de la Vista, sino que sus escritos, tanto interponiendo el recurso de apelación como oponiéndose o adhiriéndose a los interpuestos por las partes, deberán ser fundados y recoger todos los argumentos en que basen su postura, tal como los expondrían en otro caso en la Vista oral.

Tal vez por ese mismo carácter fundado del escrito de apelación, el plazo para ésta ha sido ampliado hasta 10 días. El punto 2 del artículo 795 señala que tal escrito debe exponer ordenadamente las alegaciones sobre quebrantamientos de las normas y garantías procesales, error en la apreciación de las pruebas e infracción del precepto constitucional en las que se base la impugnación. Si

se fundamentan en infracciones procesales que determinen la nulidad por producir indefensión y no poder ser subsanadas en segunda instancia (doble condición para que tal nulidad se declare) se citarán las normas legales y constitucionales que se consideren infringidas, las razones de la indefensión y el haberse pedido la subsanación de la falta, salvo que ésta se produjera en momento en el que fuera imposible la reclamación.

Las resoluciones acordadas en la sentencia que resuelva el recurso son las mismas que preveía la derogada regulación de las diligencias preparatorias (cfr. artículos 796.2 actual y 792.7 derogado).

La sentencia resolviendo la apelación tiene carácter definitivo, por lo que contra ella sólo caben los recursos extraordinarios de revisión y anulación del juicio en ausencia.

3. El recurso extraordinario de anulación

La reforma introduce en su artículo 797.2 este nuevo remedio procesal, congruente con la posibilidad de celebrar juicios en ausencia del acusado al que debe concedérsele un medio de defensa por el que pueda acreditar que tal celebración no fue justificada o que su no presencia y la falta de intervención en el proceso condujo a que se dictara una resolución injusta.

Aceptando el fundamento y la necesidad de articular tal tipo de recurso, hay que agregar que la excesiva parquedad de su regulación deja subsistentes un gran número de problemas. La Ley se limita apenas a señalar el plazo, que es el mismo de la apelación —10 días—; y el día inicial de su cómputo, que será el del momento en que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia, conocimiento que debe dársele en todo caso a través de la notificación prevista en el artículo 797.1, cuando comparezca voluntariamente o sea habido; y a los requisitos, trámites y efectos, para los que se remite al recurso de apelación. Todo lo demás queda entregado al juicio del intérprete, como siempre sometido a la decisión de los Tribunales, que son quienes tienen la potestad constitucional de interpretar y aplicar las leyes. Pero esto no releva a esta Fiscalía General del Estado de ofrecer a los señores Fiscales unas instrucciones y puntos interpretativos de la ley en este punto, que les sirvan de orientación y contribuyan a mantener la unidad de actuación y la uniformidad de los criterios de las Fiscalías.

a) El primer problema es la clave de sentencias contra las que puede formularse el recurso, toda vez que como se dijo en su momento, el juicio en ausencia, aunque generalmente se dará ante el Juez de lo Penal, no queda excluido de la competencia de la Audiencia Provincial cuando, por las circunstancias del caso, la pena tipo que determina la competencia de la Audiencia se convierte en una petición concreta de un año de privación de libertad o pena de naturaleza distinta y duración que no exceda de seis años. Aunque el artículo 793 habla del Juez o Tribunal, el artículo 797.2 parece fijar su atención sólo en las sentencias del Juez de lo Penal, al decir «la sentencia dictada en ausencia, haya sido o no apelada», pero si vamos al proyecto vemos que, con mejor técnica decía «haya sido o no recurrida», término este último sustituido por una impremeditada corrección de estilo por el de «apelada» a lo largo de la tramitación parlamentaria. Sin embargo, como el trámite que se da al recurso es el de una apelación,

surge la duda de sí, no siendo apelables las sentencias de las Audiencias, cabe contra las por ellas dictadas en ausencia este recurso de apelación.

La respuesta a la cuestión debe ser, sin perjuicio de los criterios que en su día pueda sentar la Jurisprudencia, afirmativa por cuanto el derecho de defensa obliga a admitir en todo caso esa posibilidad de recurso al reo juzgado en ausencia y, además en otro caso, se rompería el principio de igualdad de tratamiento en cuanto, con igual fundamento, se concedería un recurso a unos reos y se negaría a otros.

La aceptación del criterio anterior plantea ante qué órgano debe verse el recurso de anulación contra las sentencias de las Audiencias, órgano que no puede ser otro que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, cuya competencia, según el artículo 57.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se extiende al conocimiento de los recursos «extraordinarios que establezca la ley». Y evidentemente, ante un recurso extraordinario contra una sentencia firme nos encontramos, pues no es otra la naturaleza de este excepcional recurso de anulación.

b) El segundo problema es el de la finalidad y efectos del recurso: ¿se trata tan sólo de un juicio rescindente, tendente a anular una sentencia firme si se acredita que no se dieron en ella las condiciones que la ley exige para celebrar un juicio en ausencia; o es un juicio rescisorio que permite reexaminar el proceso en que el ausente estuvo representado y defendido por su Abogado, y la sentencia en él recaída, como en cualquier otro recurso de apelación, en que el Tribunal «ad quem» adquiere la plenitud de enjuiciamiento?

Al hablarse en la ley de «con iguales efectos que los establecidos para el recurso de apelación» parece que la alternativa a aceptar debe ser la segunda de las planteadas y que nos encontramos ante un supuesto de apelación extraordinaria, en el que no cabe no sólo pedir la anulación del juicio en ausencia, sino también la de la sentencia, tanto por vicios formales como por errores de fondo.

Sin embargo, esa afirmación requiere varias matizaciones:

Primera.—La ausencia voluntaria e injustificada del reo citado personalmente o en el domicilio y persona por él elegidos y señalado no puede convertirse en un privilegio ni en una fuente de fraude legal. Por ello parece que el primer requisito a exigir para que sea estimado el recurso debe ser que se acredite que la no comparecencia del recurrente al juicio fue involuntaria y no deliberada. Es éste un punto que la ley no establece expresamente, pero en el que puede acudir a la aplicación analógica de los artículos 774 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto al paralelo recurso de «audiencia de rebelde». De no ser así, podría producirse el fraude de ley de quien, incompareciendo voluntariamente y agotando luego a través de su Letrado todos los recursos, utilice últimamente esta vía para dilatar el proceso o la ejecución de su condena. El fraude de ley (artículo 6.4. del Código civil) y la falta de lealtad procesal son argumentos bastantes para fundamentar esta interpretación, que, en tanto la jurisprudencia no sienta criterio firme, deberán seguir los señores Fiscales.

Segunda.—El recurso se admite aunque la sentencia haya sido apelada y resuelta la apelación. En tal caso parece que los temas —de forma o de fondo— que puedan plantearse en este nuevo recurso han de ser distintos a los ya resueltos en la apelación, ya que de otro modo se daría un «bis in idem» al tener que resolver el *mismo* órgano y a través de un *mismo* procedimiento dos veces la *misma* cuestión, convirtiendo así el recurso en un formalismo estéril, pues el

órgano «ad quem» no va a resolver el nuevo recurso contradictoriamente con la doctrina por el mismo sentada en el recurso precedente.

Tercera.—Aunque en el recurso de apelación cabe proposición de prueba, ésta será la que no pudo ser propuesta en primera instancia o habiendo sido propuesta fue indebidamente denegada, o la que admitida no fue practicada por causa no imputable al recurrente y siempre que se formulara, en su caso, la debida protesta. Por ello, si pretende el ausente comparecido practicar nueva prueba en el recurso, habrá de acreditar que se dan aquellas condiciones.

c) En cuanto al plazo de interposición del recurso parece existir una contradicción entre los puntos 1 y 2 del artículo 797. El primero habla de notificarle la sentencia y hacerle saber su derecho a recurrir en anulación; el segundo señala el mismo plazo de la apelación (diez días) contados desde que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia. ¿Ése conocimiento es el formal de la notificación o el material de la noticia de haberse dictado aquélla y de su contenido, que le llegue por otros medios? La propia esencia del recurso de anulación parece conducir a la segunda conclusión, pues no puede dejarse al arbitrio del penado la pendencia de una sentencia firme cuya existencia conoce, si bien, por «conocimiento» debe entenderse el de los términos de la sentencia y no el del mero hecho de haber sido condenado, pero sin conocer el alcance de tal condena. Por ello, aunque indudablemente la prueba no siempre será fácil, si se acreditara que había conocido el recurrente la sentencia tiempo antes de comparecer o ser habido y de serle formalmente notificada, los señores Fiscales alegarán la preclusión del plazo para interponer el recurso si tal plazo hubiera transcurrido en exceso desde aquel momento, aduciendo falta de lealtad procesal y abuso de derecho de quien así ha actuado. Excepcionalmente, si conocida la condena, pero no el contenido de la sentencia, comparece inmediatamente y antes de los diez días pidiendo su notificación, se puede entender que el plazo queda interrumpido y vuelve a transcurrir a partir de la fecha de tal notificación, ya que ni existía «conocimiento» de la sentencia, ni se da en tal conducta una actitud torticera o de retraso de la justicia y es lógico que disponga de plazo suficiente para preparar su recurso.

d) Por último, resta abordar las consecuencias del recurso respecto a los efectos de la sentencia firme. Evidentemente, si el recurso prospera, dicha sentencia quedará revocada. Podría decirse así que las sentencias dictadas en juicios celebrados en ausencia del reo tienen su firmeza sometida a una condición resolutoria. Mientras la condición no se dé («condictio pendet») la firmeza produce todos sus efectos e incluso la sentencia puede ser ejecutada... Pero al darse la condición («condictio existit») se resuelve la firmeza de la sentencia, queda sin efecto e incluso puede modificarse el propio contenido de la sentencia recurrida, en todo aquello en que la nueva sentencia modifique la anterior, con lo que a lo ejecutado deberá retrotraerse y dejarse sin efecto.

Es éste el punto en que la insuficiencia de la ley crea mayor inseguridad jurídica y produce más graves problemas. En el paralelo recurso civil de audiencia del rebelde, la ley señala un plazo, transcurrido el cual ya no puede aquél ser interpuesto y desaparece la situación de pendencia; así como prevé también que el demandante que hubiera obtenido sentencia favorable no puede disponer de las cosas recibidas por tal sentencia hasta que transcurra dicho plazo, con lo que al producirse la revocación de la situación jurídica la restitución de las cosas

al rebelde es factible en el mismo proceso, sin graves perjuicios para ninguna de las partes.

Nada de eso prevé el artículo 797.2. No existe límite temporal para el uso del recurso, que queda supeditado a la presentación o captura del condenado en ausencia, cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde la sentencia; ni se prevén medidas o cautelas para evitar perjuicios por la eventual revocación de la ejecución del fallo de la sentencia anulada.

Surge entonces la cuestión de cómo proceder en orden a las indemnizaciones civiles ya satisfechas; a los bienes ejecutados en subasta; a las piezas de convicción y efectos del delito que cayeron en comiso y fueron enajenados en los términos del artículo 48 del Código penal, etc.

¿Todas esas cuestiones pueden resolverse en la nueva ejecución de la sentencia penal o han de deferirse a la vía civil, debiendo el reo ausente que obtiene la revocación de la sentencia acceder a dicha vía para obtener frente a los perjudicados o terceros adquirentes de los efectos la restitución de la cosa, si procede conforme a las normas civiles? La cuestión es compleja, juegan preceptos sobre la irreivindicabilidad de las cosas adquiridas en subasta pública —la tutela de terceros de buena fe en la Ley Hipotecaria; los de la prescripción adquisitiva de buena fe y con justo título; el artículo 464 del Código civil y, en fin, una serie de normas civiles tuteladoras del tráfico de muebles e inmuebles— cuya complejidad parece conducir a que deban ser los Tribunales de tal orden, y no los penales, los que resuelvan las cuestiones que respecto a las situaciones jurídicas creadas al amparo de la nueva sentencia puedan crearse.

Esa misma complejidad de las normas que inciden en los efectos de la sentencia de anulación sobre las ejecuciones realizadas al amparo de la firmeza de la sentencia dictada en ausencia, hace muy difícil el que puedan establecerse reglas generales que aborden tales problemas. Los señores Fiscales deberán, pues, elevar consulta en aquellos casos concretos que no puedan resolver con la recta aplicación de las normas civiles y procesales que fueran de aplicación al problema.

VII. NORMAS TRANSITORIAS PARA LA APLICACION DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO DE LA LEY ORGANICA 7/1988, DE 28 DE DICIEMBRE

Es principio del derecho transitorio en materia procesal el que tratándose de una actividad que se desarrolla en el tiempo, la entrada en vigor de una nueva ley obliga a la aplicación a los actos procesales que se realizan bajo su vigencia, quedando consumados los ya realizados bajo la ley anterior, que no deben ser reproducidos conforme a las normas de la ley nueva, que no estaba vigente al producirse aquéllos. Esa doctrina se matiza considerando que por actos procesales se entienden todos los comprendidos en una fase procesal, de modo que iniciada ésta bajo la vigencia de una ley, debe culminarse conforme a ella, produciéndose en las fases sucesivas la acomodación al nuevo proceso.

La anterior doctrina debe tenerse presente para interpretar las normas de acomodación de los procesos en trámite conforme a la legislación derogada (Ley Orgánica 10/1980 y artículos 789 a 803 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal),

al nuevo procedimiento abreviado establecido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre.

Como reglas para resolver las cuestiones de derecho transitorio deben tener en cuenta a los señores Fiscales, tanto las disposiciones de la citada Ley Orgánica 7/1988 y las disposiciones adicionales de la Ley 38/1988 de Demarcación y Planta Judicial, como las establecidas por los Acuerdos del Pleno del Consejo General del Poder Judicial del día 3 de febrero último, cuyo contenido conocen ya los señores Fiscales.

Como reglas generales deducibles de tales normas, podremos señalar:

1.ª) A partir del primero de marzo todos los procedimientos que se incoen por delitos comprendidos en el artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se instruirán como diligencias previas.

2.ª) A partir de la misma fecha, todos los sumarios ordinarios, los de urgencia, las diligencias preparatorias y los juicios orales de la Ley Orgánica 10/1980 que se estén instruyendo por delitos de los que conforme al artículo 779 citado deban conocerse en el procedimiento abreviado, se transformarán en diligencias previas de tal procedimiento. Los autos de procesamiento que se hayan dictado en los sumarios que se transformen, se modificarán tan sólo en el sentido de no considerarse procesado a quien lo esté, pero manteniendo y ratificando las medidas cautelares personales y reales adoptadas (prisiones, fianzas, embargos, etc.).

3.ª) Hasta el día 15 de septiembre, en que entren en vigor los Juzgados de lo Penal, los actuales Juzgados de Instrucción afectados por la disposición adicional 1.ª de la Ley 38/1988 que deban cesar en sus funciones como Juzgados de Instrucción, serán únicamente los que expresamente se citan en el extremo 2.º del Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial antes citado.

4.º) En tanto no entren en funciones los Juzgados de lo Penal, harán sus funciones los Juzgados de Instrucción de la demarcación, conforme a las normas de reparto que tengan establecidas actualmente, para evitar la coincidencia en un mismo Organismo de la instrucción y fallo de la causa.

5.ª) En los procedimientos en trámite en los Juzgados de Instrucción, la fase de calificación se realizará en el propio Juzgado, conforme a lo dispuesto en el Capítulo II del nuevo Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

6.ª) Las Audiencias Provinciales conocerán todos los asuntos en trámite ante los Juzgados de Instrucción o ante ellas que fueran de su competencia conforme a las reglas derogadas, en tanto no entren en funcionamiento los Juzgados de lo Penal, tal como dispone la disposición transitoria 3.ª de la Ley Orgánica 7/1988 y el punto 3.º del Acuerdo del Consejo citado.

7.ª) En los procedimientos en trámite en las Audiencias Provinciales, éstas continuarán conociendo de los mismos, conforme a la disposición transitoria 3.ª de la Ley Orgánica 7/1988. Cuando entren en vigor el 15 de septiembre los Juzgados de lo Penal, las Audiencias conservarán la competencia para el enjuiciamiento y fallo de todos los asuntos *ante ellas pendientes, entendiéndose por tales todos los que hayan causado asiento en los libros de la Secretaría* (artículo 53.4 de la Ley 38/1988 y punto 3.º del Acuerdo del Consejo).

8.ª) La acomodación que las Audiencias Provinciales hagan al nuevo procedimiento se entenderá respecto a las fases iniciadas bajo la vigencia de la nueva ley. Las ya iniciadas bajo las normas derogadas seguirán rigiéndose por éstas.

En consecuencia, se entenderá que debe seguir enjuiciándose por las normas del procedimiento ordinario (aunque por su pena debieran, en principio, acomodarse al abreviado) o de urgencia las causas pendientes ante la Audiencia que hubieran entrado en la fase de calificación, considerándose que han entrado en dicha fase desde que se acuerde su iniciación con la providencia de pase para calificación (o instrucción y calificación, en el procedimiento de urgencia ante la Audiencia) al Ministerio Fiscal (disposición transitoria 5.ª de la Ley Orgánica 7/1988 y punto 4.º del Acuerdo del Consejo).

Los señores Fiscales tomarán las disposiciones precisas para acomodar el régimen interno de las Fiscalías a las prescripciones del nuevo procedimiento, de acuerdo con lo que en las Juntas de Fiscalía se resuelva y las Instrucciones que pueda impartir esta Fiscalía General del Estado y, por su delegación, la Inspección Fiscal.

LA PENALIDAD EN EL DELITO DE DAÑOS CULPOSOS DEL ARTICULO 563

Consulta núm. 1/1988

I

El objeto central de la consulta es muy simple: la pena que corresponde imponer al autor de un delito de imprudencia con resultado de daños cuando la asignada al delito doloso que tipifica el artículo 563 del Código penal es la de multa.

Como antecedentes legales, se citan los siguientes:

— Que conforme al artículo 565, inciso cuarto, las penas indicadas en los dos primeros párrafos para el delito de imprudencia no se aplicarán «cuando la pena señalada al delito sea igual o menor que las contenidas en los mismos, en cuyo caso los Tribunales aplicarán la inmediata inferior a la que corresponda».

— El párrafo final del artículo 565, en la misma línea expresa que «en ningún caso se impondrá pena que resultare igual o superior a la que correspondería al mismo delito cometido intencionadamente».

— Que la pena para el delito de daños dolosos del artículo 563 es la de multa de 30.000 a 200.000 pesetas, inferior, por tanto, a la prevenida para la imprudencia temeraria (prisión menor) y la simple con infracción de reglamentos (arresto mayor).

De cuanto precede y en trances de buscar la pena inmediata inferior a la imprudencia con resultado de daños, resulta que esta sería la multa de 30.000 a 300.000 pesetas, que es mayor que la correspondiente a los daños dolosos (de 30.000 a 200.000 pesetas) con lo que no se cumple el mandato de los párrafos cuarto y séptimo del artículo 565, de que el delito culposo sea castigado con menor gravedad que el delito doloso.

La conclusión a que se llega en la Consulta es que aun incumpléndose el mandato legal que impide imponer penas por imprudencia iguales o mayores que las del delito cometido intencionadamente, en el caso del artículo 563 al no poder degradarse más la pena de multa, ésta debe ser de 30.000 pesetas, también para la imprudencia.

II

Lo que, en primer lugar, ha de aclararse es si la pena de multa a imponer por el delito de daños culposos del artículo 563 se conforma con la naturaleza de las multas directas o si le cuadra mejor la de una multa sustitutiva o por

degradación. El tema, en un orden jurídico estricto, tiene trascendencia, porque así como la multa por sustitución —la de 30.000 a 300.000 pesetas del artículo 74 del Código penal— en ningún caso —ya figure como única o conjunta en la figura de delito— puede ser rebajada a menos del límite mínimo ni exceder del máximo, la multa directa o prevista en ciertos tipos penales sí puede rebasar el límite superior de cada tipo, y siendo conjunta se admite que sea inferior a 30.000 pesetas para el juego del artículo 76 del Código penal, detrayéndose de su cifra mínima la mitad. Por consiguiente, cuando se trate de penas únicas ni la multa directa ni la sustitutiva descenderán del mínimo legal que marca la divisoria entre los delitos y las faltas. Esta línea jurisprudencial es muy conocida, y su fundamento para la multa directa está en el artículo 28 del Código penal, pues para ser graves y acompañar a delitos su mínimo son las 30.000 pesetas; y para la multa sustitutiva o por degradación la prohibición se desprende del artículo 74 al señalar que la multa cuyo mínimo son 30.000 pesetas, es la última de las penas a imponer por delito. En la exhaustiva Consulta de 9 de noviembre de 1972, «Sobre la posibilidad de sancionar delitos con pena de multa inferior a 5.000 pesetas» (entonces el mínimo legal) se mantuvo ya esta tesis.

Mas tratándose de multas directas conjuntas con penas privativas de libertad o de derechos la pena pecuniaria puede ser inferior a 30.000 pesetas. Después se ampliará este punto.

1. Con estos datos procede el análisis de la Consulta. ¿La multa que constituye la sanción para el delito culposo de daños es directa o sustitutiva? La solución está subordinada a la interpretación que se dé al párrafo cuarto del artículo 565. Es manifiesta, según su texto, la imposibilidad de que las sanciones por infracciones culposas sean siquiera iguales a las dolosas. De ahí que su declaración de que cuando la pena señalada al delito (doloso) sea igual o menor que la fijada en los respectivos tipos de imprudencia «los Tribunales aplicarán la inmediata inferior a la que corresponda». Pero para hallar la pena inmediata inferior, ¿se tiene en cuenta la que corresponda al delito doloso o al delito culposo? En el caso en examen, ¿la pena inferior a imponer se obtiene partiendo de la fijada a la imprudencia en el artículo 565 o de la prevista para el delito de daños en el artículo 563? Si partimos de la pena asignada a la imprudencia es claro que la multa resultante sería sustitutiva o de degradación; si partimos de la pena prevenida para el delito de daños dolosos, la multa a imponer sería directa. El Fiscal que formula la Consulta, de modo expreso, no se pronuncia, pero implícitamente está aceptando la tesis de la multa por degradación cuando sostiene que la pena inferior sería la de multa de 30.000 a 300.000 pesetas, esto es la del artículo 74 del Código penal. Se ha partido así de la penalidad de la imprudencia. El criterio de la doctrina jurisprudencial sobre este aspecto ha sido variable. Unas veces el punto de partida tenido en cuenta para la degradabilidad ha sido el de la penalidad asignada al delito doloso; en otras ocasiones se ha entendido que la pena inferior en grado ha de contarse desde la conminada para la imprudencia. Por el primero de estos criterios se pronuncia el Proyecto de Ley Orgánica de actualización del Código penal elaborado muy recientemente por el Ministerio de Justicia, ya que en el artículo 565 en lugar de la frase actual de «la inmediata inferior a la que corresponda», se establece ahora que cuando las penas previstas para la imprudencia sean iguales o superiores a las del correspondiente *delito doloso*, los Tribunales aplicarán *la inmediata inferior a estas últimas*. Así pues,

será siempre pena directa y no sustitutiva la correspondiente al delito culposo de daños. Pero si son únicas, tanto uno como otro tipo de multas no pueden ser inferiores a 30.000 pesetas, por lo que en estos casos carece de efectos la distinción. A destacar la anomalía que supone el hecho de que la pena para el delito doloso de daños del artículo 563 sea la misma que la del delito culposo de daños, y ello a pesar de la terminante declaración del párrafo último del artículo 565 de que «*en ningún caso se impondrá pena que resulte igual o superior a la que correspondería al mismo delito cometido intencionadamente.*»

2. Mas existe otra cuestión. En la Consulta no se especifica si los daños culposos fueron cometidos con vehículo de motor. Si así fuera, y es lo más probable, estaríamos ante una multa directa conjunta con la pena de privación del permiso de conducir. Si la multa es directa, por corresponder al tipo y además es única, como ya hemos dicho, no puede imponerse por debajo del límite legal porque éste es infranqueable. ¿Pero podrá degradarse concurriendo con la pena de privación del permiso de conducir? En la Consulta de esta Fiscalía 10/1972, de 9 de noviembre, se admitió en general la posibilidad de degradar las multas conjuntas conforme a las reglas del artículo 76 del Código penal, exponiéndose que cuando la multa esté prevista como principal conjunta con penas privativas o restrictivas de libertad o de derechos, no quiebra la característica del delito recogida en el artículo 6 del Código penal, por el hecho de que la multa a imponer en una conducta punible por el juego de la naturaleza del delito, de las circunstancias, de la participación o del desarrollo de la infracción criminal, resulte de cuantía inferior al mínimo legal delictivo, y ello porque siempre acompañará al delito otra pena grave conjunta con la multa. Esta tesis fue acogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para todos los casos en que la multa vaya acompañada de otra pena grave, sea o no ésta privativa de libertad. Entre otras muchas, las sentencias de 3 de octubre de 1973, 31 de enero, 18 de febrero y 9 de diciembre de 1975 y 19 de mayo de 1980.

Un caso que ha recibido tratamiento especial es precisamente el de la pena conjunta de multa con la privación del permiso de conducir, que puede darse en los daños del artículo 563 cometidos con vehículos de motor. Para esta hipótesis el Tribunal Supremo partiendo de un delito del artículo 516 bis en el que con la privación del permiso de conducir coexisten penas de multa y privativa de libertad, ha declarado que la degradación debe afectar no a la multa, sino a la privación del permiso de conducir (sentencias de 19 de mayo de 1980, 7 de marzo de 1984, 1 de octubre de 1985 y 4 de junio de 1987) que lo debe ser en un grado e imponerse por tiempo no superior a tres meses. El Tribunal Supremo ha entendido siempre que la pena de multa es más importante que la de privación del permiso de conducir, por cuanto ésta es complementaria y al no poder degradarse ambas, es obligado degradar la complementaria. Esta doctrina del Tribunal Supremo, que degrada solo la privación del permiso de conducir y hasta tres meses, deja en blanco y sin posible explicación legal algunas importantes cuestiones. He aquí algunas: que en el Códice penal no está prevista ni la degradación ni la elevación de la pena de privación del permiso de conducir —a pesar de estar expresada en fracciones de tiempo— pues sólo pueden serlo las que se hallen en las escalas graduales del artículo 73 y en él no figura esta pena; no es posible tampoco determinar cuál será la pena superior en grado ni

la inferior en dos grados; además no es posible su división en grados, pues no se sujetan a las reglas del artículo 61 los artículos 340 bis a) y 565.

Aun cuando la expresada doctrina del Tribunal Supremo no da explicación totalmente satisfactoria a importantes cuestiones del tipo de las enunciadas, la Consulta de esta Fiscalía 13/1985, de 19 de diciembre, aceptó en líneas generales la degradabilidad. Pero no la absoluta degradabilidad. No debe degradarse en todos los casos la pena de privación del permiso de conducir. Tampoco puede afirmarse que se rebaje siempre la pena de multa, porque la sustitutiva no es degradable. En la degradación o no de la pena de privación del permiso de conducir debe partirse de un planteamiento facultativo. La opción o no por la degradabilidad de esta pena estará condicionada, entre otras circunstancias, por la naturaleza del delito. En el caso particular de los daños culposos cometidos con vehículo de motor parece que no debe degradarse la pena de privación del permiso de conducir para que así pueda tener efectividad el mandato imperativo del último párrafo del artículo 565 de que *en ningún caso* se impondrá por culpa pena igual o superior a la que correspondería al mismo delito cometido intencionadamente.

En definitiva, son procedentes las siguientes conclusiones:

— Es dable imponer la pena mínima de 30.000 pesetas de multa, tanto si se entiende que ha de partirse en los daños culposos de la penalidad de la imprudencia como si se acepta que el punto de partida es la pena de los daños culposos, porque, en cualquier caso, se trataría de una pena única de imposible degradabilidad hasta más allá del límite legal.

— Cuando nos hallamos ante daños culposos cometidos con vehículo de motor, se degradará la pena de multa y no la de privación del permiso de conducir, pues así se dará cumplimiento al último inciso del artículo 565, imponiéndose pena de multa inferior a la de los daños culposos.

TIPICIDAD DEL APODERAMIENTO DE TARJETAS DE CREDITO Y SU POSTERIOR UTILIZACION PARA OBTENDER DINERO EN LOS CAJEROS BANCARIOS AUTOMATICOS

Consulta núm. 2/1988

I

El hecho concreto sometido a Consulta es el siguiente:

Una persona encontró en la calle una cartera que contenía, entre otras cosas, dinero, en cantidad que no se ha precisado, del que se apropió en su exclusivo beneficio, y una tarjeta de crédito «Telebanco» con su correspondiente número secreto. El imputado utilizó en repetidas ocasiones la tarjeta hallada y el número de su clave, obteniendo de esta manera más de un millón de pesetas, hasta que la Policía, por haber denunciado el extravío su titular, le sorprendió cuando intentaba una nueva extracción de dinero.

Las manipulaciones precisas para conseguir el dinero son éstas: se introduce la tarjeta de crédito en la ranura de máquinas o cajeros automáticos instalados en la vía pública y pulsando seguidamente el número-clave el cajero saca por otra ranura la cantidad de dinero que se pide. Las referidas máquinas están colocadas en una especie de hornacina y cerradas con un cristal irrompible, de modo que nadie puede pulsar los botones o teclado para marcar el número de la clave y pedir dinero, sin que antes se abra esa persianilla o puerta de cristal imprescindible para introducir la tarjeta.

El Fiscal encargado de la causa planteó en Junta de Fiscales las dudas que le ofrecía la tipicidad del hecho de conseguir dinero de cajeros automáticos por persona que ha sustraído a su titular la tarjeta de crédito y el número de la combinación. Su alternativa la centró en si los hechos constituían delito de estafa o de robo con fuerza, siempre, claro es, en cuanto a las extracciones de dinero del cajero automático, ya que por el hallazgo de su cartera y apoderamiento de su contenido, era evidente la apropiación indebida del artículo 535, párrafo segundo, del Código penal.

Estos dos criterios mantenidos también en el seno de la Junta de Fiscales, el del robo con fuerza en las cosas —éste minoritario— y el de la estafa, contaron con los siguiente argumentos.

1. La tesis del robo con fuerza emplea dos razonamientos:

a) En primer lugar, se niega la existencia de los hechos dados del engaño, pues al ser éste persuasión que se hace a otro mediante ardides, debe siempre operar de hombre a hombre por medio de palabras o maquinaciones insidiosas;

esto se obtiene de la propia dicción del artículo 528 del Código penal, al expresar que «cometen estafa los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error *en otro*, induciéndole a realizar un acto de disposición». De aquí se desprende que en la estafa el sujeto pasivo de la acción participa en la dinámica comisiva de modo necesario; opera, pues, la voluntad del titular del bien jurídico o de su administrador de forma real, aunque viciada por el engaño, con lo que la víctima se convierte en colaborador necesario, si bien involuntario, del acto. La jurisprudencia del Tribunal Supremo aún no ha tratado la cuestión. Si la del apoderamiento de tarjetas de crédito para el pago de compras efectuadas, que, lógicamente, se considera estafa (sentencias de 8 de mayo de 1985 y 25 de junio de 1985) porque, en esta hipótesis, quien dá lugar al acto dispositivo en perjuicio del titular es siempre una persona: el empleado de la empresa comercial que toma los datos y cree, viciado por el engaño, que quien le muestra la tarjeta es el titular.

b) En segundo término, se afirma que al no ser posible construir el engaño al modo como previene el artículo 528 del Código penal, la única solución es acudir, en casos como el expuesto, al delito de robo con fuerza en las cosas del artículo 504.4; viene a decirse que si ésta es la tipificación ajustada cuando alguien con la llave de una caja de caudales llegada a él por alguno de los medios señalados en el artículo 510, la abre tras manipular en la combinación con los números adecuados que ha podido averiguar, el caso no puede ser distinto al aquí debatido, en el que actúa la tarjeta como llave falsa y la máquina o cajero como mueble cerrado. Esto es así, a mayor abundamiento, porque los cajeros referidos en este caso concreto están cerrados con un cristal irrompible. Se consigue pues abrir la puerta de un espacio cerrado, utilizándose la tarjeta a modo de llave.

2. Al considerar la interpretación que conduce al robo con fuerza en las cosas como muy retorcida, otros entendieron que los hechos debían calificarse como estafa, porque aunque los datos se proporcionan a una máquina, ésta opera como está programada, y por ello usando los datos adecuados la persona que no está habilitada para hacerlo, engaña a quien programó la máquina.

II

La utilización de tarjetas de crédito es un hecho sociológico que está adquiriendo en la sociedad actual extraordinarias dimensiones, pero sin que tenga un marco expreso en el ordenamiento jurídico penal el uso indebido de las mismas por terceros. Una vez se emplean como medio de pago de las mercaderías adquiridas o de los servicios prestados, casos en los que la doctrina jurisprudencial ha considerado el uso de las mismas, por quien no es su titular como constitutivos de delitos de estafa. Otras veces —y es el tema que propiamente interesa a efectos de la Consulta— se utilizan como medio directo para la obtención de dinero a través de los cajeros automáticos bancarios. Si quien utiliza con estos fines la tarjeta de crédito lo hace ilegítimamente por ser efecto su tenencia irregular de la comisión de algún delito contra la propiedad, surge para el intérprete la cuestión de la exacta tipicidad de estas conductas, ajenas, por supuesto, en su estricta estructura interna a las clásicas figuras de delito reguladoras de las

infracciones patrimoniales. Como tampoco se cuenta con el eventual apoyo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo está justificada tanto la duda suscitada en la Fiscalía, de la que forman parte muy destacados funcionarios, como la formulación de la Consulta.

1. El primer tema que puede cuestionarse es el de si objeto material de la acción es tanto el que recae sobre el dinero obtenido merced a la utilización de la tarjeta de crédito, como el que incide sobre el acto previo de sustracción de la tarjeta y otros efectos; o si, por el contrario, en un orden jurídico, ha de valorarse exclusivamente una acción, aunque materialmente exista la doble conducta ilícita de apropiarse de la tarjeta y después utilizarla para obtener dinero.

Puede pensarse que el apoderamiento de la tarjeta de crédito y su posterior utilización lucrativa es objeto de un único delito. Es evidente, se dice por los partidarios de esta tesis, que la finalidad de quienes de modo principal o accesorio se apoderan de tarjetas de crédito es hacer suyo el dinero que la entidad crediticia tiene a disposición del titular de la tarjeta; de ahí el que se considere como cuantía del delito no sólo el valor de la tarjeta y efectos, sino la cantidad susceptible en abstracto de apropiación posterior con la tarjeta. Esto sería así porque la consumación se produce cuando el sujeto se apodera y tiene a su disposición la tarjeta de crédito, sin que sea necesario que llegue a su efectiva utilización haciendo suyos los fondos disponibles, pues si así sucediera se trataría de un acto de agotamiento del delito ya consumado y no punible independientemente del anterior.

Pero en supuestos análogos al presente, como son los apoderamientos de tarjetas de crédito para la adquisición de bienes al que ha seguido su utilización, el Tribunal Supremo (sentencias de 19 de diciembre de 1978 y 8 de junio de 1983) ha aceptado la existencia de varias acciones autónomas configurando como hurto la sustracción de la tarjeta perdida (ahora, apropiación indebida), falsedad la perpetrada en los talones de compra fingiendo la firma del titular, y estafa al fingirse un crédito del que carecía al no ser propietario de la tarjeta.

2. Por ello, aceptando, como se dice en la Consulta, que el acto previo del hallazgo y apropiación de la cartera, la tarjeta y el dinero perdidos, se armoniza con la apropiación indebida del párrafo segundo del artículo 535, ahora nos interesa la calificación jurídica del hecho material de introducir en el cajero automático la tarjeta de crédito y pulsar el número secreto, con lo que se obtuvo el dinero deseado. Descartado que se trate de un acto de agotamiento de la conducta de sustracción de la tarjeta de crédito y aceptando que nos hallamos ante un hecho antijurídico autónomo, su tipicidad puede situarse, en la línea expuesta en la Consulta, bien en la estafa o en el robo con fuerza en las cosas. Ambos supuestos son problemáticos.

a) En contra de configurar como estafa hechos análogos al que forma el núcleo de la Consulta, puede argumentarse que no es el cajero automático sobre el que se manipula —sino el ordenador central— el que de las instrucciones de pago y entrega, y tanto el error como el engaño previo parecen previstos para actuar directa e inmediatamente y de modo especial sobre personas, no sobre ordenadores. Técnicamente en estos casos no hay engaño, pues este elemento esencial de la estafa en el texto del artículo 528 supone una relación de persona a persona. Pero lo cierto es que se ha transmitido por un no titular una orden de pago, asumiendo una personalidad que no es propia, primero al cajero automático y

después al ordenador, consiguiendo una indebida disposición patrimonial por error. En la práctica nos hallamos ante el mismo resultado que si el engaño se hubiera proyectado sobre personas y no sobre máquinas. La actividad desarrollada ha servido como instrumento para engañar mediatamente a la entidad financiera y para perjudicar a ésta o al titular de la cuenta, según los casos.

b) Latente está, pues, la duda sobre la extensión del radio de la estafa a conductas semejantes a los hechos. No es tampoco fácil construir la tipicidad del robo con fuerza, pero al menos cuenta con una mayor aproximación que la estafa a las respectivas figuras en que han tratado de encuadrarse. En efecto, el hecho dado es más difícil inscribirle en el artículo 528 que en el artículo 504.4 y concordantes, y ello aun partiendo de la interpretación estricta que debe darse siempre a las diversas modalidades del robo con fuerza que aquella norma prevé. Pero no debemos olvidar en ese comportamiento con posibilidades de subsumirse teóricamente en la estafa o el robo con fuerza, un dato concreto que se nos ha proporcionado y que conduce directamente a acoger la tesis de que los hechos dados han de integrarse en un delito de robo: que los cajeros referidos en la Consulta están colocados en unas especies de hornacinas y cerrados con un cristal irrompible, con lo que es acto previo al hecho de marcar el número de la clave y pedir el dinero, el de abrir la puerta de un espacio cerrado para lo cual es imprescindible introducir la tarjeta de crédito a modo de llave. Pero, ¿estas tarjetas son realmente llaves?

En un sentido rigurosamente literal, las tarjetas de crédito con banda magnética no son *llaves*, y si no son tales es imposible que encajen en el concepto de *llaves falsas*. Mas tampoco debe olvidarse que el concepto de llave es funcional en cuanto ha de servir y usarse para abrir algo cerrado. Y esto es lo que ocurre con las tarjetas con banda magnética, que pueden servir para abrir puertas de garajes o de establecimientos bancarios dando acceso al local en que se halla el cajero automático, sirviendo en estos casos la tarjeta tanto para abrir la puerta como para operar en el cajero; también se está imponiendo cada día en nuestra sociedad el uso de tarjetas magnéticas o perforadas que se entregan a los clientes de establecimientos hoteleros y que se destinan a abrir las puertas de sus habitaciones en sustitución de las antiguas llaves, tarjetas cuyas bandas o talados son cambiadas por el hotel cada día; igualmente en los modernos modelos de automóviles se usan para abrir sus cerraduras cada día con mayor frecuencia, mandos de apertura desde el exterior accionados con pilas, iguales a los que se utilizan también para abrir las puertas de los garajes.

Las tarjetas de crédito no son materialmente llaves —esto es obvio—, pero cumplen funciones privativas de una llave al ser el único medio de apertura de algo que se halla cerrado —como es el cajero automático— y obtener dinero. Y serían falsas, sin duda, por tratarse de instrumentos legítimos para la apertura sustraídos a su titular. En apoyo de que debe considerarse funcionalmente llave la tarjeta de crédito, se encuentra una expresión del artículo 504.4, en cuanto equipara a las llaves «otros instrumentos semejantes». Recientemente el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de interpretar esta frase. La sentencia de 5 de noviembre de 1987 analizó si encajaba en el artículo 504.4 el hecho probado declarativo de que el procesado abrió la puerta de la vivienda donde cometió la sustracción empleando «algún mecanismo que no ha sido determinado». Y ha establecido que la expresión del artículo 504.4 «u otro instrumento semejante», siendo segu-

ramente criticable desde el punto de vista del principio de legalidad criminal, ha sido interpretado por al doctrina de esta Sala en el sentido de que el empleo de cualquier instrumento distinto de la llave legítima que resulte ser idóneo para abrir una puerta cerrada, se constituye en medio de fuerza que convierte en delito de robo la sustracción de cosa mueble ajena, lo que quiere decir que la semejanza exigible entre las llaves falsas y «cualquier otro instrumento» es de índole meramente funcional y no morfológico.

Basta con que el instrumento en cuestión sirva en la práctica para accionar el mecanismo de cierre de una puerta y dejar abierta y expedita la que previamente estaba cerrada, para que el mismo deba ser considerado a efectos jurídico-penales, semejante a una llave falsa.

No se aparta de esta tesis otra sentencia, ésta de 24 de noviembre de 1987. Expresaba el relato fáctico que el procesado verificó la apropiación del vehículo «mediante la utilización de instrumento que no consta, más sin producir daños», y se cuestionaba en el recurso si faltaba la constancia de la fuerza típica prevista por el artículo 504.4. El recurso se desestima aunque ostente una relevancia inicial que exige precisiones, pues es evidente, se dice, que el principio de legalidad, del que la tipicidad penal es concreción técnica y de garantía, impondría, en principio, la descripción concreta de la llave falsa que como fuerza típica describe el artículo 504.4. No obstante, tal descripción típica no se agota en dicho precepto, sino que necesariamente ha de complementarse con la norma contenida en el artículo 510; la amplitud de los tres números de este precepto ha venido propiciando una jurisprudencia flexible, basada, sobre todo, en su número 3, y en la que destaca no tanto la concreta fijación del instrumento comisivo, cuanto la precisión de la constancia de dos notas: que la cosa-continente se hallara cerrada por su propietario, y que se procedió a su apertura por medio diferente al normal utilizable para abrirla (llave legítima no sustraída a su propietario), pues con ello se ha quebrantado el reparo u obstáculo puesto por el propietario para evitar o dificultar la sustracción.

Resuelta la dificultad de equiparar funcionalmente llave y tarjeta de crédito, hallamos otra, y es que la tarjeta magnética por sí sola es inhábil para la apertura y obtención del dinero, aunque sin ella no son posibles operaciones de extracción, precisa objetivamente de algo más. Contribuye, y de modo imprescindible, a la apertura y obtención del dinero la pulsación en el teclado del cajero del número secreto asignado exclusivamente a cada titular de tarjeta. Sólo con la utilización conjunta de la tarjeta y la pulsación del número exacto, se consigue el acceso total al cajero, en cuanto ambos son parte integrantes del instrumento necesario para la apertura. Aisladamente son ineficaces. Sin embargo, tampoco la imprescindibilidad de la pulsación del número secreto nos separa del concepto funcional de llave, porque si la sola introducción de la llave en sentido propio en una cerradura no produce la apertura del objeto cerrado, sino que después hay que realizar ciertas manipulaciones o movimiento, el hecho de que a la introducción de la tarjeta haya de seguir la pulsación del número no desvirtúa para ella el carácter de llave.

**EFFECTOS DE LA POSIBLE DISCREPANCIA
ENTRE NORMAS DE LA LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL
DE CUENTAS DE 12 DE MAYO DE 1982 Y LA LEY ORDINARIA
DE FUNCIONAMIENTO DE ESTE TRIBUNAL DE 5 DE ABRIL DE 1988**

Consulta núm. 3/1988

I

Con motivo de la promulgación de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas de 5 de abril de 1988, el Fiscal de este Tribunal ha planteado cuestiones que traen su causa de la eventual discrepancia entre diversos textos normativos y de la relación que debe existir entre leyes orgánicas y leyes ordinarias.

La Constitución estableció en su artículo 136.4 que «una ley orgánica regulará la composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas». Por su parte, esta Ley Orgánica, la 2/1982, de 12 de mayo, en su disposición final 3.^a anunciaba que «el Gobierno elevará a las Cortes Generales, a los efectos procedentes, un Proyecto de Ley para ordenación del Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, con regulación de los distintos procedimientos y el Estatuto de su personal». Y, en fin, la Ley de Funcionamiento de 5 de abril de 1988, ya advierte en su preámbulo que «no circunscribe su contenido a la ordenación del Funcionamiento del Tribunal de Cuentas y a la regulación de los distintos procedimientos y del Estatuto de su personal, sino que ha tenido que extenderse a las atribuciones de los distintos órganos de dicho Tribunal, a la estructura de los Departamentos de Fiscalización, a la determinación de los cometidos generales de los órganos de apoyo y de otros que, sin serlo, resultan fundamentales para la actuación de los demás».

Con base en esta declaración de la Ley de Funcionamiento se hace un estudio detenido de su texto para concluir que existe una regulación normativa eventualmente discrepante entre artículos de esta ley y los de la orgánica de 12 de mayo de 1982. Al menos esa discordancia se aprecia en los siguientes artículos:

- 10 de la Ley Orgánica y 16.2 a) de la Ley de Funcionamiento.
- 26.1 de la Ley Orgánica y 3, letra o), de la Ley de Funcionamiento.
- 29 de la Ley Orgánica y 21.1 de la Ley de Funcionamiento.
- 30 de la Ley Orgánica y 22 de la Ley de Funcionamiento.
- 31 de la Ley Orgánica y 23 de la Ley de Funcionamiento.
- 36 de la Ley Orgánica y 25.1 de la Ley de Funcionamiento.
- 38, 43.1 y 43.2 de la Ley Orgánica y 49 de la Ley de Funcionamiento.
- 47.3 de la Ley Orgánica y 73 de la Ley de Funcionamiento.

La regulación por ley ordinaria de materias correspondientes a leyes orgánicas es técnicamente inviable. En efecto, el hecho de invadir el radio de reserva no es posible sin incidir la ley ordinaria en inconstitucionalidad, que legitimaría el planteamiento de la cuestión aunque escape a las posibilidades de impugnación inmediata por el Ministerio Fiscal. Y si aquella intromisión se caracteriza además porque la ley ordinaria ha ordenado esa materia de modo discrepante a la ley orgánica, nos hallamos ante el tema de la aplicabilidad o no de la ley ordinaria posterior en tanto se resuelve sobre la inconstitucionalidad. Hipótesis esta última que el Fiscal que informa decide en el sentido de que su inferior rango es obstativo a la derogación, por lo que en tales casos deberá promoverse la aplicación de la norma anterior de rango mayor. Relativamente al caso concreto, la ley orgánica del Tribunal de Cuentas anterior a la ley ordinaria de funcionamiento deberá aplicarse siempre que mediere una regulación contradictoria.

II

a) Para el análisis de las posibles discrepancias entre ley ordinaria y ley orgánica es necesaria la concreción exacta del radio de reserva asignado a la ley orgánica. Y precisar si todo el marco de una determinada ley orgánica está caracterizado por su absoluta intangibilidad, o si, por el contrario, es susceptible de complementación a través de la llamada colaboración internormativa. En el primer caso, por el principio de reserva de competencia, la ley posterior no orgánica devendría inconstitucional, dada la imposibilidad de derogación insita en la jerarquía normativa. En el segundo caso, si la ley ordinaria regulara materias formalmente de ley orgánica, pero no claramente dentro de la reserva, podría plantearse su compatibilidad acudiendo al principio de conservación. Un examen individualizado de los preceptos podría acreditar, caso por caso, si hay o no reserva y contradicción sustancial.

Conviene recordar la doctrina constitucional sobre estos puntos.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 expresó que «la reserva de ley orgánica no puede interpretarse de forma tal que cualquier materia ajena a dicha reserva, por el hecho de estar incluida en una ley orgánica, haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de rango y de la necesidad de una mayoría cualificada para su ulterior modificación».

Otra sentencia, la de 6 de noviembre de 1986, declaró que «la reserva enunciada en el artículo 81.1 de la Constitución, no es incompatible con la colaboración internormativa entre la fuente a favor de la cual la reserva se establece y otras fuentes de producción reconocidas por la Constitución, para alcanzar de este modo una disciplina integral y articulada del ámbito de que se trate. No existe, de principio, imposibilidad constitucional para que la ley orgánica llame a la ordinaria a integrar en algunos extremos sus disposiciones de desarrollo, dando lugar así y con las mismas garantías constitucionalmente exigibles, a una colaboración entre normas».

Pero es que aparte la función de colaboración internormativa indispensable para el adecuado desarrollo de las leyes orgánicas, el radio de su reserva es de interpretación estricta, sin olvidar la distinción entre el ámbito de las leyes orgánicas que está inmediata y directamente determinado por razón de la materia («las

relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas») y las de radio determinado por la previsión extrema de una ley orgánica («las demás previstas en la Constitución»). Es cierto que aun para estos últimos casos la ley orgánica no puede remitir a una ley ordinaria la regulación en exclusiva de los temas fundamentales de aquella, pero sí es posible esa remisión si se contrae a concretos aspectos complementarios o instrumentales.

El radio de reserva de la Ley Orgánica de 12 de mayo de 1982 está determinado en el artículo 136.4 de la Constitución: «la composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas», y se cuestiona si todo lo que pueda incidir sobre estos aspectos al formar el objeto de la reserva precisa, necesariamente, de una ley orgánica. La Ley de Funcionamiento debía contraerse a la «ordenación del funcionamiento del Tribunal de Cuentas, con regulación de los distintos procedimientos y el Estatuto de su personal» (disposición final 3.ª de la Ley Orgánica de 12 de mayo de 1982), por lo que, llegado el caso, habría que ver si la Ley de 5 de abril de 1988 ha desbordado o no los términos de la remisión adentrándose en materias de la ley orgánica que estén en el círculo de la reserva. Parece que, como declara expresamente su preámbulo, el contenido de esta ley ordinaria es excedente en su literalidad del precepto remititorio, pero este hecho sin más no es determinante de su contradicción irreconciliable con la ley orgánica, sino que para ello sería indispensable, de una parte, comprobar que la ley ordinaria ha ordenado de modo diferente la materia de la reserva (composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas), y, de otra, que esa regulación no responde al llamamiento que hace en varios de sus artículos la ley orgánica a la ley de funcionamiento. Pero es que aun cuando apareciese en forma patente la modificación de la ley orgánica por la ley ordinaria no puede dejar de aplicar la ley posterior sin que previamente se haya declarado su inconstitucionalidad.

b) También en los casos en que la ley ordinaria aparezca viciada originariamente de inconstitucionalidad por haber regulado *ex novo* materias reservadas, es incorrecto desconocer su mandato antes de que decida el Tribunal Constitucional a través del planteamiento del recurso de inconstitucionalidad o de la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad (artículos 28.2 y 29 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Un efecto automático que conduzca a la inmediata inaplicabilidad tampoco aquí está reconocido. Ni siquiera un órgano jurisdiccional puede dejar de aplicar esa ley ordinaria sin que antes se resuelva en el marco de la constitucionalidad si se ha vulnerado el principio de competencia que señala las materias reservadas a leyes orgánicas; esto es así porque la obligación que tienen los Jueces de no aplicar reglamentos u otras disposiciones administrativas contrarias a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa que impone el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no se extiende hasta comprender la inaplicación de una ley ordinaria eventualmente inconstitucional, ya que en caso contrario no tendría sentido la facultad de plantear cuestiones de inconstitucionalidad cuando consideren que una norma con rango de ley aplicable al caso pueda ser contraria a la Constitución (artículos 163 de la Constitución y 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

c) De lo anteriormente expuesto debe llegarse a la conclusión de que si el Ministerio Fiscal no está legitimado para interponer recursos de inconstitucionalidad tampoco puede a través de informes, acciones o recursos instar la inaplicabilidad de un determinado precepto legal, aunque entiende que se halla en contra-

dicción con otros de superior rango, y ello aun cuando fuere manifiesta la antítesis entre las normas contemporáneamente vigentes, pues de otro modo y en forma implícita se invadiría el monopolio que sobre la materia viene atribuido al Tribunal Constitucional.

En todas las posibles hipótesis que puedan presentarse de discrepancias de normas de distinto rango, debe primar la interpretación que haga compatible las disposiciones de la ley ordinaria posterior y la ley orgánica previa; de nuestro caso entre la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas de 5 de abril de 1988 y la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas de 12 de mayo de 1982. Pero si del análisis de los respectivos preceptos a aplicar en un caso concreto, se concluyera que la Ley de Funcionamiento está en antítesis insalvable con materias de la Ley Orgánica insertas en el radio de la reserva, deberá elevarse Consulta a la Fiscalía General del Estado sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

**SOBRE LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD
DE LOS ARTICULOS 11.3 Y 18 DEL ESTATUTO DE AUTONOMIA
DE GALICIA APROBADO POR LEY ORGANICA 1/1981, DE 6 DE ABRIL**

Consulta núm. 4/1988

I

La Xunta de Galicia formuló denuncia contra quien hasta hacía unos días era Vicepresidente de la misma y actual Diputado del Parlamento Gallego. El Pleno de la Audiencia Territorial de La Coruña, actuando como Tribunal Superior de Justicia, adoptó acuerdo con fecha 6 de octubre de 1987 [fundado en los artículos 11.3 y 18 del Estatuto de Autonomía de 6 de abril de 1981 en relación con el artículo 73.3 a) y disposición transitoria 2.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985] por el que aceptaba el conocimiento del asunto desde la instrucción, iniciándose sumario 2/1987, acordándose delegar la instrucción en el Magistrado-Juez número 3 de Santiago de Compostela, quien, en virtud de la delegación, practica las pruebas que estimó oportunas y declara concluso el sumario por auto de 23 de diciembre de 1987 elevándolo al Pleno de la Audiencia Territorial.

El Pleno de la Audiencia Territorial, con fecha 5 de febrero de 1988, entre otros acuerdos, adopta el de declarar nulo el auto dictado por el Instructor-Delegado concluyendo el sumario, fundándose en que tal resolución contradice el auto del Pleno de 6 de octubre de 1987, ya que al Instructor-Delegado se le encomendó únicamente la práctica de la investigación debiendo remitir las actuaciones en cuanto las estimase practicadas, al haber quedado reservada al Pleno la decisión de concluir el sumario, ya que había asumido la competencia tanto en la fase instructora como en las posteriores. Al mismo tiempo acordó dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal, quien solicitó la práctica de determinadas pruebas. El Pleno, por auto de 26 de febrero de 1988, acordó no sólo que se practicaran las pruebas pedidas por el Ministerio Fiscal, sino otras pruebas que estimaba necesarias para el esclarecimiento de los hechos. Y a partir de aquella fecha, nombró Instructor a un Magistrado miembro del Pleno, quien practica las pruebas acordadas y concluidas las mismas el Pleno de la Audiencia Territorial por auto de 27 de julio de 1988 dicta auto de procesamiento contra el anterior Vicepresidente de la Xunta y Diputado del Parlamento de Galicia por los delitos de cohecho y prevaricación.

El defensor del procesado al recurrir en súplica el auto de procesamiento, además de anunciar la posible recusación en su día de los Magistrados que inter-

vinieron en el Pleno, que a su juicio deberán abstenerse de actuar en la fase plenaria si a ella se llega, estima que el propio Pleno debe plantear la inconstitucionalidad del artículo 18 del Estatuto de Autonomía, en cuanto establece la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (y hasta su entrada en funcionamiento, a tenor de la disposición transitoria 2.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Pleno de la Audiencia Territorial).

II

Publicada la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988, entiende el Fiscal que consulta que es natural el anuncio del planteamiento de la posible inconstitucionalidad de los artículos 11.3 y 18 del Estatuto de Autonomía, pues en el actual caso, seguido por los trámites del sumario ordinario, no cabe duda de dos cosas: que están distinguidas las fases de instrucción y de plenario y que el Tribunal en Pleno actuó como instructor con todas sus consecuencias: aceptación de competencia para instruir y fallar, nombramiento de Instructor simplemente delegado —hasta el punto de anular el auto de conclusión que dictó, por asumir facultades instructoras propias del Pleno— práctica de pruebas acordadas de oficio, acuerdo de procesamiento y decisión sobre la situación personal del procesado.

Y a la luz de la doctrina mantenida en la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988, no cabe duda de que los artículos 11.3 y 18 del Estatuto de Autonomía de Galicia están viciados de inconstitucionalidad, en cuanto en ellos se señala, con violación del artículo 24.2 de la Constitución, que el mismo Tribunal que instruye ha de juzgar; de ahí el que, como dice el Tribunal Constitucional, debe abstenerse todo Juez del que pueda temerse legítimamente falta de imparcialidad, pues va en ello la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados, lo que, se concluye por el Fiscal consultante, es más de tener en cuenta cuando el acuerdo de procesamiento, tomado prácticamente por unanimidad del Tribunal que en su día va a juzgar, se refiere a una persona de la relevancia del aquí acusado y en una enrarecida atmósfera política, ajena al Tribunal, pero imposible de soslayar.

Por cuanto antecede concluye afirmando la conveniencia de informar en su momento favorablemente si se produce el planteamiento por el Tribunal de la cuestión de inconstitucionalidad de los preceptos citados, o incluso de solicitar del Tribunal su planteamiento. El momento oportuno para plantearla sería inmediatamente después de dictarse el auto de conclusión del sumario y antes de dar traslado al Ministerio Fiscal para instrucción, pues de ser inconstitucionales los preceptos serían nulas todas las actuaciones procesales a partir de dicho momento, y, por consiguiente, también la sentencia.

III

Los artículos 11.3 y 18 del Estatuto de Autonomía de Galicia, el primero referido a sus parlamentarios y el segundo al Presidente y demás miembros de la

Junta, tienen un contenido virtualmente idéntico, y, en lo que aquí interesa, expresan que durante su mandato y por los actos delictivos cometidos en el territorio de Galicia, no podrán ser detenidos, sino en caso de flagrante delito, «correspondiendo decidir, en todo caso, sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio al Tribunal Superior de Justicia de Galicia».

El Pleno de la Audiencia Territorial de La Coruña se encuentra instruyendo sumario ordinario como consecuencia de la interpretación dada a dos normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial: artículo 73.3 a) y disposición transitoria 2.3. La primera de ellas dice que corresponde a la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia el conocimiento de las causas penales que los Estatutos de Autonomía reserven al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia. Y la segunda establece que hasta que entren en funcionamiento los Tribunales Superiores de Justicia, las competencias que la presente ley atribuye a su Sala de lo Penal continuarán residenciadas en la Sala del Tribunal Supremo que actualmente la tiene atribuida, salvo que los Estatutos de Autonomía las atribuyan a las respectivas Audiencias Territoriales.

La cuestión de la posible inconstitucionalidad de los preceptos ya aludidos ha de ser examinada a través del presupuesto ineludible que representa la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988, de 12 de julio, recaída a propósito de la inconstitucionalidad o no de algunos preceptos de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes. Pero como expone el Fiscal que formula la Consulta, en el caso planteado no surge la duda respecto a si ha existido instrucción, pues se trata de un sumario ordinario en el que la fase instructora está perfectamente delimitada; y acontece, además, que el Pleno de la Audiencia Territorial ha conducido directamente la instrucción, llegando incluso al procesamiento. En tales circunstancias, el hecho de que ese mismo Pleno, una vez concluido el sumario, haya de enjuiciar y fallar, puede crear esa apariencia de falta de parcialidad que, siguiendo las directrices del Tribunal Constitucional conformes con las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, podría justificar el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, máxime si se tiene en cuenta la relevancia social del acusado y la enrarecida atmósfera política, ajena sí al Tribunal, pero imposible de soslayar. Mas el problema se agrava ante la dificultad de abstenerse el Tribunal, debido a que la ley le obliga a conocer tanto de la instrucción como del enjuiciamiento.

a) La instrucción del sumario se ha realizado por el Pleno de la Audiencia Territorial; el fundamento fue hallado en el artículo 18 del Estatuto de Autonomía, expresivo de que corresponderá decidir al Tribunal Superior de Justicia «sobre la inculpación, prisión, procesamiento y juicio». Pero conviene aclarar desde este momento, que la anterior norma no se refiere a *instrucción* en sentido propio o técnico, sino a algunas actuaciones decisorias que tienen lugar en la fase de instrucción; ocurre también, y hay que destacarlo, que el artículo 18 del Estatuto de Autonomía —cuya aprobación en los trabajos parlamentarios se produjo sin discursión alguna— va más lejos que lo que, en su día, previó la Ley Orgánica del Poder Judicial. Al menos así parece desprenderse de la literalidad del artículo 73.3 a) de esta última al disponer que a la Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia corresponde «el conocimiento de las causas penales» reservadas a los Tribunales Superiores de Justicia.

Por «conocimiento de las causas penales», podría entenderse, en interpretación meramente literal, que no le corresponde la instrucción, sino el enjuiciamiento y fallo, pero debe descartarse esta idea porque la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, en el apartado 3 b) del citado artículo 73 dice que también corresponde a la Sala de lo Penal de dichos Tribunales Superiores de Justicia «la instrucción y fallo de las causas penales contra Jueces, Magistrados y miembros del Ministerio Fiscal». Excluye, asimismo, aquella interpretación, lo dispuesto en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando atribuye a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el conocimiento de la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado».

Significa lo dicho, de una parte, que la instrucción de las causas contra el Presidente y miembros de la Xunta de Galicia no viene claramente atribuida en la Ley Orgánica del Poder Judicial al Tribunal Superior de Justicia, aunque pudiera llegarse a una respuesta afirmativa mediante criterios interpretativos sistemáticos o analógicos; de otra, que el Estatuto Gallego en su artículo 18, tampoco estableció explícitamente la instrucción en su plenitud, sino que la limita a las concretas decisiones de «inculpación, prisión, procesamiento y juicio». Por ello, es al menos cuestionable que el Pleno de la Audiencia Territorial de La Coruña haya asumido la instrucción completa de la causa. La Ley Orgánica del Poder Judicial, aparte posibles imprecisiones, cuando ha querido que sea así, lo ha dicho expresamente. Para el Tribunal Constitucional «conocimiento» no supone instrucción. La sentencia 145/1988, en su fundamento jurídico 5, dice que «no es necesario, en cambio, declarar la inconstitucionalidad del párrafo primero del mismo artículo 2 de la Ley Orgánica 10/1980, que se limita a atribuir la competencia para el conocimiento y fallo (no, por tanto, para la instrucción)...» Si aceptamos, pues, que el Estatuto de Autonomía de Galicia únicamente atribuye al Tribunal Superior de Justicia las decisiones de inculpación, prisión, procesamiento y juicio, será necesario determinar si, en todo caso, según la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (sentencia 145/1988), la aparición de parcialidad que prohíbe el artículo 24.2 de la Constitución Española se produce cuando quien debe juzgar, previamente ha conocido el asunto a través de valoraciones que han exigido tomar postura respecto de aquél, como ocurre en los indicados casos en que es necesario decidir sobre la prisión o sobre el procesamiento.

b) La sentencia 145/1988 del Tribunal Constitucional, en su fundamento jurídico 7, dudosamente llega a estas conclusiones cuando explica qué debe entenderse por «instrucción» en el sentido que aquí interesa, es decir, en cuanto actuación que pueda debilitar la imparcialidad del Juez, o crear apariencias en su contra. Entiende, de una parte, que «no toda intervención del Juez antes de la vista tiene carácter de instrucción ni permite recusar por la causa prevista en el artículo 54.12 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Basta recordar, dice, «que en el procedimiento penal ordinario las Audiencias Provinciales conocen en apelación de los autos dictados por el Juez de Instrucción e incluso decretan de oficio la práctica de nuevas diligencias al conocer el auto de conclusión del Sumario (artículo 631 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Esto es cierto, hasta el punto de que la misma Audiencia que luego ha de juzgar, según nuestro ordenamiento, debe previamente valorar el auto de procesamiento y el de prisión, durante la instrucción, en caso de que se impugnen (artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento

Criminal). Tales actuaciones, sin embargo, parece aceptables al Tribunal Constitucional desde el punto de vista de la imparcialidad, y no las considera obstáculo para que después la misma Audiencia que revisó la prisión o el procesamiento, juzgue el caso.

De otra parte, por contra, pone de relieve la sentencia citada, que «instructor de una causa, será, por tanto, el Juez que lleve a cabo esas actuaciones» (las enumeradas en el artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y participe de forma activa en la investigación. Es, precisamente, el hecho de haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio o para que el Tribunal sentenciador tome las decisiones que le corresponden, así como el hecho de haber estado en contacto con las fuentes de donde procede ese material, lo que puede hacer nacer en el ánimo del Instructor prevenciones y prejuicios respecto a la culpabilidad del encartado, quebrándose la imparcialidad adjetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y juzgadora. Y más adelante agrega: «Es (...) la investigación directa (...) lo que forma el núcleo esencial de la instrucción.»

Es verdad que también la misma sentencia se refiere a la decisión sobre la prisión provisional del detenido, afirmando que, por regla general, exige del Juez una valoración, por lo menos indiciaria, de la culpabilidad, y ello puede ser integrante de una actividad instructora; pero después de lo expuesto más arriba, parece que esta frase no debe valorarse aisladamente, sino en el contexto completo de la sentencia. En este sentido, es al menos dudoso que la sola decisión sobre la prisión o sobre el procesamiento haya de entenderse como actividad instructora a los efectos de la imparcialidad de quien luego debe juzgar, cuando resulta que en apelación la Audiencia realiza la misma operación —considerada fuera de la instrucción en la sentencia— y cuando en el asunto que nos ocupa, el órgano que es llamado a tomar dichas decisiones es colegiado y no unipersonal, lo que reduce igualmente su apariencia de imparcialidad objetiva. A esta conclusión, aun reconociendo la dificultad del tema, pudiera llegarse sin grandes esfuerzos interpretativos, de la ponderación del conjunto de la doctrina de la sentencia 145/1988, sobre todo porque los casos que se citan del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fundamentalmente el caso De Cubber, no contempla materia similar a la de este caso, pues allí se trataba de un Juez que tras intervenir en la instrucción accede al Tribunal colegiado el que interviene en algunas decisiones durante la instrucción, y después el mismo ha de juzgar. Claro es que lo argumentado se basa, como hemos dicho al principio, en la opinión de que el artículo 18 del Estatuto Gallego sólo atribuye al Tribunal Superior de Justicia las decisiones indicadas y no la instrucción.

c) El hecho de que el Pleno de la Audiencia de La Coruña haya sobrepasado esas facultades, podrá tener otras consecuencias, pero no la de conducir a plantear una cuestión de inconstitucionalidad de unos preceptos (sería el artículo 18) que no le obligaban a realizar la instrucción del sumario. Además, no basta para que resulte afectado el deber de imparcialidad, haber sido Instructor, sino haber realizado realmente propias actividades instructoras. Lo que puede contaminar de nulidad es precisamente el contacto directo con la investigación y la práctica de las pruebas. Esto no es aplicable, según los antecedentes, al Pleno de la Audiencia Territorial, sino, en todo caso, al delegado del Pleno para la instrucción. En

consecuencia, puede juzgar el Pleno con la abstención del Magistrado delegado del Pleno para la instrucción.

Para evitar situaciones como la que ofrece la Consulta, otros ordenamientos jurídicos arbitran soluciones legislativas tendentes a esa finalidad. Así, el francés, tan afín en otras materias al nuestro, en los delitos cometidos por Magistrados y ciertos funcionarios, atribuye a la «Cour de Cassation» la obligación de designar la jurisdicción encargada de la instrucción y del enjuiciamiento (artículo 679 y siguientes, «Code de Procedure Penale»). Y en materia de prisiones o inculpaciones, el Tribunal que después deberá juzgar el caso, no interviene durante la instrucción, porque las decisiones sobre aquéllas son tomadas por lo que se llama «Chambre D'accusation» (artículos 191 y siguientes).

Podrá argüirse también que en el asunto presente, es precisamente lo excepcional del cargo ocupado por el acusado y las mayores garantías de que pretende rodeársele, lo que justifica y constituye la finalidad que persigue la unificación en un mismo Tribunal de la instrucción y el enjuiciamiento. Un poco en la línea que mantienen las sentencias del Tribunal Constitucional para la supresión de la doble instancia en materia penal (51/1985, fundamento jurídico 3; 30/1986, fundamento jurídico 2) respecto a Diputados y Senadores, o en el sentido que se expresa la sentencia del Tribunal Constitucional 90/1985, fundamento jurídico 6, para las denegaciones de Supplicatorio.

El argumento nos parece débil, pues los casos comparados son en realidad distintos. La finalidad de la doble instancia es lograr una mayor garantía, no sólo por lo que supone el doble conocimiento, sino porque el segundo Tribunal que conoce es de grado superior al que lo hizo en primer lugar. De ahí que si la competencia viene atribuida por razón de la persona en primera instancia al más alto Tribunal, pueda dejar de tener sentido un nuevo enjuiciamiento.

Pero en el asunto que estamos examinando, la imparcialidad es predicable y debe ser protegida en todo órgano dedicado a juzgar, resultando igualmente reprochable la apariencia de parcialidad en un Tribunal inferior que en uno superior.

d) El último punto de que trata la Consulta plantea con suma corrección el momento en que una cuestión de inconstitucionalidad, de la naturaleza de la aquí examinada, debe promoverse. Aunque se ha concluido que es impropcedente en este caso su planteamiento, estimamos válidas las apreciaciones que se hacen y de interés general su conocimiento, por lo que es oportuna la exposición de tal línea argumental.

Conforme al estricto tenor del artículo 35.1 y 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979, parece que toda cuestión de inconstitucionalidad deberá plantearse «concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia». De ahí que en la cuestión que dio lugar a la sentencia de 12 de julio de 1988 el Ministerio Fiscal al oponerse a la misma estimara que el Juez la había planteado anticipadamente en unas diligencias previas, antes de incoarse el procedimiento de la Ley 10/1980 y el Letrado del Estado al oponerse también a la cuestión diga que el Juez no plantea la cuestión una vez concluso el procedimiento y antes de dictar sentencia.

Mas el Tribunal Constitucional rechaza aquellas objeciones y entiende que la cuestión se planteó en momento oportuno. Ello es así porque como dice el Tribunal Constitucional (sentencia 54/1983, de 21 de junio) la expresión *fallo* utilizada tanto en la Constitución (artículo 163) como en la Ley Orgánica del

Tribunal Constitucional (artículo 35.1) se ha de entender en sentido amplio significando pronunciamiento decisivo e imperativo de una resolución judicial, se trate de materia de fondo o materia procesal», ya sea en forma de auto o de sentencia, y así lo ha reconocido la Circular de esta Fiscalía 1/1986, de 14 de febrero; es lo decisivo la relación de la validez norma-fallo a producir en el proceso; es decir, que la aplicación de la norma que se estime inconstitucional lleve consigo la nulidad de la actuación procesal y, por consiguiente, la invalidez del fallo. De ahí que la sentencia de 12 de julio de 1988 estime ajustado que el Juez suscite la cuestión una vez concluidas las diligencias previas, por entender que la validez de la sentencia depende de la norma impugnada, ya que si fuese inconstitucional y habiendo realizado funciones de instructor carecería de competencia para celebrar el juicio oral y, en consecuencia, para fallar.

En el supuesto de la Consulta por aplicación de la doctrina constitucional, si hubiera habido lugar al planteamiento, el momento oportuno hubiera sido el inmediatamente después de dictar auto de conclusión del sumario y antes de dar traslado al Ministerio Fiscal para instrucción, pues de ser inconstitucional el precepto serían nulas las actuaciones procesales subsiguientes y también la sentencia, al no ser razonable exigir al Tribunal seguir los trámites hasta la celebración del juicio para plantear después una nulidad que de antemano presume. Esta última tesis sería exacta sólo si la inconstitucionalidad se predicare del precepto penal sustantivo del que dependiera el fallo con lo que el trámite procesal anterior, incluido el juicio, sería válido. Pero, insistimos, no lo es cuando lo que se plantea es la inconstitucionalidad de la tramitación procesal del plenario de la causa y su fallo por el Tribunal que instruyó.

HURTO DE USO DE VEHICULOS DE MOTOR: OBJETO MATERIAL Y PENALIDAD

Consulta núm. 5/1988

I

La Consulta que se formula, resultado de un acuerdo mayoritario adoptado en Junta de Fiscalía celebrada al efecto, se sintetiza en estos términos:

— Si los ciclomotores pueden ser objeto del delito que define el artículo 516 bis del Código penal.

— Si en el caso de que el objeto del delito a que se refiere el artículo 516 bis tuviere un valor inferior a 30.000 pesetas, y no mediare fuerza ni intimidación, tal conducta ha de tipificarse como falta de hurto.

— Ambas cuestiones se resolvieron en sentido positivo, y, en cuanto representan una modificación de la doctrina jurisprudencial continuada, se someten a la consideración de la Fiscalía General del Estado en forma de Consulta.

Ordenados los dos temas propios de la Consulta es preciso distinguirlos.

a) *El ciclomotor como posible objeto del delito del artículo 516 bis:*

La respuesta negativa halla su fundamento en los siguientes argumentos:

— El paralelismo con el tratamiento que se había dado en el anterior artículo 340 bis c), de conducción sin permiso, que no alcanzaba a los ciclomotores.

— Al carecer de la consideración administrativa de vehículo de motor no era necesario el aseguramiento de los ciclomotores.

— No son un vehículo puesto en marcha por el motor, sino incardinado en los ciclos, una especie de bicicleta.

— El principio de intervención mínima del Derecho penal, ya que si la utilización indebida del ciclomotor es conducta de máxima levedad con relación al valor de los vehículos de motor, no deben generar la misma responsabilidad criminal las utilizaciones ilegítimas de unos y otros.

Frente a estos argumentos se esgrimen otros legitimadores de la inclusión del ciclomotor en el radio delictivo del artículo 516 bis. Son éstos:

— La expresa derogación del artículo 340 bis c) por Ley de 25 de junio de 1983 hace innecesaria su contemplación con argumento en favor de la exclusión.

— En el Reglamento del Seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor (Real Decreto de 4 de julio de 1980),

es preceptivo el seguro para los ciclomotores desde el 1 de octubre de 1980, al disponer su artículo 6 que tendrán la consideración de vehículos de motor a los efectos de la obligación de estar asegurados, todo artefacto o aparato que circule por las vías públicas accionado mediante un mecanismo de motor para cuya conducción se requiera permiso o licencia.

— La consideración de la tracción por la energía humana no se corresponde con el artículo 6 del Reglamento citado de 4 de julio de 1980, que complementa el artículo 4 del Código de la Circulación; antes al contrario, de estos preceptos se desprende que la circulación de un artefacto propulsado por un motor, aunque tenga menos de 50 c.c., otorga al mismo los caracteres de vehículo de motor a efectos de la obligación de asegurarlo. La actual normativa de seguros deriva de la estimación del riesgo que comportan los ciclomotores, dadas su velocidad, características, precio y utilidad para sus titulares.

— Las anteriores razones invalidan el argumento de la intervención mínima del Derecho penal que tiende a excluir del artículo 516 bis la utilización ilegítima del ciclomotor, lo que produciría la impunidad, dado que no cabe su inclusión en ningún otro tipo penal.

b) *Necesidad de la tipificación como falta de hurto de la utilización de vehículos de motor de escaso valor:*

Precisamente, el criterio de intervención mínima apoya la tesis de que cuando el objeto del delito del artículo 516 bis tenga un valor inferior a 30.000 pesetas y no se emplee fuerza ni violencia, la utilización ilegítima ha de considerarse falta de hurto, pues la presunción del dolo de sustracción necesario para ella sería una presunción favorable al reo; presunción que está abonada por el argumento de que un dolo mayor (el de la sustracción definitiva) no debe significar una menor responsabilidad que el dolo de utilización temporal.

II

A. La concreción del objeto típico en el delito del artículo 516 bis es tema sumamente debatido que divide en actitudes inconciliables a la doctrina científica. Sin embargo, está resuelto de modo unívoco en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Y decidido directamente en dos ocasiones, y en la misma forma, por la Fiscalía General del Estado. La primera de ellas atendido el texto que al artículo 516 bis dio la Ley de 8 de abril de 1967. Y la otra, interpretando la versión actual del precepto que data de la Ley de 28 de noviembre de 1974.

Si la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la exégesis del artículo 516 ha excluido del concepto legal de vehículos de motor a los ciclomotores (sentencias de 9 y 15 de marzo y 21 de mayo de 1973; 4 de diciembre de 1974; 2 de junio de 1975; 4, 20 y 25 de octubre de 1976; 28 de enero de 1977, y 23 de junio de 1981), las directrices de esta Fiscalía han sido coincidentes con la doctrina jurisprudencial.

La Circular 2/1973, de 26 de febrero («En torno a si en el ámbito objetivo del artículo 516 bis del Código penal deben incluirse los ciclomotores», en Memo-

ria de 1974, págs. 242-255), planteó la cuestión de si el ciclomotor debe o no estar sujeto al régimen jurídico-penal previsto para los vehículos de motor, resolviéndolo en sentido negativo, ya sean valorados como objeto o como instrumento de las infracciones en que se halla aquel concepto. A esta conclusión se llegó ponderando no sólo las normas estrictamente penales, sino también —y sobre todo— las contenidas en ordenamientos extrapenales, con fundamento en que el artículo 516 bis al referirse al vehículo de motor, no ofrece una tipicidad descriptiva o absolutamente delimitadora del objeto de la acción, sino que en él el vehículo de motor viene configurado como un elemento típico normativo. Como el ciclomotor no se acomoda íntegramente a la estructura técnica de los vehículos de motor ni está sometido al mismo tratamiento jurídico-administrativo, habrá de excluirse del radio del artículo 516 bis. Si esta norma, en la cual el vehículo de motor representa el objeto de la acción, inmediatamente nada aclara, sí son estimables las consecuencias deducidas de otros preceptos también propiamente penales en cuyo ámbito está presente el vehículo de motor, si bien como instrumento de realización delictiva (artículos 340 bis, 565 y 586.3); en estas normas aunque el objeto de protección es de modo fundamental la seguridad y no la propiedad o algunas de sus facultades inherentes, es elemento del tipo el vehículo de motor, expresión que siempre ha de tener un significado no equiparable en modo alguno a los ciclomotores, porque en los casos de conducción delictiva de vehículos de motor figura como pena la privación del permiso de conducción.

Las normas no penales examinadas que contribuían a la no equiparación entre vehículos de motor y ciclomotor ofrecían distinta naturaleza y procedencia. Algunas, propiamente administrativas, estaban contenidas en el llamado Derecho de la Circulación (Código de la Circulación y Decretos de 27 de enero de 1956, 11 de enero y 19 de diciembre de 1957, 8 de mayo de 1961 y 20 de mayo de 1965); otras pertenecían al Derecho privado, insertas ya en el campo del Derecho de obligaciones (Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil Derivada del Uso y Circulación de Vehículos de Motor de 19 de noviembre de 1984) o en el de los derechos reales (*Ley de Hipoteca Mobiliaria* de 16 de diciembre de 1954). Y no faltaban argumentos procedentes del Derecho internacional tras el examen de Convenios internacionales relacionados con la materia (Convenio de Ginebra Sobre Transporte por Carretera de 19 de septiembre de 1949 y Convención de Viena Sobre Circulación Vial, nacida de una Conferencia de las Naciones Unidas celebrada entre los días 7 de octubre y 8 de noviembre de 1968).

En otra Circular, la de 27 de diciembre de 1974 (Memoria de 1975, págs. 255-258) dictada con motivo de la promulgación de la Ley de 28 de noviembre de 1974, que dio al artículo 516 bis del Código penal la redacción que ahora tiene, se trató del significado de la nueva expresión «vehículo de motor ajeno, cualquiera que fuera su clase, potencia o cilindrada». Se aventuraba que con este texto, más especificativo, aún era posible la duda sobre la inclusión o no en la protección penal del tipo a los ciclomotores, pues si atendiendo al espíritu que inspiró la modificación parece que los ciclomotores debían estar sujetos a idéntico tratamiento juridicopenal que los vehículos de motor, en cambio, el análisis del tenor literal de la norma nada resuelve, por lo que por ahora, se decía, debe mantenerse el criterio adoptado en la Circular de 26 de febrero de 1973, que está, además, en la línea continuada marcada sin excepciones por la jurisprudencia.

dencia del Tribunal Supremo más reciente que elimina del artículo 516 bis los ciclomotores (sentencias de 9 y 15 de marzo y 21 de mayo de 1973).

B. ¿Hay motivos para modificar el criterio mantenido y extender ahora el concepto de vehículo de motor hasta comprender los ciclomotores como objeto de protección penal en el artículo 516 bis?

a) El artículo 516 bis, en lo que aquí interesa, se separó de la redacción anterior en estos dos puntos. El primero consistió en agregar al giro vehículo de motor la frase «cualquiera que fuera su clase, potencia o cilindrada». Y, el segundo, en introducir un párrafo imponiendo la privación del permiso de conducción en todos los casos comprendidos en el artículo. Ninguna de estas novedades supone un cambio tal que autorice a incluir en la norma los ciclomotores. Al contrario. De un lado, porque la frase reseñada continúa refiriéndose al vehículo de motor, se trata de una especificación para que quede claro que abaca a todos los vehículos de motor. Y, de otro lado, porque si a los diversos tipos definidos en el artículo 516 bis va unida necesariamente la pena de privación del permiso de conducir, es porque tal permiso es esencial a la conducción de los vehículos de motor, y así se justifica que exista una relación lógica entre vehículos de motor y permiso de conducción tanto en el Código penal (artículos 26.5, 30, 33, 42, 340 bis, 565 y 586.3) como en el Código de la Circulación (artículos 106 y 261 referidos al automóvil) del propio modo que resulta coherente la relación entre ciclomotor y licencia de conducción (artículos 132 y 272 del Código de la Circulación).

El Tribunal Supremo tampoco ha encontrado dificultades para seguir diferenciando ciclomotores y vehículos de motor a efectos del artículo 516 bis después de la Ley de 1974. La sentencia de 4 de octubre de 1976, con cita de las sentencias de 9 y 15 de marzo de 1973 y 25 de mayo de 1973, que afirmaron que la utilización ilegítima de ciclomotores no puede incluirse en el artículo 516 bis, declara que es «doctrina certera antes de la reforma de 1974 como después de ella». Y otra sentencia, la de 20 de octubre de 1976 tras confirmar los criterios de la jurisprudencia anterior, dice que «la Ley de Reforma Penal de 28 de noviembre de 1974 no ha modificado el valor de esas declaraciones jurisprudenciales, pues en su exposición de motivos no se dice que la *mens legislatoris* fuera la de incluir los ciclomotores en la letra del artículo 516 bis remodelado... prosiguiendo, por tanto, el mencionado artículo refiriéndose como elemento objetivo de la infracción, al vehículo de motor, dentro de cuyo concepto, y como ya se ha dicho, no es dable incluir a los ciclomotores». En el mismo sentido las sentencias de 25 de octubre de 1976 y 28 de enero de 1977.

El nuevo texto del artículo 516 bis no parece, pues, que contribuya a identificar, como objeto material de su acción, vehículos de motor y ciclomotores. Si, como ya se indicó, el de vehículo de motor no es un concepto descriptivo, veamos ahora si se trata de un término normativo necesitado de complementación y que, por ello, está valorado en el ordenamiento jurídico.

b) El Código de la Circulación es una de las normas a valorar. Desconoce el concepto de vehículo de motor, por lo que no es ajustada la sentencia de 8 de marzo de 1985 cuando dice que el objeto material del artículo 516 bis son los vehículos de motor «cuyo concepto se ha de obtener acudiendo al Código de la Circulación». Si se utilizan en él como categorías diferenciadas los términos vehículo automóvil y ciclomotor. Este está excluido expresamente del radio del

vehículo automóvil (artículo 4, apartado g, inciso último) y de modo implícito otras veces al no incluirse en la clasificación de los automóviles (artículos 89, 95, 235, etc.). Así, ciclomotor no es un vehículo de la especie automóvil, sino de la clase ciclo, y aunque cuenta con motor auxiliar de fuerza y velocidad limitada (artículo 4, apartado p), desarrollado por la Orden del Ministerio de Industria de 10 de marzo de 1976) tampoco se identifica con los motociclos o motocicletas que sí participan de la naturaleza de los vehículos automóviles (artículo 4, apartado n) del Código de la Circulación). Así, de este cuerpo legal no obtenemos que el ciclomotor sea legalmente un vehículo de motor, sino sólo que el ciclomotor es un vehículo perteneciente al género ciclo con la especialidad de contar con un motor auxiliar de limitadas características como tal, pero que se separa de otros vehículos con motor (motociclos), sometidos al régimen de los vehículos automóviles, y más claramente de éstos.

c) Existen normas de Derecho internacional relacionadas con la materia que aquí tratamos.

En el Convenio de Ginebra sobre transporte por carretera de 19 de septiembre de 1949 —que surtió efectos en España tras su publicación, a partir del 13 de mayo de 1958— los términos empleados son el vehículo automotor —que coincide, en líneas generales, en su definición del artículo 4 con el de vehículo automóvil— y el de bicicletas con motor auxiliar, que no se considerarán como vehículos automotores siempre que mantengan su estructura (motor auxiliar de combustión interna de 50 c.c. de cilindrada máxima y conserven las características normales de las bicicletas). Los Estados que estén obligados por el anexo 1 del Convenio excluirán de la definición de vehículo automotor a las bicicletas con motor auxiliar; es de observar que tal anexo no era de aceptación obligada por las partes que firmaron el Convenio, sino que podía excluirse haciendo uso de la oportuna reserva, como efectivamente hicieron varios países —para los cuales las bicicletas con motor auxiliar son automóviles— entre los que no se encuentra España, por lo que al menos implícitamente se aceptaba que las bicicletas con motor o ciclomotores no son vehículos automotores o automóviles.

Es en la Convención de Viena de 1968, firmada por España, en donde se recogen los conceptos de ciclomotor y vehículos de motor. Ciclomotor es todo vehículo de dos o tres ruedas previsto de un motor térmico de propulsión cuya cilindrada no exceda de 50 c.c. y cuya velocidad máxima no exceda de 50 kilómetros por hora (capítulo I, artículo 1, letra m). Y vehículo de motor es toda vehículo provisto de un motor de propulsión que circule por una vía de sus propios medios, excepto los ciclomotores en el territorio de las partes contratantes que no los hayan asimilado a las motocicletas (capítulo I, artículo 1, letra o).

Debemos referirnos aquí a los artículos 96.1 de la Constitución y 1.5 del Código civil. Conforme al primero, los Tratados internacionales válidamente celebrados una vez publicados oficialmente en España formarán parte del ordenamiento interno. Y a tenor del segundo, las normas jurídicas contenidas en los Tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Parece desprenderse de estos preceptos que rige en nuestro Derecho el sistema de recepción automática, ya que con sólo la publicación de los Tratados, éstos adquieren el carácter de fuente directa integrándose en el ordenamiento interno

sin necesidad de especiales medidas legislativas para la ejecución de las normas nacidas en el seno del Derecho internacional convencional. Y la jerarquía de los Tratados, una vez integrados en el ordenamiento interno, es superior a las leyes, por cuanto las normas en aquéllos contenidas cuentan con un sistema especial de derogación al que son ajenas las leyes cualesquiera sea su naturaleza (artículo 96.1, inciso segundo, de la Constitución).

d) ¿A qué otros criterios podremos acudir para delimitar la naturaleza del ciclomotor? Quedan otras posibilidades.

Una es, como se hace en la Consulta, tener en cuenta la nueva reglamentación del seguro obligatorio de responsabilidad civil de vehículos de motor. Se dice, en efecto, que el Real Decreto 1.653/1980, de 4 de julio, entre otros, modificó el artículo 6 del Reglamento de 19 de noviembre de 1964, y ahora se incluyen por vez primera en el seguro obligatorio los vehículos para cuya conducción se exija licencia. Antes el seguro se limitaba a aquellos para cuya conducción se requería permiso. Dice el artículo 6 que «tendrán la consideración de vehículos de motor a los efectos de la obligación de estar asegurados:

a) Todo artefacto o aparato que circule por las vías públicas accionado mediante un mecanismo de motor para cuya conducción se requiera permiso o licencia, según la legislación vigente, así como sus remolques o semiremolques.»

No representa, sin embargo, el precepto transcrito un argumento concluyente en favor de la equiparación entre ciclomotor y vehículo de motor. Aun prescindiendo de que con la equiparación se habrían desconocido por la modificación reglamentaria normas de mayor entidad contenidas en Tratados internacionales, es de observar lo siguiente. En primer lugar, que esa indirecta consideración de vehículo de motor —merced a haber introducido la palabra *licencia*, única autorización precisa para conducir ciclomotores— lo es sólo «a los efectos de la obligación de estar asegurados», no a cualesquiera otros efectos administrativos o penales. Y en segundo término que la interpretación de otros párrafos del artículo 6 lleva a la misma conclusión, esto es que se está teniendo en cuenta únicamente el ciclomotor como objeto del seguro obligatorio, pero inextensible a su consideración como objeto o instrumento del delito; de otro modo, resulta inexplicable que figuren entre los vehículos de motor los trolebuses y tranvías [artículo 6 b)], que o bien no están incluidos entre los automóviles en el artículo 89 del Código de la Circulación o se dice expresamente que no son vehículos automóviles (artículo 262, IV del Código de la Circulación).

Pero la norma con la que se argumenta ya no está en vigor. En cumplimiento de lo dispuesto en el Real Decreto legislativo 1.301/1986, de 28 de junio, el 30 de diciembre de 1986 se aprueba el nuevo Reglamento del seguro de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículo de motor de suscripción obligatoria. Deroga al anterior Reglamento del seguro obligatorio de 19 de noviembre de 1964 incluida la modificación que introdujo en el artículo 6 el Real Decreto de 4 de julio de 1980. Conforme al artículo 5 del nuevo Reglamento «tienen la consideración de vehículos de motor, a los efectos de la obligación de estar asegurado, los ciclomotores y todo vehículo terrestre automóvil que esté accionado por una fuerza mecánica, así como sus remolques incluso no acoplados, con exclusión de los ferrocarriles y tranvías que circulen por vías que les sean propias».

Se pasa así de la referencia indirecta al ciclomotor del anterior Reglamento —son también vehículo de motor aquellos para cuya conducción se exija licencia—

a la expresa alusión a los ciclomotores entre los vehículos de motor. Este ha sido el cambio más importante. Mas el campo acotado en el que se proyecta la identificación es el mismo: «A los efectos de la obligación de estar asegurado.» Sobre los demás efectos nada se dice. Seguimos sin disposiciones que, a efectos penales identifiquen ambas clases de vehículos. Y no olvidemos que el objeto de la Consulta es aún más restringido. No plantea la naturaleza del vehículo ciclomotor en el ordenamiento jurídico penal, sino la valoración del ciclomotor como posible objeto típico del hurto de uso, con lo que ya se excluye la consideración del ciclomotor como medio de comisión de delitos o como objeto del delito de hurto propio. Que el artículo 516 bis únicamente contempla al vehículo de motor y no al ciclomotor se infiere de su último párrafo, pues si a su tenor «en todos los casos comprendidos en este artículo se impondrá además la pena de privación de permiso de conducción», es claro que su objeto típico son los vehículos de motor, no los ciclomotores. Resulta, pues, que el índice penalmente relevante que marca los límites entre vehículo de motor y ciclomotor es el de la habilitación necesaria para conducir cada uno de ellos. El vehículo que requiere el permiso de conducción para su utilización legítima es vehículo de motor (artículo 262 del Código de la Circulación); de ahí el que siempre que el Código penal construye tipos en los que figura el vehículo de motor como objeto de la acción o como medio comisivo imponga la pena de privación, por tiempo limitado del permiso de conducir (artículos 340 bis, 516 bis, 565, 586.3). El vehículo que requiere simple licencia de conducción (artículo 132, II del Código de la Circulación) es ciclomotor. Precisamente la sentencia de 18 de julio de 1987, que casó la de instancia —conforme había interesado el Ministerio Fiscal— declaraba que «es innegable que no siendo el ciclomotor —en este caso un vespino de 49 c.c.— vehículo de motor de acuerdo con constante y uniforme doctrina de esta Sala, no es posible adicionar a la pena que pueda y debe imponerse la privación del permiso de conducir o la de obtenerlo, sanción sólo inherente a la utilización ilegítima de vehículos de motor».

A. Los diversos tipos de hurto de uso cuyo objeto está integrado por los vehículos de motor conforme al artículo 516 bis son éstos:

a) *Tipo normal o base (artículo 516 bis, párrafo primero).*

Elemento esencial es el *animus utendi*, esto es que el agente no tenga el propósito de haber el vehículo de motor como propio (sentencias, entre otras, de 8 de marzo de 1985 y 19 de abril y 6 de junio de 1988), lo que sólo lleva implícito el lucro o ventaja procedente del uso ilegítimo indispensable para el cambio del título de imputación, que lo diferencia del hurto propio, porque en éste se pretende incorporar definitivamente lo sustraído al patrimonio con deseo de obtener un enriquecimiento, privando así del dominio definitivo (sentencias de 20 de febrero de 1981 y 30 de abril de 1983). Imprescindible es también en el orden temporal que el uso no llegue a 24 horas, pues este dato sólo es relevante para la cualificación. La punibilidad no se halla en función de índices cuantitativos como son el valor del vehículo de motor o el provecho obtenido con el uso, sino de datos cualitativos o en función de la acción: que se trate de un vehículo de motor. En consecuencia, el tipo está completo exceda o no el valor del vehículo de motor de 30.000 pesetas.

- b) *Tipo cualificado por la continuidad en la posesión ilegítima o no restitución dentro de las 24 horas (artículo 516 bis, párrafo tercero, inciso primero)*

La no restitución en este término esencial, aunque el uso efectivo haya sido menor (sentencia de 10 de mayo de 1985), supone una agravación, pasando las penas de ser alternativas (arresto o multa) a conjuntas (arresto y multa).

- c) *Tipo cualificado conjuntamente por la continuidad en la posesión y por el valor del vehículo de motor (artículo 516 bis, párrafo tercero, inciso segundo)*

Se aplican las penas antes señaladas si el valor no excediere de 30.000 pesetas, o si, rebasando esta cifra, no concurrieren las circunstancias expresadas en el artículo 515.3. Mas estaremos en el área del artículo 516 bis, párrafo tercero, inciso segundo, que remite al artículo 515.3 en la penalidad, si el valor excede de 30.000 pesetas con posibilidad de imponer las previstas para el hurto propio. A pesar de ello no hay transformación del hurto de uso en hurto común, ya que no se trata aquí de una norma de remisión conceptual, sino simplemente penológica (sentencias de 26 de junio de 1974 y 23 de mayo de 1980).

B. En la Consulta, sin particularización de los diversos tipos, pero siempre refiriéndose a su penalidad, se indica que «un dolo mayor, como es el dolo de sustracción definitiva, no debe significar una menor responsabilidad que el dolo de simple utilización temporal, evidentemente menor que aquel». Mas realmente, ¿es esto así? ¿El apoderamiento de un vehículo de motor con ánimo de lucro y sin emplear fuerza ni violencia, está menos gravemente castigado que su apropiación con un simple *animus utendi*? Tiene razón la Consulta, y se justifica claramente su apreciación, si en los diversos tipos, antes esquematizados, hacemos un análisis comparativo de los efectos penológicos que conllevan la concurrencia del *animus utendi* —privación al *dominus* de la facultad de usar— o del *animus* de apropiación definitiva.

a) Resulta de mejor condición quien sustrae un vehículo de motor con intención de apropiárselo que quien sólo pretende hacer del mismo un uso temporal. Los atentados a la propiedad del artículo 514 son menos graves que los atestados a la posesión o *facultas utendi* por tiempo limitado, objeto propio del artículo 516 bis. Esto es patente cuando el vehículo de motor tiene un valor inferior a 30.000 pesetas. Pero también en la generalidad de los hurtos superiores a 30.000 pesetas, siempre que el uso haya excedido de 24 horas, porque este delito (artículo 516 bis, párrafo tercero, inciso primero) tiene asignadas penas conjuntas de arresto y multa, en tanto que en el hurto común la pena es de arresto. Esta situación es posible por el escaso valor de algunos vehículos de motor y por la subida del límite en la línea divisoria entre el delito y la falta. No era imaginable al tiempo de promulgarse la Ley de 9 de mayo de 1950, época en la que el tránsito del delito a la falta era de 250 pesetas, siendo realmente imposible la existencia de vehículo de motor con valor inferior a aquella cifra; lo mismo cabe decir cuando se redactó por vez primera el artículo 516 bis (Ley de 8 de abril de 1967). Se pensaría que el valor de los vehículos de motor excedería siempre del tope de las faltas, con lo que su apoderamiento definitivo sería siempre delito.

Pero la diferencia es más ostensible si se considera que el Tribunal Supremo entiende que es conducta típica en el artículo 516 bis no sólo la de quien toma el vehículo de motor y le conduce, sino también la de quien tan sólo lo ha usado viajando en él sin necesidad de que haya intervenido en el acto de sustracción o apoderamiento, dado que la utilización puede ser inicial y consecutiva a la sustracción del vehículo o sobrevenida, por lo que tienen la consideración de autores todos los que vayan insertándose en el uso del vehículo como pasajeros a sabiendas de la falta de autorización del dueño (sentencias de 26 de junio de 1980 y 22 de abril y 25 de septiembre de 1986).

Pero, en confirmación de lo expuesto con carácter general, especifiquemos cada uno de los supuestos.

b) En los casos de vehículos de motor con valor superior a 30.000 pesetas la penalidad para el apoderamiento mero *animus utendi* cualificado por el tiempo puede ser mayor (arresto y multa) que el apoderamiento *animus rem sibi habendi*, en que la pena tipo es de arresto en el artículo 515.1.

c) La anomalía de que la sanción prevista para el hurto de uso supere a la del hurto propio, se acentúa en los casos en que los vehículos de motor tengan un valor inferior a 30.000 pesetas.

En el caso del artículo 516 bis, párrafo primero, si concurre el *animus* de apoderamiento definitivo, la utilización subsiguiente no tiene autonomía delictiva, con lo que la totalidad del hecho se reduciría a una falta de hurto atendido el valor del vehículo de motor. Mas si sólo concurre el *animus utendi* está completa la estructura delictiva y la pena: arresto mayor o multa.

En el supuesto del artículo 516 bis, párrafo tercero (transcurso de 24 horas sin resgatar el vehículo), el hurto de uso es castigado más gravemente que el apoderamiento definitivo, pues las penas para aquél es arresto y multa y en el otro caso es la correspondiente a una falta de hurto.

En estas dos hipótesis, lo que técnicamente tiene menos entidad antijurídica (estricta utilización de vehículo de motor) se sanciona más gravemente que lo grave (apropiación definitiva de vehículo de motor).

Precisamente, lo que da a entender la Consulta —no lo dice en forma explícita— es que los dos casos de simple *animus utendi*, el simple y el cualificado temporalmente (artículo 516 bis, párrafos primeros y tercero), cuando el vehículo de motor no excediere de 30.000 pesetas, si consideren faltas de hurto para identificarse así en la penalidad a los supuestos de ánimo inicial de sustracción.

d) Es, pues, un tema no de interpretación de normas penales, sino de *lege ferenda*. Pero que ha de convertirse, transcurriendo poco tiempo, en realidad legislativa, ya que el Proyecto de Ley Orgánica de actualización del Código penal, de tan reciente elaboración, establece en el artículo 587.1 que serán castigados con arresto menor:

«Los que cometieren hurto o utilizaren ilegítimamente un vehículo de motor ajeno, si el valor de lo sustraído o utilizado no excediere de 30.000 pesetas.»

Se justifica en la Exposición de Motivos «esta nueva falta de hurto, cuya ausencia obligaba a remitir a la esfera del delito todas las modalidades de utilización temporal».

Será así simple falta la utilización ilegítima de vehículo de motor cuyo valor no exceda de 30.000 pesetas. Sin embargo, en el texto quedan en la duda algunas cuestiones, porque el artículo 516 bis permanece con la única variante de que

la cuantía de la multa será de 100.000 a 1.000.000 de pesetas. Entre otras, éstas: ¿Es también el hecho falta si la utilización excede de 24 horas? ¿El empleo de fuerza es excluyente de la falta? ¿La condena por falta conlleva la pena de privación del permiso de conducir? Parece que el artículo 587.1 sustituye sólo al artículo 516 bis, párrafo primero, cuando el valor del vehículo de motor fuere inferior a 30.000 pesetas.

LA PENALIDAD EN LOS DELITOS CONTINUADOS DE CONTENIDO PATRIMONIAL

Consulta núm. 6/1988

I

El tema sometido a Consulta se centra en la posibilidad de que, concurriendo los presupuestos del artículo 69 bis del Código penal, se conviertan, en su caso, en delito continuado, las infracciones múltiples contra el patrimonio que no rebasen la cifra de 30.000 pesetas consideradas aisladamente, pero que, en su conjunto, exceden de ese tope.

Lo cuestionado no ha ofrecido dudas para la mayor parte de los componentes de la Junta de Fiscalía, que se pronunciaron en sentido afirmativo. Mas aprovechando la ocasión se hacen consideraciones sobre aspectos concretos, como la penalidad del delito continuado patrimonial de tan reciente regulación legal en nuestro ordenamiento.

II

Ordenamos el contenido de la Consulta en los siguientes términos.

1. En la jurisprudencia anterior a la reforma de 25 de junio de 1983 como el delito continuado se configuraba a modo de ficción dogmática que tendía a beneficiar al reo, si la aplicación de la continuidad empeoraba su condición, el paso de las diversas faltas a un sólo delito no se producía, con lo que eran posibles graves defraudaciones sin apenas penalidad con sólo procurar el autor no rebasar en cada momento ejecutivo el límite de las faltas. Se excluía la continuidad además siempre que se probara dónde, cómo y cuándo se perpetraron cada una de las múltiples infracciones, y si tal prueba no era posible, la aplicabilidad de la ficción dependía de si resultaba favorable al infractor. Así, en los frecuentes supuestos actuales en los que se identifican, separadas, conductas delictivas (lugar, momento, cuantía y perjudicados) era impensable la ficción continuista.

El artículo 69 bis, en lo referente a infracciones patrimoniales, modifica, sin duda, la anterior doctrina, pues en tales casos «se impondrá la pena atendiendo al perjuicio total causado».

2. Mas, a pesar de que se acepta, en contra de la conversión de la pluralidad de faltas no excedentes de 30.000 pesetas en delito, pueden aducirse algunas razones.

a) Unas se fundan en la equidad. Tradicionalmente la conversión de una falta patrimonial en delito sólo era dable para la plurirreincidencia; pero derogada tal regla (la del anterior artículo 515.4 del Código penal) en beneficio del reo, sorprende que ahora se llegue a peor conclusión. En efecto, la estructura básica de la conducta de quien realiza, por ejemplo cuatro faltas continuas contra la propiedad, que sumadas exceden de 30.000 pesetas, parece bastante menos grave que la contumacia del multirreincidente, quien incurría en una primera falta, ésta purgada, en una segunda, y, penalizada la misma, en una tercera, que ya era delito. El que «de golpe» se conviertan ahora en delito faltas tan continuas en tiempo y en espacio sin la experiencia carcelaria reinsertante que la Constitución establece, no parece equitativo.

b) Otras razones hallan su causa en la interpretación gramatical vinculada a la garantía de legalidad y a la intervención mínima.

— Al expresar el artículo 69 bis que se «impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio patrimonial total causado» —aparte la incorrección que supone confundir el *perjuicio*, objeto de responsabilidad civil, con *el valor de lo apoderado*— tipifica una infracción como delito a tenor de la imposición de la pena, pero sin hallarse predeterminados ni el tipo ni su pena.

— Otra incógnita es si la continuidad de faltas convertibles en delito constituyen uno simple, cualquiera fuese su cuantía, o además son delito continuado, ya que ontológicamente se mantienen los presupuestos de la continuidad (plan preconcebido y aprovechamiento de ocasión). Ello es importante por los efectos punitivos que prevé el artículo 69 bis. De admitirse que las faltas continuadas se conviertan en delito continuado puede llegarse a imponer pena superior en un grado si se dan las condiciones que para tal agravación establece el artículo 69 bis; así un hábil, pero piadoso delincuente, que para no perjudicar en exceso a sus víctimas degrada 20.000 pesetas a mil personas, podría recibir igual pena que el desconsiderado que obtiene esos mismos veinte millones estafando 500.000 pesetas a cuarenta personas.

La interpretación del conflictivo inciso del artículo 69 bis referido a las infracciones patrimoniales podría ser sencilla de darle igual sentido que a otras reglas penológicas discrecionales o a las mismas de los incisos que preceden y siguen. Es al menos discutible entender que el legislador ha fijado con rigor la pena exacta atendiendo a circunstancias atípicas y que ha olvidado establecer con igual claridad la conversión de falta en delito, esto es, un cambio de tipo. Por ello, se sostiene que el párrafo «se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado» sólo significa que el juzgador al imponer la sanción propinqua, dentro de sus límites discrecionales, no podrá dejar de tener en cuenta el perjuicio total. Y si se relaciona este párrafo con el precedente —que autoriza a castigar con la pena señalada para la más grave de las conjuntas en cualquiera de sus grados, pudiendo aumentarla hasta el medio de la superior— se concluye que en tan amplio arbitrio el Juez habrá de tener en cuenta forzosamente el perjuicio total patrimonial causado.

3. También existen argumentos en favor de la interpretación que convierte en delito la multiplicidad de faltas que no rebasan individualmente las 30.000 pesetas, pero sí en su conjunto.

El delito o falta continuado, en general, viene referido a las previsiones iniciales del artículo 69 bis consistente en la «ejecución de un plan preconcebido o

aprovechando idéntica ocasión», circunstancias que abarcan la realidad jurídica determinante de la continuidad. Y entre ellas están todas las infracciones contra el patrimonio. Por tanto, en las faltas contra la propiedad, si se da alguna de las citadas previsiones, es inexcusable tener en cuenta el perjuicio que se haya causado con la suma de todas las infracciones constitutivas de la continuidad. En consecuencia, sólo podrá apreciarse el concurso de faltas contra la propiedad, sin transformación en delito, en los supuestos en que no concurren ninguna de las dos previsiones iniciales del artículo 69 bis.

III

1. Conforme al derecho dado, es indiscutida tanto la existencia de faltas patrimoniales continuadas como su transformación en delito, pues para la aplicación de la continuidad delictiva tras la vigencia del artículo 69 bis del Código penal, es accesorio que beneficie o perjudique al responsable, ya que la regulación legal del delito continuado ha prescindido de las anteriores razones de benignidad o de indeterminación procesal de las distintas acciones, afirmándose en realidad en consideración al dolo unitario, a la unidad de resolución o de designio o a la culpabilidad homogénea que liga todas las acciones. Así ha podido decir el Tribunal Supremo que la figura del delito continuado no responde ya a una ficción *pietatis causa*, ni a las exigencias de política criminal y de pragmatismo procesal, sino que se considera como una realidad natural, sustancial u ontológica (sentencias, entre otras, menos recientes, de 24 de noviembre de 1983, 25 junio y 31 de diciembre de 1985 y 19 de diciembre de 1986).

Y su construcción, incluso la jurisprudencial que precedió a la reforma de 25 de junio de 1983, no se apartaba del principio de legalidad (sentencias de 31 de diciembre de 1985 y 19 de diciembre de 1986) por lo que este punto no presentaba ningún problema (sentencia de 21 de noviembre de 1987). Así lo reconoció de modo expreso la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de noviembre de 1983. Alegado por el recurrente en amparo constitucional que la aplicación por el Tribunal Supremo en sentencias de 24 de septiembre de 1982 de la doctrina del delito continuado —resultado de una pura creación jurisprudencial— vulneraba el principio de legalidad penal del artículo 25.1 de la Constitución, afirma el Tribunal Constitucional que ni la garantía criminal ni la penal pueden ser entendidas de forma tan mecánica que anulen la libertad del Juez para resolver cuándo —a efectos de la determinación de la pena aplicable— distintos hechos penalmente tipificados, han de ser considerados como integrantes de un hecho único subsumible dentro del mismo tipo en el que cabía incardinar cada uno de aquéllos, pero del que resulta un daño cuya magnitud le hace acreedor a una pena del mismo género, pero de distinta extensión (menos o mayor) de la que correspondería al autor si separadamente se penasen los diferentes hechos que el Juez ha integrado a efectos penales, en uno sólo. Y tras señalar el Tribunal Constitucional que no hay en esta manera de aplicar la ley lesión alguna del artículo 25.1 de la Constitución, expresa que «desde el punto de vista doctrina es polémica la elaboración y justificación teórica de la categoría, que sólo algunos autores apoyan en la noción de unidad psicológica o dolo unitario que el Tribunal Supremo emplea en su sentencia, pero ni la mayor o menor solidez de la

construcción dogmática, ni la recepción de la figura en la reciente reforma del Código penal, pueden servir como argumentos para invalidar el uso que el Juez penal hace de su libertad de criterios sin lesión del principio de legalidad».

2. Las faltas continuadas con sustantividad están explícitamente previstas en el artículo 69 bis, cuyo párrafo inicial establece los requisitos precisos, objetivos y subjetivos, del «delito o falta continuados». La conversión en delito de la pluralidad de faltas patrimoniales, tesis en la que milita la ajustada Consulta, también se obtiene de otro párrafo de aquel precepto cuando dice que «si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio otal causado». Y la transformación de las faltas no lo es en un delito único o simple, sino en un delito continuado, porque si hay que atender al perjuicio o valor total de lo sustraído, apropiado o defraudado, los presupuestos que conforman la continuidad son los mismos en los delitos que en las faltas patrimoniales. De ahí que el Tribunal Supremo, dando lugar a recursos haya transformado faltas en delitos continuados (sentencias de 24 de septiembre de 1982 y de 25 de junio de 1985). En esta última sentencia 99 faltas de estafa, así consideradas por el Tribunal de Instancia, cometidas mediante la utilización de una tarjeta de crédito sustraída, y cuya cuantía total ascendió a 985.977 pesetas, fueron consideradas por el Tribunal Supremo a instancias del Ministerio Fiscal recurrente, como un delito de estafa continuado de los artículos 528 y 529.7 del Código penal.

3. En el delito continuado patrimonial, como en el concurso real homogéneo y a la inversa del concurso ideal, hay pluralidad de acciones de la misma naturaleza. Pero la solución penológica a que da acogida el artículo 69 bis es distinta y autónoma. Intermedia entre las previstas para la acción única y para las múltiples. De un lado, como las conductas reiteradas representan una predisposición más grave al delito, reciben un tratamiento más riguroso que la acción única. Pero, de otro, el artículo 69 bis tiende a evitar los efectos que se atribuyen a los concursos delictivos; por excesivamente severo se rectifica el resultado de la acumulación material o aritmética de las penas en el concurso real (artículo 69) aún valorando los límites legales establecidos (artículo 70.2); y por entenderse que es benigna, se excluye la penalidad unitaria del sistema de acumulación jurídica o de exasperación, que rige para el concurso ideal (pena única agravado, artículo 71, párrafo segundo). Según su tenor, que después analizaremos particularizadamente, el artículo 69 bis es, en orden a la penalidad, una norma correctora de la acumulación matemática que preside el concurso real, e impeditiva de la acumulación jurídica del concurso ideal, pero al mismo tiempo elimina para el delito continuado patrimonial el criterio jurisprudencial anterior —basado en las cuantías exclusivamente— de estimar un solo delito en el que la pena se obtenía de la suma de apoderamientos o defraudaciones parciales.

La idea que queda apuntada no supone una novedad, pues está recogida por la jurisprudencia del Tribunal Superior. En la sentencia de 24 de noviembre de 1983 se observa, en primer lugar, que el artículo 69 bis ha rechazado en orden a la punibilidad —y con absoluto rigor jurídico— el criterio de la acumulación material de penas que incluso con las restricciones derivadas de la acumulación jurídica —el tripo de la más grave— contempla acciones delictivas plurales que en la construcción del delito continuado suponen simplemente la ejecución parcial de un plan preconcebido y, consecuentemente, un solo delito; y también se ha separado de aplicar la sanción correspondiente al delito único en función del total

perjuicio, porque abandonado el sistema escalonado de las cuantías la pena no pasaría normalmente del grado máximo. En la sentencia a que nos estamos refiriendo se dice después que «la regla penológica del artículo 69 bis supone una solución intermedia entre la establecida para el delito único y la correspondiente a pluralidad de acciones singulares por acumulación material o jurídica de la pena, buscando una más justa retribución penal, porque el delito continuado debe merecer una más grave reprobación que la acción delictiva única y de menor gravedad que el curso real de delitos, por cuanto aquél responde a un dolo único y esta última figura concursal a un dolo repetido». En el mismo sentido, incluso en su literalidad, la sentencia de 26 de enero de 1988.

4. Concretemos algo más en materia de penalidad. La pena, en el delito continuado patrimonial, se halla en función exclusiva de datos cuantitativos, por cuanto el artículo 69 bis dispone que «si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado». No se atiende aquí, como ocurre en los delitos continuados no patrimoniales, a la pena señalada para la infracción más grave. Sin embargo, las reglas dadas para estos últimos con el fin de determinar la pena, y que están contempladas en el párrafo del artículo 69 bis que precede al que se ocupa de las infracciones patrimoniales, son aplicables también a los delitos continuados de esta naturaleza. Y, en particular, tanto la que expresa que se impondrá la pena procedente «en cualquiera de sus grados», como la que declara que aquella «podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior». Interpretación ésta acogida por el Tribunal Supremo. En la sentencia de 24 de noviembre de 1983, los hechos se habían configurado en instancia como siete delitos de robo con fuerza en casa habitada, pero el Tribunal Supremo entendió que constituían un delito continuado por cuantía de 669.000 pesetas imponiendo la pena de siete años de prisión mayor en virtud del uso de la facultad discrecional de ascender a la superior en grado; expresándose al efecto que la solución adoptada arranca de la pena señalada —en cualquiera de sus grados— teniendo en cuenta el perjuicio total causado que otorga al Tribunal de Instancia la facultad de elevarla hasta el grado medio de la pena superior». En la misma dirección la sentencia de 26 de enero de 1988 dice que las reglas sobre imposición de penas del artículo 69 bis son aplicables a todos los delitos continuados, y sobre la base de atender a la totalidad del perjuicio causado para el cálculo inicial de la pena, permiten aplicar la pena correspondiente en cualquiera de sus grados, pudiendo ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior, con lo que la cuantía del perjuicio en las infracciones contra el patrimonio viene a sumarse con carácter especial al sistema general que le antecede, complementándose ambos. También la sentencia de 10 de mayo de 1985 había declarado que, en el orden penológico, el artículo 69 bis se refiere a toda clase de delitos continuados.

5. Directamente y de modo expreso, el artículo 69 bis no establece una concreta penalidad para el delito continuado patrimonial. No se dice de qué pena ha de partirse para imponerla «en cualquiera de sus grados», ni por consiguiente cuál es la pena superior. Si conocemos el índice a ponderar para obtener la pena: el perjuicio total causado con la pluralidad de acciones continuadas. Así el término perjuicio que emplea el artículo 69 bis se equipara con el valor total del objeto de la acción delictiva, y a la vista de lo que dispone aquella norma, las penas de arresto mayor en cualquiera de sus grados y de prisión menor hasta el medio.

son las componentes, en circunstancias normales, del área punitiva del delito continuado patrimonial. Y, con carácter obligatorio, prisión menor en toda su extensión, la del delito continuado masa, pues cuando el hecho revistiera notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas, la pena es la superior en grado a la pena base.

Pero si la totalidad de lo apropiado, sustraído o defraudado, revistiere señalada importancia o gravedad, será necesario acudir a normas específicas que actúan como subtipos agravados. Esto sucede cuando la continuidad delictiva se manifiesta en cualquiera de los siguientes delitos contra el patrimonio.

— En los artículos 505, párrafo segundo, y 506.8: si el hecho reviste especial gravedad atendido el valor de los efectos robados, la pena que proceda lo será en el grado máximo.

— En los artículos 512.2 y 3 y 516.3: si el hecho reviste especial gravedad atendiendo al valor de los efectos sustraídos, se impondrá la pena en el grado máximo, y si la gravedad es muy cualificada la pena es de prisión menor.

— En los artículos 528, párrafos segundo y tercero, y 5129 en relación con el 535. Si concurre algunas de las circunstancias del artículo 529, la pena ha de imponerse en el grado máximo. Entre ellas está la 7.^a: revestir especial gravedad atendido el valor de la defraudación; y si esta especial gravedad es muy cualificada, procede imponer la pena superior en grado. Si a tenor del artículo 69 bis que toma en cuenta «el perjuicio total causado» puede llegarse hasta la pena inmediatamente superior en el grado medio, y por aplicación del artículo 529.7 que tiene en cuenta «el valor de la defraudación» ha de llegarse a la pena superior en grado en toda su extensión, es esta última la que debe aplicarse por ser norma especial que desplaza a la general (sentencias de 13 y 25 de junio de 1985 y 25 de julio de 1987).

Lo que antecede, por lo que respecta al delito continuado patrimonial simple. Las reglas penológicas para el delito continuado masa patrimonial del último inciso del párrafo primero del artículo 69 bis son distintas. Para todos ellos, necesariamente, ha de imponerse la pena superior en grado (prisión menor) en toda su extensión, y los presupuestos que la condicionan son la generalidad de perjudicados y la notoria gravedad del hecho. Mas adentro de éstos exige una excepción: cuando el delito continuado masa se tipifique como estafa o apropiación indebida puede llegarse hasta prisión mayor si concurren conjuntamente las circunstancias 7.^a y 8.^a del artículo 529, que no se diferencian sustancialmente de las que relaciona el artículo 69 bis en el último inciso de su primer párrafo. Dada esta coincidencia, es inaplicable la penalidad que para el delito continuado masa patrimonial prevé el artículo 69 bis, sino que se aplicará, en cuanto ley especial, la que se deriva del juego de los artículos 528, segundo párrafo, inciso segundo, y 529.7 y 8. Esto en la pena procedente será la de prisión mayor y no prisión menor. Esta es la tesis mantenida ya en la sentencia de 10 de mayo de 1985. La Audiencia Provincial había condenado por delito de estafa continuado especialmente cualificado por la notoria gravedad de la defraudación (más de 4.300.000 pesetas) y por la pluralidad de perjudicados, imponiendo en aplicación del artículo 69 bis la pena de prisión menor en su grado medio. El Ministerio Fiscal fundó su recurso en la indebida aplicación del artículo 69 bis y la inaplicación del artículo 528, párrafo segundo, en relación con las circunstancias 7 y 8 del artículo 529. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso entendiéndolo que resulta aplicable el

tipo de estafa agravado del artículo 529.7 y 8, como más específico que el artículo 69 bis. Las razones de este criterio fueron las siguientes. Que el artículo 69 bis está situado en la parte general del Código penal y en ella se encuentran contenidas figuras generales y normas genéricas para aplicar las distintas penas, mientras que los artículos 528 y 529, lo están en la parte especial en donde se tipifican distintas especies penales; colocación que revela el propósito del legislador de considerar el artículo 69 bis como norma general aplicable a todos los delitos y a los artículos 528-529 como preceptos de aplicación específica al delito de estafa en lo que se refiere a su definición, circunstancias y penalidad. Que el artículo 69 bis se refiere a toda clase de delitos y también a los patrimoniales, pero los artículos 528-529 reglamentan una variedad como es la estafa. Por último y si así no fuere y por insuficiencia de los principios de generalidad y especialidad, habría que acudir a la regla del artículo 68, que otorga la preferencia entre dos normas en conflicto a la que señale la pena de mayor gravedad y ésta es la prevista en los artículos 528-529.

La sentencia de 10 de febrero de 1987, a propósito de un delito de apropiación indebida, insiste en que la posible antinomia entre el artículo 69 bis y el artículo 528 en relación con el 529.7 y 8, debe resolverse en favor de la aplicación de estos últimos en cuanto a penalidad, toda vez que el juego de estos preceptos eleva la pena a la de prisión mayor, más grave que la que hubiera podido imponerse de seguir la tesis del artículo 69 bis.

6. Por último, y en resumen, se consideran válidas las siguientes conclusiones:

a) Si el delito continuado, lo mismo que su modalidad agravada del delito masa o con sujeto pasivo masa, construcciones ambas de la doctrina y la jurisprudencia, se hallaban en los límites del principio de legalidad cuando transformaban en delito la multiplicidad de acciones constitutivas de faltas, tras la vigencia del artículo 69 bis, que expresamente los regula, en todo caso estas figuras jurídicas se acomodan íntegramente a aquel precepto.

b) Su existencia no es posible fundarla ya en una ficción a la que puedan contribuir la indeterminación de las acciones, motivaciones *pietatis causa* o razones de pragmatismo procesal, sino que se trata de una realidad natural y sustantiva en consideración a la culpabilidad homogénea que liga a las diversas acciones, ya lo sea a través de un dolo conjunto (unidad de plan o plan preconcebido) o de un dolo continuado (aprovechamiento de idéntica ocasión o unidad de motivación).

c) La pluralidad de acciones homogéneas constitutivas, aisladamente consideradas, de faltas patrimoniales, se convierten en delito continuado siempre que, en su conjunto, excedan del *quantum* delictivo y sean consecuencia de un plan preconcebido o del aprovechamiento de idéntica ocasión.

d) Es posible también la transformación de tales faltas en delito continuado masa, si el hecho, aparte de revestir notoria gravedad, hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

e) Las penas correspondientes al delito continuado patrimonial, en función siempre del perjuicio total o valor asignado al objeto de la acción, serán impuestas en cualquiera de sus grados, pero pudiendo aumentarse hasta el grado medio de la pena superior.

f) En determinados delitos continuados patrimoniales cuando el hecho revistiere especial gravedad atendido el perjuicio causado, la pena se impone, de modo

necesario, en el grado máximo (artículos 505, párrafo segundo; 50.8; 515.2; 516.3; 528, párrafo tercero, y 529.7).

g) En general, en todos los delitos continuados masa de naturaleza patrimonial la penalidad se sitúa obligadamente en la pena superior en grado a la básica. Pero tratándose de un delito continuado masa cuyos elementos se hallen en esquemas descriptivos reconducibles a dos concretas disposiciones (así artículos 69 bis y 529.7 y 8) como una sola de ellas ha de sancionar el total valor ofensivo del hecho, conforme a la teoría del concurso aparente de normas deberán prevalecer las ordenadores de la pena para el delito de estafa, ya en virtud del principio de especialidad (*genus per speciem derogat*) o del de la alternatividad excluyente (el delito que establezca mayor pena excluye la aplicación de los demás que puedan concurrir).

**INSTRUCCION DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
EN RELACION CON LAS PERSONAS PORTADORAS DE DROGAS
EN CAVIDADES NATURALES DEL CUERPO**

12 de diciembre de 1988

I. INTRODUCCION

En los últimos años los Juzgados de Algeciras y Ceuta han condenado, como autoras de un delito de desobediencia, a las personas que se negaron a un reconocimiento radiológico y/o médico, cuando en la Aduana y, en alguna ocasión, en el propio Juzgado, fueron requeridas para ello por suponerseles portadoras de hachís en su propio cuerpo, generalmente en los genitales (mujeres) o en recto (hombres).

Al conocer la apelación la Audiencia de Cádiz ha rectificado por completo ese criterio, absolviendo a las así condenadas (todas eran mujeres en los seis casos que conocemos) basándose, por una parte, en los artículos 15, 18 y 43 de la Constitución, y, por otra, en la ausencia de normativa específica sobre esta materia a diferencia de lo que ocurre —dice la Audiencia— con la Ley Orgánica 7/84, de 15 de octubre, sobre comunicaciones telefónicas.

Así resulta de seis sentencias, dictadas entre abril y junio de este año, que han sido remitidas a esta Fiscalía por el Fiscal Jefe de Cádiz —dos de ellas, también, por la Guardia Civil, tanto por conducto del Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, como directamente por el Coronel Jefe del Servicio Fiscal—, expresando todos su preocupación por los negativos efectos que dichas sentencias, por razones obvias, podrían producir en la diaria lucha contra el tráfico ilegal de drogas, no sólo en la provincia de Cádiz, sino en todo el Estado, principalmente en los grandes aeropuertos como los de Madrid y Barcelona.

Obligado resulta, por todo ello, un análisis de las sentencias desde el punto de vista constitucional y aconsejable una breve reflexión sobre la estrategia procesal a seguir con criterio unificado por el Ministerio Fiscal y, en su caso, sobre las instrucciones a impartir a la Policía Judicial.

II. ANALISIS DE LAS SENTENCIAS DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL

1. *Un reconocimiento médico y/o radiológico no vulnera el derecho a la salud de la persona proclamado en el artículo 43 de la Constitución*

El derecho a la salud reconocido en el artículo 43.1 de la Constitución no es un derecho fundamental (artículo 53.2 de la misma). En todo caso y por lo que ahora importa, el Tribunal Constitucional ha precisado que para que pueda invocarse un hipotético peligro para la salud hay que probar adecuadamente su existencia, evidenciando la relación entre las medidas a adoptar —el «reconocimiento», en este caso— y las consecuencias de ellas derivadas que, por supuestamente nocivas, habría que evitar (en este sentido, aunque en asunto distinto, Fundamento Jurídico 2 del auto del Tribunal Constitucional 868/86, de 29 de octubre, aplicable «mutatis mutandis» al caso cuestionado).

Nada más lógico que la relación causa a efecto se acredite suficientemente. La Audiencia de Cádiz, sin embargo; nada aduce en concreto, ni siquiera en la sentencia de 29 de abril de 1988 —Rollo 164/87 de la Sección 2.^a— en la que, de modo expreso, se invoca como fundamento el citado artículo 43 de la Norma Suprema, seguramente por reconocer, en el fondo, que en el estado actual de la ciencia médica y practicado de acuerdo con la *lex artis* el «reconocimiento» será inocuo por regla general, aunque no se deba practicar, obviamente, en el caso concreto que resulte contraindicado o desaconsejable por cualquier circunstancia (enfermedad previa, embarazo, etc.). Muy significativo es, a este respecto, que la Sección 2.^a, que es la que utiliza el argumento, lo abandona después en sus otras tres sentencias sobre el tema, en las que ya no menciona para nada el artículo 43 de la Constitución.

Para concluir este punto, no parece ocioso añadir que si no se realiza el «reconocimiento cuando proceda y la droga que se sospecha oculta en el cuerpo puede destinarse, finalmente, al tráfico ilícito, al impedirse su descubrimiento, se produciría el riesgo para la salud pública y el bien común en que la misma consiste «que se refleja en definitiva —por decirlo con palabras de la sentencia constitucional 62/83, de 11 de julio, Fundamento jurídico 2 b)— en la salud personal de los ciudadanos...»

El derecho a la salud individual del que se somete a un reconocimiento no es, por tanto, el que está en juego en el caso examinado, sino el de la salud de todos. La preocupación de que aquella resulte afectada no se verifica en absoluto ni, en modo alguno, la violación del artículo 43.1 de la Constitución.

2. *Un reconocimiento médico y/o radiológico no es inhumano ni degradante, ni viola el derecho a la integridad física consagrado en el artículo 15 de la Constitución*

Es doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asumida por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia 65/86, de 22 de mayo, que lo «inhumano» implica un nivel de especial intensidad y que sólo puede calificarse de «degradante», lo que produce una singular humillación y envilecimiento.

«Tales consideraciones —dice la sentencia constitucional citada en el Fundamento jurídico 4— fueron claramente expresadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 25 de abril de 1978 (caso Tyrer) al interpretar el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos, y son plenamente aplicables a la interpretación del artículo 15 de la Constitución, que coincide literalmente con aquél...»

El supuesto cuestionado en el caso Tyrer —luego reiterado en el caso «Campbell y Cosans», sentencia de 25 de febrero de 1982— era el de los castigos corporales a escolares, resolviendo el Tribunal Europeo que violaban el artículo 3 del Convenio no por inhumanos, pero sí por degradantes, pues se trataba a la persona así castigada como si fuera un objeto en manos del poder público, lo que afectaba a su dignidad.

Muy distinto es nuestro caso. *La inocuidad —ya subrayada—, la naturalidad y generalidad con que este tipo de reconocimientos se realizan a diario en la sociedad actual aleja, absolutamente, cualquier posibilidad razonable de poderles atribuir el desvalor normativo-cultural de lo que envilece o humilla, siempre, por supuesto, innecesario es decirlo, que se extreme al máximo el respeto debido a la persona reconocida, y que el reconocimiento se realice en circunstancias que siempre dejen a salvo su dignidad, que es, en el sentido del artículo 10 de la Constitución, el fundamento de los llamados «derechos de la personalidad», a los que pertenece el que ahora analizamos.*

Así lo entendió en su día la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado al sostener que el examen radiológico era un reconocimiento pericial previsto en el artículo 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no atentaba a la dignidad de la persona. Su dictamen —a petición de la Comisaría General de Policía Judicial— es de 30 de abril de 1981 y versaba sobre el mismo problema que ahora se estudia. Por su interés se reproduce literalmente. Dice así:

«Se ha recibido en esta Fiscalía General del Estado, el escrito de esa Comisaría General de 20 de febrero del corriente año, en el que consulta sobre la posibilidad legal de que, ante la frecuencia con que personas portadoras de drogas estupefacientes, ocultan las mismas en cavidades naturales del cuerpo, sean examinadas radiológicamente.»

«No hay disposición legal alguna en nuestro ordenamiento que prohíba el mencionado examen radiológico siempre que el mismo sea realizado por facultativos con titulación suficiente, ya que dicho examen no atenta a la dignidad de la persona y es una de las operaciones que forman parte del reconocimiento pericial a que pueden ser sometidas las personas, como autoriza el artículo 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reconocimiento pericial éste que puede ordenarse, según el artículo 339 del mencionado cuerpo legal, en caso de desaparición del cuerpo del delito; siendo por otra parte obligación de la Policía Judicial practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobar los delitos, descubrir a los delincuentes y recoger los instrumentos y efectos del delito, según establece el artículo 282 de dicha Ley.»

Lo que se dice en el dictamen sobre la naturaleza pericial del examen radiológico —y, por extensión, del reconocimiento médico— ha sido ratificado poste-

riormente por el Tribunal Constitucional al pronunciarse sobre intervención tan parecida, aunque no sea igual, como la del control de alcoholemia, al que ha calificado de «una modalidad especial de pericia» o «la verificación de una pericia técnica de resultado incierto», no equiparable a una «declaración» comprendida en el ámbito de los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución, que no requiere, por ello, las garantías establecidas en el primero de dichos preceptos. (Entre otras las sentencias 103 y 107 de 1985; en ambas, Fundamento jurídico 3.)

También ha declarado el Tribunal Constitucional que el análisis de sangre, en la alcoholemia, no constituye una injerencia prohibida por el artículo 15 de la Constitución (sentencia 103/85, de 3 de octubre, Fundamento jurídico 3, que recuerda decisión de 13 de diciembre de 1979 de la Comisión Europea de Derechos Humanos) lo que conduce con naturalidad a la conclusión de que tampoco es una injerencia prohibida por dicho artículo 15 al examen radiológico y/o médico de nuestro caso, porque la *ratio* es la misma.

La cuestión sería diferente si en vez de un simple reconocimiento se tratara de «experimentos médicos o científicos», interdictados por el artículo 7 del Pacto de Nueva York (equivalente al artículo 3 del Convenio de Roma y al artículo 15 de nuestra Superley) a no ser que medie el libre consentimiento del interesado.

3. *Un reconocimiento médico y/o radiológico realizado para prevenir un delito grave y en defensa de la salud pública no vulnera el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución*

El contenido de la intimidad, como el propio Tribunal Constitucional ha reconocido, no siempre es fácil de acotar con nitidez. La doctrina más moderna lo suele reconducir al ámbito del artículo 15 de la Constitución, ya examinado, cuando se trata de intromisiones de carácter corporal, como sucede en el supuesto contemplado.

Aun admitiendo, con la Audiencia de Cádiz, que un reconocimiento corporal pudiera constituir una intromisión del derecho a la intimidad personal, no sería arbitraria, sino justificada, para preservar otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. Ningún derecho fundamental es ilimitado, como tempranamente declaró la sentencia constitucional 11/81, de 8 de abril. Entre muchos, se han referido a los límites del artículo 18.1 de la Constitución, pese al silencio de éste, los autos constitucionales 466, 642 y 982 de 1986; en el 257/185, de 17 de julio, se señaló específicamente, como límite al derecho a la intimidad, las exigencias derivadas de la acción de la justicia.

Estos límites, por lo demás, están previstos en tratados internacionales suscritos por España. El artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos —como muy pertinentemente recuerda una de las sentencias comentadas—, no sólo han de tenerse en cuenta para la interpretación de los derechos fundamentales, sino que forman parte de nuestro ordenamiento interno, en virtud de lo dispuesto en los artículos 10.2 y 96.1 de la Constitución. Ambos son equivalentes a nuestro artículo 18.1, al que completan e integran.

El primero de ellos (artículo 8 del Convenio de Roma), permite en su párrafo segundo la injerencia legítima de la autoridad pública en el derecho a la intimidad

cuando «esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para... (entre otros fines) la prevención del delito (y) la protección de la salud...»

El segundo (artículo 17 del Pacto de Nueva York), sólo prohíbe en su párrafo primero las injerencias en el derecho a la intimidad que sean «arbitrarias o ilegales».

En esa línea se inscribe la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, que expresamente reconoce en su Exposición de Motivos «que los derechos protegidos en la ley no pueden considerarse ilimitados», pues los imperativos de interés público pueden hacer que por ley se autoricen determinadas entradas en el ámbito de la intimidad.

Promulgada esta Ley Orgánica no puede admitirse, como sostiene la Audiencia de Cádiz, que exista en la materia una laguna normativa, pues inequívocamente dice en el Preámbulo lo que su finalidad es el desarrollo del artículo 18.1 de la Constitución y sí se sigue, con evidente claridad y coherencia, de todo su articulado y especialmente, por lo que ahora importa, del artículo 8.1 que establece «que no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley». En este sentido, por todas, la sentencia constitucional 110/84, de 26 de noviembre, que puntualiza, en el Fundamento jurídico 8, que sólo podrán autorizarse dichas intromisiones «por imperativos de interés público», como indudablemente lo es, en el caso planteado, la prevención de un delito grave (artículo 344 y concordantes del Código penal) para preservar, defender y tutelar la salud pública, en cumplimiento de un mandato constitucional (artículo 43.2 de la Constitución).

Cuestión distinta, que no puede tener el alcance que le atribuye la Audiencia de Cádiz, es que la Ley Orgánica 1/82 excluya de su marco aquellas intromisiones que constituyan delito, pues su sede natural, como es lógico y establece el artículo 1.2 de la ley, es el Código penal, cualesquiera que sean, en este momento, las imperfecciones o insuficiencias de éste. Por ello, es superflua, a nuestro juicio, la referencia de las sentencias que glosamos a la Ley Orgánica 7/84 que tipifica penalmente, como es sabido, las «escuchas telefónicas», incluyendo determinados artículos en el Código penal, puesto que la Ley Orgánica 1/82, aunque regula específicamente la protección civil del derecho a la intimidad, es de aplicación analógica a otras actuaciones como el Tribunal Constitucional en el auto 257/85, de 17 de julio, antes citado.

III. CONCLUSIONES

Primera.—La resolución de un Juez de Instrucción que ordene motivadamente un reconocimiento, como el que es objeto de este informe, con la finalidad de prevenir un delito grave y proteger la salud pública es constitucionalmente inobjetable, pues reúne, para serlo, los dos requisitos exigibles de legalidad y necesidad. Desde un punto de vista formal, goza de suficiente cobertura habilitante al estar *prevista en la ley* (artículos 8.1 de la Ley Orgánica 1/82 y 339 y 478.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y haber sido acordada *por autoridad competente* (artículos 117.3 de la Constitución, 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 10 —y concordantes— de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Materialmente, es necesaria y proporcionada en una sociedad democrática, como exi-

gencia derivada de la acción de la justicia, encaminada a la obtención de las pruebas necesarias para la averiguación del delito y sus circunstancias.

Segunda.—*Es inaceptable la tesis de la Sección 3.ª de la Audiencia de Cádiz de que nadie, ni siquiera el Juez, puede ordenar dicho reconocimiento en ningún caso.*

Tercera.—Una orden judicial, como la descrita en la conclusión primera, contiene un mandato que debe ser acatado (artículo 118 de la Constitución). La negativa injustificada de la persona así requerida a ese mandato constituye, en línea de principio (como parece admitir la Sección 2.ª de la Audiencia de Cádiz) el núcleo de un delito de desobediencia, lo que aconseja, a nuestro juicio —si hay apelaciones pendientes o en las que, todavía, pudieran eventualmente sustanciarse— que por la Fiscalía de Cádiz se mantenga la misma postura que hasta ahora, coincidente con la de los Juzgados cuyas sentencias han sido revocadas, siendo muy conveniente que la cuestión controvertida se replanteara en proceso que permita el recurso de casación, para que el Tribunal Supremo estableciera doctrina sobre la misma, lo que es más aconsejable, si cabe, por la evidente discrepancia entre dos Secciones de la misma Audiencia.

IV. ACTUACION DE LA POLICIA JUDICIAL

De acuerdo con la doctrina constitucional expuesta en el cuerpo de este informe y con las conclusiones que preceden, esta Fiscalía, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 bis 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, impartirá instrucciones concretas a la Policía Judicial sobre criterios de actuación a seguir en supuestos como el planteado.

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona

RESULTADOS DE MUERTE Y LESIONES COMO CONSECUENCIA DE UN DELITO CONTRA LA SALUD PUBLICA

(Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1987,
ponente Marino Barbero Santos)

Dra. MIRENTXU CORCOY BIDASOLO

Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

I. INTRODUCCION

1. El procesado, Faustino H. G., para el tratamiento de sus viñas, adquirió en el año 1971 una cantidad no exactamente determinada de arseniato sódico. El inculpado guardaba este producto en una bolsa de plástico transparente, en una alacena de la bodega, junto a otros productos, entre ellos ácido cítrico, sin que en uno y otro, no obstante su gran parecido, existiese señal alguna que permitiera identificarlos, a pesar de ser el primero extremadamente nocivo para la salud. En junio de 1978, «...en la creencia de que cogía ácido cítrico...», tomó la bolsa de arseniato sódico y vertió tres kilos y medio de este producto en los conos de vinos que tenía en la bodega. El vino, de este modo elaborado, fue posteriormente vendido por el propio procesado, dedicado a la actividad de elaboración y venta de vinos desde hacía muchos años. La ingestión del vino adulterado ocasionó once muertes y trescientas treinta y cinco personas resultaron, más o menos, afectadas en su salud e integridad corporal. Faustino H. G. explotaba, como bodeguero, directa y personalmente, el negocio «Vinos El Raposo», vinificando uvas de su propiedad y de otros

cultivadores mediante el empleo de varios productos. Al mismo tiempo que vendía, el vino así elaborado, tanto a particulares como a comerciantes.

2. La sentencia de 22 de abril de 1987 del TS (1) resuelve sobre el recurso interpuesto por el procesado frente a sentencia de la Audiencia en la que se le condenaba, por los hechos arriba relatados, como autor de un delito de imprudencia con resultado de muerte, lesiones graves y leves del art. 565, párrs. 1.º y 5.º CP, a la pena de seis años de prisión menor. La defensa, junto a dos motivos por quebrantamiento de forma, alega que la conducta del procesado sólo puede calificarse como simple descuido, siendo aplicable el art. 586.3 CP, «...explicable por el número de años que llevaba allí el producto, sin que jamás se haya realizado o producido equivocación alguna...» Del mismo modo estima inaplicable el pár. 5.º del art. 565, por no constituir el «descuido» que produce el resultado gravemente dañoso negligencia estrictamente profesional. El TS no acoge estas alegaciones y ratifica la resolución de la Audiencia Provincial. Ello, al considerar que la conducta del procesado es temeraria por no observar el cuidado «exigible a cualquiera». El TS, pone al mismo tiempo de relieve, que el almacenamiento de un producto letal junto a productos exclusivamente utilizables en la elaboración del vino está prohibida por el propio legislador en el Estatuto del Vino, de la Viña y los Alcoholes, de 2 de diciembre de 1970 (R. 2009 y N. Dicc. 30581), y en Reglamento de 23 de marzo de 1972 (R. 685, 1219 y N. Dicc. 30584), que proscriben el depósito y tenencia de cualquier sustancia no autorizada en bodegas o locales de elaboración y almacenamiento de vino. La calificación de los hechos como integrantes de una imprudencia o negligencia profesional se fundamenta, por el TS, en ser, la elaboración y venta de vinos, al mismo tiempo, la actividad dentro de la cual se desarrollan los hechos y la profesión del procesado desde hacía muchos años (2).

3. Los hechos objeto de este comentario plantean una serie de problemas de muy diversa índole. En un primer nivel de análisis se pone de manifiesto la omisión de cualquier referencia a la realización, a través de los elementos objetivos y subjetivos que configuran el comportamiento del sujeto, del tipo del art. 346 CP, pár. 2.º CP. Pasando a un segundo nivel de análisis se advierte que, como consecuencia de la omisión anterior, tampoco se alude, respecto a los diversos resultados lesivos, a los distintos tipos de imputación posibles (3).

(1) Aranzadi 2601. Ponente, Mariano Barbero Santos.

(2) La reforma del Código Penal de 1963 (Rs. 759, 900 y 1009) hace posible la estimación de la imprudencia profesional respecto de cualquier actividad.

(3) En particular no se alude a la posibilidad de aplicar el tipo previsto en el art. 348 CP, tal y como estudia la propia jurisprudencia en supuestos de similares características. Así, por ejemplo, STSS 10 abril 1948 (A. 566) (A. 2711), 26 febrero 1966 (A. 1007), 12 diciembre 1974 (A. 5184) y 15 diciembre 1977 (A. 4898), entre otras.

En este contexto, es de resaltar la calificación de los hechos como negligencia profesional más aún si tenemos en cuenta la posibilidad de desaparición de esta figura, de progresar las distintas propuestas de reforma del Código Penal en relación con la regulación de la imprudencia (4). Por último, en un tercer nivel de análisis, se pone de relieve la existencia de distintos problemas concursales a los que tampoco hace referencia la jurisprudencia. La situación concursal surge, por un lado, entre el delito de peligro y el/los delitos de lesión, y, por otro, respecto a la calificación de la multiplicidad de resultados lesivos, once muertes y trescientas treinta y cinco lesiones de distinta entidad.

II. ANALISIS SOBRE LA POSIBILIDAD DE CALIFICAR LOS HECHOS COMO DELITO CONTRA LA SALUD PUBLICA DEL ART. 346.2 CP

II.1. *Los delitos contra la salud pública. El bien jurídico protegido. Su consideración como delitos de peligro*

1. Antes de entrar a examinar los problemas concretos planteados en la sentencia, me parece conveniente situarlos en el contexto a que pertenecen —los delitos de peligro, en general, y, en particular, los delitos contra la salud pública—, realizando un análisis, aun cuando sea somero, de estos conceptos. En una primera aproximación a la doctrina sobre los delitos contra la salud pública y, en particular, sobre los llamados «fraudes alimentarios», cabe distinguir dos opciones doctrinales no contrapuestas, pero sí distintas. Una línea doctrinal pone de relieve el aspecto económico, es decir, considera, básicamente, los fraudes alimentarios como delitos económicos (5), no excluyendo, sin embargo, que junto a la economía y salud del consumidor se protege un interés general a la salud pública. La segunda perspectiva (6), por el contrario, da una importancia prioritaria a la salud pública como bien jurídico protegido de estos tipos. Creo que esta segunda interpretación es más acorde con el derecho positivo que

(4) En los distintos proyectos y anteproyectos se prevé la regulación de la imprudencia como «*numerus clausus*» distinguiendo únicamente entre imprudencia grave y leve.

(5) Sobre esta perspectiva vid. OCTAVIO DE TOLEDO, *Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho Penal*, en «RFDUC», 1979, pp. 56 y ss. En general, desde el punto de vista de este autor, los fraudes alimentarios no se diferencian, sustancialmente, de otras irregularidades que afectan a la economía del consumidor (facturas abusivas, contratos de compañías eléctricas...), p. 59.

(6) En este sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, *Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública*, en «Delitos contra la salud pública, tráfico ilegal de drogas tóxicas y estupefacientes», obra colectiva, Valencia, 1977, pp. 439-459; *el mismo*, *Fraudes alimentarios nocivos*, en «Comentarios a la legislación penal», T. V, vol. 2.º, Madrid, 1985, pp. 811-825.

tipifica el art. 346 bajo la rúbrica de delitos contra la salud pública y el medio ambiente, mientras que la posible relevancia penal de carácter económico, o de otro tipo, que puedan conllevar estas conductas está expresamente prevista como modalidad agravada de la estafa, art. 529.1, o dentro del título de las falsedades, arts. 280-281, o, incluso, como modalidad de defraudación de la propiedad industrial, art. 534 (7). Yendo más allá cabe poner de relieve que el aspecto económico no sólo es subsidiario o, en todo caso, complementario, sino que además no concurre necesariamente en todos los supuestos. Así, por ejemplo, en los casos de realización imprudente del «fraude alimentario», tal y como sucede en la sentencia objeto de estudio, en general, no concurre, junto al delito contra la salud pública, la realización de algún otro tipo contra la economía o la propiedad. No parece adecuado, por tanto, la pretensión de abarcar, con el art. 346, la protección con carácter general de los derechos de los consumidores (8). Del mismo modo, la expresión «fraude alimentario» es equívoca en relación con los comportamientos típicos descritos en el art. 346 CP. En primer lugar el término «fraude» encierra una clara referencia al aspecto económico de los derechos de los consumidores, y, en segundo lugar, la nueva redacción del art. 346, párr. 2.º, tras la reforma de junio de 1983, permite entender que objeto material del tipo es cualquier objeto destinado al consumo —«...vendere objetos...»— aún cuando no tenga carácter alimenticio (9). La concepción de la salud pública en un sentido amplio tal y como se recoge en el art. 43 CE abonaría esta interpretación, ya que las «condiciones necesarias y adecuadas para el desarrollo de la vida humana» (10) se pueden ver alteradas no sólo por los alimentos, sino también por otros objetos de consumo (11). Esta interpretación es la que se sigue

(7) La regulación italiana en esta materia sigue también una doble tipificación de estos comportamientos, la protección de la salud pública frente a los fraudes alimentarios se regula en los arts. 440, 442, 444 y 452 CP, mientras que la posible relevancia jurídico-penal del aspecto económico se prevé en los arts. 515, 516 y 517 CP. Análoga es la regulación de estas conductas en Alemania, con la salvedad de que en el Código Penal sólo se tipifican los fraudes alimentarios en tanto atentan contra la salud pública —§§ 319-320 StGB—, mientras que el aspecto económico se regula en una ley complementaria, §§ 51 y 52 de la LMBG (Lebensmittel-und Bedarfsgegenstandesgesetz de 15 agosto 1974, reformada el 19 diciembre 1986).

(8) En este sentido, BOIX REIG, *Cobo y otros*, DP, PE, 2.ª ed., p. 357, entiende que los arts. 346 y 347 protegen los intereses de los consumidores en la medida en que afecten o puedan afectar a su salud.

(9) La doctrina mayoritaria española interpreta como objeto material del tipo del art. 346 los «productos alimenticios», en este sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, *Comentarios*, T. V, vol. 2.º, p. 815; BOIX REIG, en *Cobo (y otros)*, p. 360; MUÑOZ CONDE, DP, PE, 7.ª ed., Valencia, 1988, p. 439; QUERALT JIMÉNEZ, DP, PE, Barcelona, 1987, II, p. 523. En sentido distinto BUSTOS RAMÍREZ, DP, PE, Barcelona, 1986, p. 269, entiende que la nueva redacción del art. 346 amplía el objeto material de este tipo.

(10) En definición de RODRÍGUEZ RAMOS, *Comentarios*, T. V, vol. 2.º, p. 820.

(11) Piénsese, por ejemplo, en los juguetes que han tenido que ser retirados del mercado por ser fácilmente inflamable o en los pegamentos que se vendían a niños pese a su gran toxicidad.

también en Alemania respecto del § 319 StGB, en el cual se entiende comprendido, como objeto material del tipo, cualquier cosa susceptible de consumo, ya sean vestidos o jabones... (12).

2. La salud pública, en tanto bien jurídico protegido en estos delitos, tiene un contenido de una parte restrictivo y de otra más amplio que los intereses de los consumidores (13). Restrictivo, porque no comprende todos los posibles derechos de éstos, sino únicamente los que afectan a su salud y ampliatorio en cuanto es la colectividad social y no los consumidores el objeto de protección. La «colectividad» como objeto del bien jurídico salud pública (14) tiene un significado distinto al de «consumidores», aun cuando materialmente coincidan ambos términos. Un bien jurídico puede tener diferentes contenidos por lo que su identificación con objetos, circunstancias, condiciones... es inconsistente. Palabras como «salud», «vida», «propiedad» o «libertad» no son bienes en el sentido de objetos, sino propiedades que pueden verse como bien. No obstante, esta distinción no implica que el bien jurídico haya de ser algo inmaterial y el objeto algo material. El significado del objeto expresado en general es inmaterial y no necesariamente la propiedad que se atribuye al individuo. Por otro lado, el objeto de la acción, el individuo al que se atribuye la propiedad, puede ser inmaterial —por ejemplo—, en este caso, la «colectividad» (15). La identificación de la «colectividad» como objeto material de los delitos contra la salud pública, y, en particular, del art. 346, con un significado propio, distinto del conjunto de consumidores, está en relación directa con el concepto de peligro y de los delitos de peligro que se mantenga.

3. Los salud pública como bien jurídico con naturaleza propia independiente de la suma de saludes individuales lleva a un sector doctrinal a tratar los delitos contra la salud pública como delitos de resultado. La alteración con sustancias nocivas a la salud de los alimentos es ya una lesión del objeto jurídico de estos delitos (16). Esta concepción que pretende legitimar la existencia de los delitos de peli-

(12) En este sentido, CRAMER, en Schönke-Schröder, 23.^a ed., § 319, núm. 4; WOLFF, en LK § 324, núm. 3; DREHER-TRÖNDLE, 43.^a ed., § 319, núm. 4.

(13) La doctrina italiana advierte que la falta de aplicación de estos tipos puede provenir de tratarse de la defensa de «intereses difusos de los consumidores», vid. en este sentido, SCUBBI, *Tutela penale di «interessi diffusi»*, en «QCR», núm. 3, 1975, pp. 439-481, p. 458.

(14) La distinción entre bien jurídico —«Rechtsgüter»— y objeto del bien jurídico —«Rechtsgutobjekten»— en SCHMIDHÄUSER, *Der Unrechtstatbestand, Fest. Engisch*, pp. 433 y ss.; KINDHÄUSER, *Gefährungsdelikte im Strafrecht*, Freiburg/BR, 1988, p. 117. En sentido similar, MIR PUIG, *DP, PG*, 2.^a ed., Barcelona, 1985, pp. 103 y ss.

(15) En este sentido, KINDHÄUSER, *Gefährungsdelikte im Strafrecht*, pp. 117 y ss.

(16) En este sentido, QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho Penal, PE*, T. II, Madrid, 1958, p. 149, entiende que las condiciones de vida son el objeto jurídico de estos delitos, siendo los alimentos una de estas condiciones de vida, con lo que la alteración de éstos no supone sólo un riesgo de lesionar esa condición de vida, sino su lesión misma, en sentido similar RODRÍGUEZ DEVESA, *DP, PE*, 10.^a ed., revi-

gro —la pretensión de evitación de la lesión de un bien jurídico legítima materialmente la norma en relación con el aspecto de exclusiva protección de bienes jurídicos— suprime, al mismo tiempo, la distinción entre delitos de peligro y delitos de lesión (17). La misma pretensión de legitimación lleva a otro sector doctrinal a configurar los delitos de peligro concreto como delitos de resultado, en los cuales éste consiste en la existencia de un riesgo típico para la vida o la integridad física (18). Esta segunda interpretación respeta la distinción entre delitos de peligro y de lesión negando, sin embargo, la existencia de la salud pública como bien jurídico con naturaleza propia. Ello supone negar que la lesión de la salud pública contenga un desvalor distinto de la lesión de la vida o la integridad física y por consiguiente afirmar que hay una continuidad entre los delitos de peligro y de lesión, siendo los de peligro una forma de tentativa expresamente prevista por la ley (19). El mantener una u otra postura tiene importantes consecuencias prácticas en relación con el momento del comienzo de la tentativa, el momento de la consumación (20) y, sobre todo, respecto a la modalidad concursal aplicable en el supuesto de que como consecuencia del comportamiento peligroso se produzcan muertes, lesiones o daños (21),

sada y puesta al día por Serrano Gómez, Madrid, 1987, p. 947. En sentido en parte divergente OCTAVIO DE TOLEDO, *RFUCM*, 1979, p. 79, partiendo de premisas similares entiende que no se debe esperar a que se lesione la salud pública, es suficiente que se intente, siendo para éste autor delitos de peligro abstracto. El resultado es la venta y ésta supone una efectiva puesta en peligro de la salud pública, p. 83.

(17) Esta consecuencia la advierte RODRÍGUEZ RAMOS, *Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública*, pp. 441 y ss., en particular, p. 444, donde afirma que la comprensión de la salud pública como bien jurídico con naturaleza propia, independiente de la suma de salud individual, convertiría los delitos contra la salud pública en delitos de lesión lo que es incompatible con el Título en que se encuadran «De la infracción... y de los delitos de riesgo en general».

(18) En este sentido, LACKNER, *Das konkrete Gefährdungsdelikt im Verkehrsstrafrecht*, Berlin, 1967, p. 7, entiende que la distinción entre delitos de peligro y de lesión se funda en que en los primeros el resultado es el peligro de lesión como resultado de la acción.

(19) En este sentido, FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1986, pp. 127-128, entiende que la punibilidad de la tentativa en los delitos imprudentes se resuelve por el legislador con la creación de los delitos de peligro. En contra de esta interpretación, KINDHÄUSER, *Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, pp. 191 y ss.

(20) OCTAVIO DE TOLEDO, *RFUCM*, 1979, p. 79, partiendo de la primera interpretación, entiende que en el art. 346 es suficiente que se *intente* lesionar la salud pública sin tener que esperar a que se lesione, lo configura, por tanto, como delito de peligro abstracto. La consumación se produce con la venta, p. 83, ya que ésta supone una efectiva puesta en peligro de la salud pública. En sentido similar, QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho Penal, PE*, p. 149, afirma que la lesión se produce ya en el momento en que se alteran los alimentos a través de sustancias nocivas. Para RODRÍGUEZ RAMOS, *Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública*, p. 453, la puesta en peligro se produce cuando se da la «nocividad».

(21) La consecuencia de otorgar autonomía a la salud pública como bien jurídico protegido en el art. 346 lleva a aplicar la modalidad de concurso de delitos y no de normas en el supuesto en que se producen resultados lesivos y posteriores, en este sentido, BOIX REIG, en Cobo y otros, *DP, PE*, 2.ª ed., p. 358; MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 7.ª ed., p. 434; QUERALT JIMÉNEZ, *DP, PE*, II, p. 509.

tal y como veremos al examinar los hechos descritos en la sentencia. Sin embargo, estas dos interpretaciones ni son las únicas ni son contrapuestas. Es posible defender la legitimidad material de los delitos de peligro y mantener al mismo tiempo, una identidad propia que los diferencia de los de lesión. La solución pasa por tratar de definir lo que se entiende por peligro y por delito de peligro.

4. Horn (22) busca la distinción entre prohibiciones de peligro y de lesión en relación con las leyes deterministas del análisis causal (23), reduciendo el concepto de peligro a una explicación empírico-teórica de los cursos causales (24). Sin embargo, no hay que olvidar que existe una relación inmediata entre la probabilidad de lesión y el peligro, entre la intensidad del peligro y el aumento de la probabilidad de lesión; habrá peligro cuando la probabilidad de lesión roze con la seguridad. Lo que nos interesa, no obstante, es un concepto «práctico» de peligro que describa la relación entre el sujeto y su conducta (25). Un concepto teleológico y no causal, es decir, incurso en una relación de fin-medio (26). La corrección del juicio de peligro sólo es posible a través del convencimiento de la validez de la regla de experiencia de que una lesión, bajo determinadas condiciones, puede ser evitada por el autor. Una conducta peligrosa es aquella en la que el autor no está en situación de evitar o impedir con exactitud el daño que se tiene por posible (27). El peligro concreto se explica así como perturbación de la existencia de certeza en la evitación de la lesión del bien jurídico. La genuina lesividad de los delitos de peligro concreto estriba en el grave desamparo del bien jurídico, en la dependencia de su integridad de intervenciones posteriores del propio sujeto o ajenas a éste (28). En los delitos de peligro concreto no hay una lesión del bien jurídico igual a la de los delitos de lesión, ni son un momento previo a la lesión del bien jurídico, sino que el peligro concreto es una lesión *sui generis*, en atención a las especiales características de los bienes jurídicos protegidos en estos tipos. En el caso de los delitos contra la salud pública, en particular en el supuesto

(22) En *Konkrete Gefährungsdelikte*, Köln, 1973, pp. 115 y ss. y *passim*.

(23) Cfr. HORN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, pp. 51 y ss., entiende el peligro como la no-aclarada no-causación de la lesión de un bien jurídico; en sentido similar, CRAMER, en Schönke-Schröder, 23.^a ed., § 315 c), núm. 29 a), afirma que el peligro se puede fundamentar cuando el autor como consecuencia de su borrachera pierde el dominio del coche y la no producción de una lesión depende del azar.

(24) En este sentido, la crítica de KINDHÄUSER, *Gefährungsdelikte im Strafrecht*, p. 173.

(25) Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährungsdelikte im Strafrecht*, p. 176.

(26) La diferencia entre ambos conceptos de peligro es equivalente a la diferencia existente entre la atribución de un resultado a una conducta a través de la relación causal, de acuerdo con leyes causales, o por medio de la imputación objetiva, según criterios teleológicos.

(27) Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährungsdelikte im Strafrecht*, pp. 177 y ss.

(28) En sentido similar, KINDHÄUSER, *Gefährungsdelikte im Strafrecht*; p. 177, habla de la dependencia de la integridad de «influencias heterómanas».

que nos ocupa, el art. 346.2 CP, se crea el peligro concreto en el momento en que el sujeto vende el objeto nocivo (29). Con este comportamiento el bien jurídico salud pública (30) queda desamparado al no poder asegurar la integridad de los bienes jurídicos individuales que tiene la pretensión de proteger.

5. Pese a los evidentes puntos de contacto, es necesario advertir que delito de peligro concreto y tentativa acabada no son lo mismo. Si bien es cierto que siempre que se dé una tentativa acabada de lesión —con independencia de la razón de la no producción del resultado— existirá un delito de peligro concreto (31), no todo delito de peligro concreto constituye una tentativa acabada de lesión. La certeza de esta afirmación la prueba la eficacia del desestimiento en la tentativa. En los delitos de peligro si ha existido peligro aunque el autor desista ya ha infringido la norma y sólo podremos hablar, en tal caso, de arrepentimiento activo (32). Si, como hemos visto, en el momento en que se produce el desamparo del bien jurídico ya se ha consumado el delito de peligro respecto a éste no puede hablarse de desestimiento, sino, en todo caso, de arrepentimiento (33). Esta interpretación viene abonada en Alemania por argumentos de derecho positivo (34) que concede especial eficacia al arrepentimiento en algunos tipos de peligro concreto imprudentes. La doctrina entiende que en estos casos se presume que el autor con el arrepentimiento activo equilibra el déficit en la motivación correcta demostrado a través de la infracción de la norma (35). La afirmación de que los delitos de

(29) La doctrina no es unánime respecto a la naturaleza de este tipo como delito de peligro concreto, en este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO, *RFDUC*, 1979, p. 79, afirma que no es necesario que se lesione la salud pública siendo suficiente que se intente en relación con la fabricación de objetos nocivos, mientras que la modalidad de venta será de peligro concreto; en el mismo sentido, LORENZO SALGADO, *DJ*, 1983, pp. 963 y ss.; BOIX REIG, en Cobo y otros, *DP, PE*, 2.^a ed., p. 362.

(30) Entendiendo la salud pública, siguiendo a RODRÍGUEZ RAMOS, *Comentarios*, T. V, vol. 2.^o, p. 820, como «condiciones de salud idóneas en la colectividad para que se mantenga la salud individual de cada uno de los elementos que componen ese conjunto».

(31) En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Consideraciones dogmáticas y de política legislativa sobre el fenómeno de la «conducción suicida»*, «La Ley», 30 septiembre 1988, p. 3, en relación con la distinción entre dolo de peligro y dolo de lesión.

(32) En el mismo sentido, KINDHÄUSER, *Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, p. 193; SILVA SÁNCHEZ, *La Ley*, 30 septiembre 1988, p. 3.

(33) Si el sujeto realiza el comportamiento típico de peligro de vender productos nocivos aunque luego realice los actos necesarios para evitar que se produzcan otros daños, ya ha realizado el delito de peligro y sólo puede desistir, en su caso, de la tentativa de lesión. En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, *La Ley*, 30 septiembre 1988, p. 3.

(34) En Alemania se prevén cláusulas específicas de eficacia del arrepentimiento activo equivalente a la del desestimiento en supuestos de delitos de peligro concreto cometidos por imprudencia (§ 311 c Abs 3 núm. 1; § 311 Abs 5 5; § 315 Abs 6; 330 Abs 1; § 330 Abs 6 StGB) por lo que a *sensu contrario* se entiende que en los casos no previstos el arrepentimiento activo no excluirá la punibilidad.

(35) Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdungsdelikte im Strafrecht*, p. 197, equipara la im-

peligro tiene un contenido propio y no son un mero adelantamiento de las barreras de protección (36) obligará a examinar en cada caso la forma concursal aplicable cuando se produzcan daños posteriores. En aquellos supuestos en que con el peligro concreto sólo se han puesto en peligro los sujetos sobre los que recae la lesión estaremos ante un concurso de normas. Por el contrario, si ha existido una puesta en peligro indeterminada de la colectividad los daños posteriores no podrán absorber el desvalor del delito de peligro y estaremos frente a un concurso de delitos.

II.2. Elementos típicos esenciales del art. 346 CP en relación con el comportamiento de Faustino H. G.

1. Partiendo del concepto de peligro y de delito de peligro desarrollado en los apartados anteriores, pasaremos a realizar un somero análisis de los elementos típicos esenciales del art. 346 CP, en particular del pár. 2.º (37). Con la nueva redacción del art. 346.2 parece evidente que, como apuntábamos con anterioridad (38), como objeto material del tipo no se abarca exclusivamente a los alimentos, sino que alcanza también a cualquier otro objeto de consumo (39) que pueda afectar las condiciones de vida de la colectividad. Lo esencial es pues que se trate de un *objeto de consumo* y que su *uso sea nocivo*. El concepto de nocividad es eminentemente relativo (40) y, en general, se identifica con dañosidad o perjuicio para la salud (41).

prudencia consciente con el dolo en relación con el arrepentimiento activo en estos casos, afirmando que ésta sólo dará lugar a atenuación o exclusión facultativa de la pena.

(36) Entendidos como adelantamiento de las barreras de protección, vid. OCTAVIO DE TOLEDO, *RFDUC*, 1979, pp. 673 y ss.; LORENZO SALGADO, *Delitos contra la salud pública*, «Documentación Jurídica», 1983, p. 963.

(37) Las modificaciones introducidas en este artículo y en particular en el párrafo segundo en la reforma de 23 de junio de 1983, han sido objetos de justificadas críticas por parte de la doctrina, por todos, vid. RODRÍGUEZ RAMOS, *Comentarios*, T. V, vol. 2.º, pp. 822-823; BOIX REIG, en Cobo y otros, *DP, PE*, 2.ª ed., p. 363.

(38) Vid. Supra II.1.

(39) Vid. Supra II. 1, en particular nota 12, sobre la doctrina alemana al respecto. El art. 346.2 hace referencia a «bebidas y comestibles», «géneros corrompidos» y «objetos en cuya composición se hubieran incorporado sustancias o productos de forma tal que su uso resulte nocivo para la salud». Pese a que tanto la anterior como la actual redacción del tipo alude expresamente a «objetos», en España se habla, en general, de fraude alimentario. Hacen, sin embargo, referencia a esta ampliación del objeto material, BOIX REIG, en Cobo y otros, *DP, PE*, 2.ª ed., p. 363, «...no necesariamente alimentos...»; BUSTOS RAMÍREZ, *DP, PE*, p. 269, que alude expresamente a la ampliación del objeto material en relación con el tipo anterior.

(40) En este sentido, MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 7.ª ed., p.439; BOIX REIG, en Cobo y otros, *DP, PE*, 2.ª ed., p. 363.

(41) Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, *Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública*, pp. 452-456, busca un concepto de nocividad con ayuda del Código alimentario y hace referencia a la distinción entre nocividad absoluta y relativa, proponiendo, de *lege ferenda*, la interpretación del Código Penal conforme a los criterios técnicos de aquél.

Una sustancia será nociva cuando sea adecuada para perturbar la salud humana (42). Uno de los múltiples problemas que presenta el concepto de *nocividad* surge frente a aquellos *objetos de consumo* que perturban la salud humana únicamente tras repetidas ingestiones o un lapso más o menos largo de tiempo o que son perjudiciales precisamente frente a los destinatarios específicos del producto (ejemplo: este sería el caso de las muñecas realizadas con materiales tóxicos y destinadas a ser utilizadas por los niños que pueden chuparlas...)(43). Por otro lado, el requisito de la *nocividad* plantea graves dificultades en aquellas materias sobre las que existen dudas científicas sobre su peligrosidad y que están o estuvieron permitidas (44). La peligrosidad de una sustancia puede ser dudosa en dos sentidos: 1.º cuando no se conoce con certeza su adecuación para alterar la salud humana (45); y 2.º cuando se sabe de su nocividad, o en cierto modo se presume en virtud de la forma antirreglamentaria en que ha sido elaborada (46), pero se desconoce en qué modo y en qué grado puede ser lesiva. En este segundo caso cabría admitir la relevancia típica del comportamiento en relación con los delitos contra la salud pública, pero resulta problemática la imputación de los hipotéticos resultados lesivos que se deriven de éste (47). El hecho de que, en el caso objeto de estudio, el arseniato sódico estuviera permitido para el tratamiento de las vi-

(42) En este sentido, en relación con el § 319 StGB, CRAMER, en Schönke-Schröder, 23.ª ed., § 319 III, núm. 9, que entiende de que una mera suciedad o contaminación no es suficiente. Para RODRÍGUEZ RAMOS, *Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública*, p. 454, todo alimento contaminado es nocivo; BELLANTONI, *Diritto penale degli alimenti*, Verona, 1973, advierte que la jurisprudencia italiana al interpretar el art. 440 CP entiende que «adulterar una sustancia alimenticia, a los fines del art. 440 CP significa modificarla de modo que se altere profundamente y se vuelva efectivamente peligrosa» (Cass 26 junio 1940).

(43) Sobre la distinción entre nocividad absoluta y relativa, vid. RODRÍGUEZ RAMOS, *Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública*, pp. 455-456.

(44) En este sentido, la STS 18 junio 1963, tiene en cuenta el dato de que los medicamentos que facilitó sin la receta prescriptiva los tenía en su farmacia de la época en que su venta era libre, creyendo además el autor, por ese motivo, que más que tóxicos eran simples analgésicos.

(45) Este conocimiento de la peligrosidad ha de constar *ex ante* para que la nocividad de la sustancia tenga relevancia penal. En el conocido caso de la talidomida, por ejemplo, se desconocían los efectos lesivos en el momento que se elaboró y vendió. En Italia, se planteó un problema similar en relación con una sustancia de la que los peritos admitían una acción de desarrollo de tumores de origen químico, sin poseer una acción específicamente cancerígena. La jurisprudencia afirmó, en este caso (Cass. 22 marzo 1963) que: «La peligrosidad debe ser probada positivamente a través de la individualización concreta de los elementos y caracteres que vuelven a la sustancia adulterada en potencialmente apropiada para perjudicar el desenvolvimiento de las funciones orgánicas.»

(46) En este sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, *Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública*, p. 455, alude a la adecuación o no de las presunciones reglamentarias de nocividad.

(47) Este segundo problema es el que plantea el conocido y discutido caso de «la colza» que, entre otras cosas, fue el causante de la reforma del art. 346 CP según declara la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/1983.

ñas, no desde luego para la elaboración del vino, puede tener, como veremos, cierta relevancia en la calificación de los hechos. Sin embargo, los hechos descritos en la sentencia no ofrecen dudas respecto a la concurrencia de estos dos elementos típicos —objeto de consumo y nocividad—. El vino como objeto material del tipo del art. 346 CP se ha entendido siempre como expresamente previsto en el término «bebidas» (48). Respecto al requisito de la nocividad, un vino al que se ha incorporado arseniato sódico es adecuado, con total certeza, para perturbar la salud humana.

2. No es, por el contrario, ni sencillo ni irrelevante determinar en cuál de las varias modalidades comisivas previstas en el art. 346.2 CP (49) cabe encuadrar el comportamiento del bodeguero. Al examinar los hechos se advierte que la conducta de Faustino H. G. realiza los cuatro distintos supuestos previstos en el segundo párrafo del tipo. En primer lugar, del relato de hechos probados se desprende que H. G. no sólo vende el vino adulterado, sino que también lo elabora —realiza tanto la modalidad típica de elaboración como la venta—. Por otro lado, al ser el objeto material el vino y dado el carácter genérico del término «objetos» —que comprende a las bebidas y comestibles (50)— es factible encardinar su conducta tanto en la primera parte del pár. 2.º del art. 346 (alteración de bebidas o comestibles y venta de géneros corrompidos) como en la segunda (fabricación y venta de objetos...). En relación con el objeto material, la aplicación del principio de especialidad fundamenta la decisión a favor del concepto de «bebidas» —más específico respecto al vino— frente a la de «objetos». No es tan fácil, sin embargo, decidir la calificación típica más adecuada dentro de las posibles: la conducta de elaboración del vino o la de venta de éste. Se produce un concurso normativo que, aunque intrascendente respecto a la penalidad (51), por coincidir ésta, no lo es respecto a las consecuencias que una u otra calificación tiene para otros elementos de la teoría del delito. Tanto el inicio de la ejecución como el momento de la consumación es distinto según examinemos la conducta de la elaboración del vino o de la venta de éste. La doctrina y la jurisprudencia examinan el momento de la consumación de este tipo en relación con la modalidad de venta (52), discutiendo únicamente si es necesario que se produzca efecti-

(48) Así, por ejemplo, en la STS 17 abril 1977; STS 22 mayo 1982.

(49) Sobre los cuatro supuestos tipificados en función del objeto material y de la conducta, vid. BOIX REIG, en Cobo y otros, *DP, PE*, 2.ª ed., pp. 363-363.

(50) Esta duplicidad de los conceptos haría aconsejable, de *lege ferenda*, su unificación bajo el término «objetos», en el mismo sentido que el § 319 StGB habla exclusivamente de «Sachen».

(51) En este sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, *Comentarios*, T. V, vol. 2.º, p. 821, alude a la intrascendencia del concurso normativo entre el primer y segundo párrafo del art. 346, por coincidir la penalidad.

(52) Así OCTAVIO DE TOLEDO, *RFDUC*, 1979, p. 83, el momento de la consuma-

vamente la venta o es suficiente que se ofrezca a terceros la sustancia nociva (53). Si se unifica el momento de la consumación para ambas modalidades típicas —alteración o fabricación y venta— queda sin contenido la mitad del segundo párrafo del art. 346 (54). Este planteamiento equivale a sustituir la conjunción *o*, empleada en el texto legal, por *y*. En Italia, donde se contempla tanto el supuesto de fabricación (art. 440 CP), como el de venta (art. 442 CP), se distingue entre ambos respecto a la consumación. Para la perfección del delito previsto en el art. 440 CP es suficiente con que la sustancia adulterada sea destinada al comercio, siendo irrelevante la venta de ésta (55). La consumación del tipo previsto en el art. 442 CP no se produce, sin embargo, hasta que el objeto nocivo es situado o distribuido en el comercio (56). Aplicando esta doctrina a la sentencia objeto de análisis, la *alteración* del vino —como comportamiento típico— se consume al coger la bolsa de arseniato sódico y disolverlo en el vino que estaba destinado al consumo humano. La existencia de una sustancia nociva destinada a entrar en el comercio coloca el bien jurídico *salud pública* en una situación de desamparo (57). El hecho de que H. G. almacene en «...la misma alacena de la bodega un producto letal..., junto a productos exclusivamente utilizables en la elaboración del vino...», podría, incluso, calificarse como inicio de la ejecución respecto al comportamiento típico de la elaboración de vino adulterado (58). La creación de un peligro cierto en relación con el bien jurídico, en este caso la salud pública, peligro que se puede afirmar que crea el comportamiento de Faustino (59), es uno de los criterios

ción se produce con la venta de la sustancia nociva; QUERALT JIMÉNEZ, *DP, PE*, II, p. 523, alude a las SSTS 17 junio 1981 y 18 diciembre 1981, que afirman que el delito se consume con la producción de la nocividad y su ofrecimiento a terceros, sin que sea necesaria ni la adquisición ni el consumo.

(53) HORN, NJW, 1977, p. 2333, entiende que el tipo se consume cuando el tercero *puede* encontrar el objeto en el tráfico; en sentido similar CRAMER, en Schönke-Schröder, 23.^a ed., § 319, núm. 7; la jurisprudencia, sin embargo, exige para la consumación que el objeto haya pasado realmente al ámbito de un tercero, se ha tenido que realizar el cambio de propiedad, en este sentido, BGH LRE 1, 82; OLG Hamm LRE 7, 304; BayDBLG LRE 4, 45; RGSt 62, 389.

(54) El § 319 StGB sólo tipifica la venta y oferta o colocación en el mercado de los productos tóxicos, por lo que es lógico que tanto la doctrina y la jurisprudencia alemana sitúen la consumación en el momento de la venta u ofrecimiento.

(55) Cfr. Cass 26 abril 1951.

(56) BELLANTONI, *Diritto penale degli alimenti*, p. 7.

(57) Vid. Supra II.1.4, sobre el concepto de delito de peligro.

(58) Cfr. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, pp. 137-231, realiza un completo examen de las teorías doctrinales y jurisprudenciales que pretenden trazar una frontera entre actos preparatorios y ejecutivos.

(59) Pensemos, por ejemplo, que cualquier persona que interviniera en la elaboración del vino podía utilizar el arseniato sódico creyendo que se trataba del ácido cítrico, en cuyo caso, se podría hablar de delito contra la salud pública cometido por Faustino en autoría mediata. Sobre el peligro efectivo para el bien jurídico como criterio diferenciador, vid. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, pp. 165-169 y 188-189.

aceptados y discutidos (60) para fundamentar el inicio de la ejecución. Mayor problema surge al tratar de introducir, junto a los anteriores, el criterio del plan del autor (61). Este segundo criterio delimitador del inicio de la ejecución presenta, en este caso, una doble dificultad para su concreción. De un lado, la falta de elementos de juicio, en los hechos probados, sobre los conocimientos y voluntad del acusado en el momento en que almacena el arseniato sódico, omisión, por otro lado, lógica dado que el Tribunal no hace referencia alguna a la posible calificación de los hechos como delito contra la salud pública. De otro, nos encontramos con que las teorías vertidas en torno a la delimitación actos preparatorios-actos ejecutivos, en particular aquéllas que incorporan criterios subjetivos, son de difícil, sino imposible, aplicación frente a un comportamiento imprudente. Con independencia de la conveniencia de tratar con mayor profundidad el problema del inicio de la ejecución típica en el delito imprudente (62), creo que la específica naturaleza de la imprudente aconseja trazar la frontera en base a criterios objetivos. En consecuencia, la creación de un riesgo que supone una amenaza para un *determinado* bien jurídico es ya un acto ejecutivo del tipo imprudente (63).

3. La ubicación del inicio de la realización del tipo en el momento del almacenamiento permite fundamentar, con mayor facilidad, la infracción del deber subjetivo de cuidado (64). De los hechos probados parece que deba entenderse que el acusado desconocía que estaba incorporando arseniato sódico al vino, ya que, de conocer esta circunstancia, sabiendo además de su nocividad, por tratarse de un profesional del tratamiento de las viñas y la elaboración del vino, se deberían de calificar los hechos como dolosos. En los delitos de peligro las hipótesis de culpa consciente son difícilmente imaginables, ya que una vez se prueba el conocimiento, por el sujeto, del peligro relevante que crea su conducta, al no ser necesario advertir el concre-

(60) Vid. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, pp. 165-169, 198-201 y 225 y ss.

(61) Vid. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, pp. 222-223.

(62) En relación con el delito imprudente no se ha elaborado ninguna teoría para la delimitación del inicio de la ejecución.

(63) La admisión de la comisión imprudente del art. 346 CP, había sido muy discutida antes de la reforma de este precepto. La jurisprudencia, en ocasiones presumía el dolo (STS 31 octubre 1966) (sobre las presunciones jurisprudenciales de dolo vid. CORCOY BIDASOLO, *En el límite entre el dolo y la imprudencia*, ADPCP, 1985, pp. 144 y ss.), en otras excluía la modalidad imprudente (STS 17 noviembre 1970 o 23 noviembre 1972), finalmente, en algunas admitía la comisión imprudente (STS 18 enero 1962). RODRÍGUEZ RAMOS, *Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública*, p. 458, entendía que, aun siendo posible la aplicación del art. 565 a estos delitos de riesgo, era aconsejable, de *lege ferenda*, su regulación específica, propuesta que ha sido recogida en la reforma de 23 junio 1983, en el último párrafo del art. 346 CP.

(64) Sobre la infracción del deber subjetivo de cuidado como elemento esencial del tipo imprudente, vid. CORCOY BIDASOLO, *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente. Tesis inédita*, Barcelona, 1988, pp. 325-414.

to riesgo de lesión, habrá dolo de peligro (65). El acusado, en el caso de que supiese que estaba incorporando al vino un producto tóxico, conocería, ineludiblemente, la relevancia del peligro que creaba con su conducta, que sería dolosa, sin que quepa admitir, en ese caso, la existencia de un error sobre la capacidad de evitación (66) que excluyera el dolo y fundamentase la imprudencia, en relación con el delito de peligro (67). Partimos, por tanto, de que el sujeto actuaba, en el momento de la elaboración del vino, con culpa inconsciente. La fundamentación de la culpabilidad en los supuestos de culpa inconsciente ha sido muy discutida, llegando a negarse que esto sea posible (68). Si la realización del tipo imprudente se hace depender de que junto a la infracción del deber objetivo de cuidado —tipo objetivo— se infringa el deber subjetivo de cuidado, en la culpa inconsciente la infracción del deber subjetivo de cuidado se condiciona a que el autor *pueda y deba* evitar el desconocimiento del peligro creado por su comportamiento (69). La exigibilidad del conocimiento será, pues, el fundamento de la existencia de infracción del deber subjetivo de cuidado (70).

4. En el caso objeto de análisis la exigibilidad del poder y deber conocer el peligro se fundamenta en el hecho de que es el propio sujeto quien previamente había iniciado la situación de peligro al almacenar el arseniato sódico. En el Estatuto del Vino, de la Viña y los Alcoholes, de 2 de diciembre de 1970, y en el Reglamento de 23 de marzo de 1972, se prohíbe el depósito y tenencia de sustancias no autorizadas en bodegas o locales de elaboración y almacenamiento de vino. La finalidad de estas normas es precisamente evitar que puedan ser vertidas en el vino estas sustancias por error.

(65) SILVA SÁNCHEZ, *La Ley*, 30 septiembre 1988, p. 3, distingue entre dolo de peligro y dolo, incluso eventual, de lesión.

(66) Cfr. CORCOY BIDASOLO, *ADPCP*, 1985, pp. 970 y ss., entiendo que, si pese al conocimiento de la peligrosidad de la conducta, el autor cree, erróneamente, en base a un fundamento racional, que puede evitar la producción del resultado concurrirá imprudencia y no dolo. Sin embargo, en relación con el resultado de concreta puesta en peligro no puede fundamentarse este error sobre la capacidad de evitación.

(67) Cuestión distinta es la posibilidad de admitir un error sobre la capacidad de evitación, que excluiría el dolo, en relación con los resultados de muerte y lesiones.

(68) Cfr. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito*, Barcelona, 1963, p. 28; KAUFMANN, Arthur, *Das Schuldprinzip*, 2.^a ed., Heidelberg, 1976, pp. 156 y ss.; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung zum Unrecht zugleich ein Beitrag zur aberratio ictus und objektiven Strafbarkeitsbedingung-in Grundfrage der modernen Strafrechtssysteme*, Berlin-New York, 1984, p. 209.

(69) Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*, pp. 353 y ss., el deber subjetivo de cuidado, como deber de prever, existirá cuando el peligro sea cognoscible, lo que se decidirá en el caso concreto atendiendo a todas las circunstancias objetivas concurrentes, a los conocimientos actuales y previos del autor y a su capacidad.

(70) Sobre la exigibilidad como principio regulativo que permite trazar una frontera entre la existencia o no de un deber, vid. HENKEL, *Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip*, *Fest-E. Mezger*, München-Berlin, 1954, pp. 249-309, pp. 285-286.

El fin de protección de la norma infringida al almacenar el arseniato es pues, precisamente, evitar conductas como la llevada a cabo por Faustino al elaborar el vino. La existencia de la realización imprudente de un delito contra la salud pública, art. 346, último párrafo, que se consuma en el momento en que Faustino elabora el vino incorporando arseniato sódico, me parece, en consecuencia suficientemente probada, pese a lo cual el Tribunal no hace, respecto a ello, ninguna referencia. La existencia de una regulación específica de la comisión imprudente impide la aplicación de la negligencia profesional del párr. 5.º del art. 565 en relación con estos hechos (71), sin que pueda deducirse de la estructura del tipo ya que, al contrario de lo que sucede en el párr. 1.º del art. 346, en el 2.º párr. autor puede serlo cualquiera (72), por lo que el hecho de ser H. G. profesional del ramo podría fundamentar la calificación de negligencia profesional, de ser de aplicación el art. 565.

III. LA RESPONSABILIDAD DE FAUSTINO H. G. POR LAS MUERTES Y LESIONES PRODUCIDAS. EL ART. 348 CP

III.1. *La posibilidad de calificar los hechos como constitutivos del tipo previsto en el art. 348 CP*

1. La nueva regulación del art. 1 CP tras la reforma de 1983 tenía como principal objetivo, según la exposición de motivos, «detererrar de nuestro sistema punitivo la responsabilidad objetiva y todas sus manifestaciones» (73). En relación con los delitos cualificados por el resultado, el párr. 2.º del art. 1 CP, cierra el paso a la «posibilidad de delitos *únicamente* cualificados por el resultado», ya que se requiere que el resultado cualificante sea imputable, «al menos, por culpa» (74). Con anterioridad a la reforma, la doctrina y la jurisprudencia desarrollaron distintas teorías con la pretensión de limitar el alcance del párr. 3.º del art. 1 CP, como principio fundamentador de las dis-

(71) Sobre la aplicación de esta modalidad de imprudencia en relación con las muertes y lesiones vid. *Infra* III.2.

(72) En sentido crítico respecto a la diversidad de criterios a la hora de concretar en la misma ley penal los sujetos que pueden incurrir en responsabilidad de este carácter, vid. RODRÍGUEZ RAMOS, *Comentarios*, T. V, vol. 2.º, pp. 813-314.

(73) Sobre el significado de la reforma en relación con los delitos cualificados por el resultado, vid. QUINTERO OLIVARES/MUÑOZ CONDE, *La reforma de 1983*, Barcelona, 1983, pp. 126 y ss.; MAQUEDA ABREU, *El principio de responsabilidad subjetiva: su progresiva influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la reforma del Código Penal de 25 de junio de 1983*, «CPC», 187, pp. 185 y ss., realiza un completo examen de la doctrina y jurisprudencia surgida tras la reforma, en particular, en relación con los delitos cualificados por el resultado y la preterintencionalidad, vid., pp. 196-231.

(74) MIR PUIG, *DP, PG*, 2.ª ed., pp. 242 y ss.

tintas manifestaciones de responsabilidad objetiva del CP (75), y, en particular, respecto a la preterintencionalidad (76) y los delitos cualificados por el resultado (77). Los delitos cualificados por el resultado se concebían como supuestos de preterintencionalidad especialmente tipificados, en los que la previsión expresa de una penalidad agravada excluía la aplicación de las reglas del art. 50 o del art. 71 (78). La naturaleza preterintencional de estos delitos ha sido cuestionada por no tratarse de supuestos de progresión delictiva (79), sino de tipos en los que se protegen conjuntamente bienes jurídicos distintos (80), no hay que olvidar, sin embargo, que en el binomio lesiones-homicidio, supuesto clásico de preterintencionalidad, también son dos los bienes jurídicos en juego. El mantenimiento, tras la reforma, de varios supuestos de delitos cualificados por el resultado únicamente es comprensible frente a determinadas modalidades de comportamiento en las que la *cualificada* previsibilidad del evento más grave fundamenta político-criminalmente la agravación de la pena (81), siempre que se respete el principio de culpabilidad a través de la aplicación de las reglas generales de imputación dolosa o imprudente (82). Ello, con

(75) En este sentido, MUÑOZ CONDE, *Del llamado homicidio preterintencional. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1973*, *RJCat* 1974, pp. 883 y ss., en particular, p. 892; MAQUEDA ABREU, *CPC*, 1987, pp. 196-198.

(76) Por todos, vid. MIR PUIG, *DP, PG*, 2.ª ed., pp. 241 y ss.; *el mismo*, *Preterintencionalidad y límites del art. 50 CP*, *RJCat* 1979, pp. 57 y ss.; sobre los criterios jurisprudenciales vid. MAQUEDA ABREU, *CPC*, 1987, pp. 198 y ss.

(77) En este sentido, GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, *passim*.; CÓRDOBA RODA, *La producción de un resultado de muerte en los delitos contra la salud pública*, en libro homenaje al profesor J. Antón Oneca, Salamanca, 1982, pp. 674 y ss.; la doctrina del Tribunal Supremo en MAQUEDA ABREU, *CPC*, 1987, pp. 219 y ss.

(78) Cfr. MAQUEDA ABREU, *CPC*, 1987, p. 220.

(79) En este sentido, HUERTA TOCILDO, *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, Madrid, 1977, pp. 102 y ss.

(80) MAQUEDA ABREU, *CPC*, 1987, pp. 220-221, núm. 102, rechaza la especificidad de los delitos cualificados por el resultado en base a que el tipo base «...contiene ya un grado mayor o menor de peligro para el bien jurídico que se actualiza y deviene en lesión al producirse el resultado más grave...» En los delitos cualificados por el resultado hay una estrecha vinculación entre los bienes jurídicos afectados ya que se prevén en aquellos casos en que la experiencia nos dice que existe una mayor o menor probabilidad de que como consecuencia de la lesión de un bien jurídico se devenga la lesión de otro (así, por ejemplo, en el aborto con resultado de muerte, cuando se reguló existía una gran probabilidad de que con las prácticas abortivas se produjese la muerte de la mujer), esta relación entre los bienes jurídicos no excluye, sin embargo, la naturaleza propia de cada uno de ellos.

(81) Cfr. MAQUEDA ABREU, *CPC*, 1987, p. 230 y núm. 123, señala que la doctrina encuentra el fundamento de la agravación legal «en un contenido de injusto adicional» o en «consideraciones de prevención general».

(82) En Alemania, que, de acuerdo con el § 18 StGB, que dispone que sólo se impondrá la pena más grave cuando el resultado se haya producido al menos imprudentemente, tiene una regulación semejante a la de nuestro actual código, se distingue entre delitos cualificados por el resultado propios e impropios, delitos cualificados impropios serán aquellos que pueden ser castigados como concursos ideal entre el delito base y el resultado, en este sentido, HRUSCHKA, *GA* 1967, pp. 43 y ss.; HIRSCH, *GA* 1972, p. 66; CRAMER, en Schönke-Schröder, 23.ª ed., § 18 núm. 2.

independencia de que pueda proponerse, de *lege ferenda*, su supresión y consiguiente tratamiento de estos supuestos de acuerdo con las reglas concursales genéricas (83). La solución concursal no sólo se ajusta más al principio de culpabilidad, sino que además permite diferenciar entre las distintas combinaciones según: 1) el tipo subjetivo: dolo-dolo, dolo-imprudencia o imprudencia-dolo; o 2) el grado de ejecución: consumación-consumación, tentativa-consumación, frustración-consumación, consumación-tentativa, consumación-frustración, tentativa-tentativa..., y 3) las múltiples variables posibles poniendo en relación ambos aspectos (84), adecuándose de este modo, en mayor medida, al principio de justicia. Por el contrario, la existencia de estos delitos, en su actual formulación, obliga a distinguir en base a interpretaciones doctrinales, que en ocasiones se alejan bastante de la que sería una interpretación literal del precepto (85).

2. Los delitos cualificados por el resultado suelen configurarse a partir de un comportamiento inicial doloso —tipo base— del que se deriva un resultado imputable a título imprudente a esa conducta inicial. La doctrina mayoritaria rechaza la aplicación de los delitos cualificados por el resultado cuando el tipo básico es imprudente (86). Existen, sin embargo, algunos sectores doctrinales que admiten la posibilidad de aplicar también el delito cualificado ante supuestos de tipo básico imprudente por entender que en estos delitos «la ley no quiere ser razonable» (87). Este problema se plantea especialmente en relación con el art. 348, ya que de su deficiente formulación (88) es perfecta-

(83) Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, *Los delitos cualificados por el resultado y el art. 3 del proyecto de Código Penal español de 1980 II*, «ADPCP» 1983, passim., y, en particular, pp. 124 y ss., entendiéndose que ésta es la solución adoptada en el Proyecto de Código Penal de 1980, aun cuando él no se muestre totalmente partidario por entender que en algunos supuestos la solución del concurso ideal no es la más idónea, proponiendo en consecuencia para estos casos la creación de delitos de peligro concreto constituidos por un tipo básico doloso de resultado material, y un tipo doloso de peligro concreto que se aplicarían cuando de este segundo tipo no se derive un resultado material más grave.

(84) Si existe un dolo, aunque sea eventual, respecto al resultado de lesión la calificación será de concurso ideal entre el delito de peligro doloso consumado y el delito de lesión doloso intentado, lo que haría innecesaria la creación de los delitos a que se alude en la nota anterior.

(85) vid. *Infra* III.1.2., en relación con el art. 348.

(86) DIEZ RIPOLLÉS, *I*, ADPCP, 1983, p. 637; MAQUEDA ABREU, *CPC*, 1987, p. 219; COBO/VIVES, *DP, PG*, 2.ª ed., Valencia, 1987, p. 445; en el mismo sentido, una línea jurisprudencial que podemos considerar mayoritaria, así SSTS 10 abril 1948 (A. 566), 2 julio 1959 (A. 2711), 26 febrero 1966 (A. 1007), 15 diciembre 1977 (A. 4898) y 17 noviembre 1986.

(87) GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, pp. 167-172; en sentido similar, STS 12 diciembre 1974 (A. 5184); en Alemania se admite, excepcionalmente, que sea imprudente el tipo base, los §§ 309, 314 y 320 StGB son delitos cualificados por el resultado en los que el tipo base es imprudente.

(88) Cfr. CÓRDOBA RODA, *La producción de un resultado de muerte en los delitos contra la salud pública*, pp. 673 y ss.; BOIX, en Cobo y otros, *DP, PE*, II, pp. 509-510, advierten de la deficiente técnica legislativa del art. 348.

mente factible deducir que es aplicable tanto cuando el comportamiento inicial es doloso como cuando es imprudente (89). La tipificación expresa, en la misma reforma de 1983, de un delito contra la salud pública imprudente en el último párrafo del art. 346 avala esta interpretación, que literalmente es evidente, aun cuando razones de justicia material la hagan inaceptable (90). Estas mismas razones de justicia material conducen a aplicar el art. 348 únicamente en aquellos supuestos en que el resultado posterior es imputable a título imprudente y no cuando lo es a título doloso (91). La aplicación del delito cualificado por el resultado cuando tanto la realización del tipo base como la del cualificante es dolosa supone no dar relevancia a la conducta inicial «con la absurda consecuencia de que tipos concebidos con una finalidad agravatoria pasarían a privilegiar a su autor» (92). La teoría jurisprudencial del dolo eventual surgió, antes de la reforma de 1983, con la loable intención de restringir el alcance de la responsabilidad objetiva que se derivaba del párrafo tercero del art. 1 (93). Esta línea jurisprudencial exige un dolo eventual respecto a la muerte o lesiones para aplicar los delitos cualificados por el resultado, estimando que se dará un concurso ideal de delitos cuando respecto del resultado exista dolo directo o imprudencia (94). Sin embargo, esta restricción del ámbito de la responsabilidad objetiva es sólo aparente, ya que para la apreciación del dolo eventual se sirve de la existencia de un dolo de peligro para presumir el dolo de lesión (95). La existencia de dolo en la realización de determinados comportamiento típicos de peligro, que abarcan la posibilidad de la pro-

(89) En este sentido, MUÑOZ CONDE, *DP, PE*, 7.ª ed., p. 442, advierte como «legalmente» la acción inicial ilícita puede ser incluso culposa; en sentido análogo BUS-TOS RAMÍREZ, *DP, PE*, p. 287; en este sentido la STS 12 diciembre 1974 (A. 5184), se mostró propicia a la aplicación del art. 348, en un supuesto en que la conducta inicial fue imprudente (aunque no lo hiciera en virtud del principio de la «reformatio in peius»). Para Muñoz Conde, el Tribunal evitó su aplicación ante la dureza de la regulación legal.

(90) En el mismo sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, *Comentarios*, T. V, vol. 2.º, pp. 824-825. Antes de la reforma era controvertida la posibilidad de comisión imprudente de los delitos contra la salud pública lo que facilitaba la restricción de la aplicación del art. 348 a los supuestos de realización dolosa del tipo base, en este sentido, la interpretación de CÓRDOBA RODA, *La producción de un resultado de muerte en los delitos contra la salud pública*, p. 674.

(91) En este sentido, la doctrina mayoritaria, por todos, RODRÍGUEZ RAMOS, *Comentarios*, T. V, vol. 2.º, pp. 824-825.

(92) MAQUEDA ABREU, *CPC*, 1987, p. 230.

(93) Vid. Supra II.1.

(94) En este sentido, STS 17 noviembre 1970 (A. 4938), y, tras la reforma, SSTS 28 marzo 1984 (A. 2299), 19 octubre 1984 (A. 5020) y 30 marzo 1985 (A. 2052). Esta construcción conlleva además una graduación del dolo con un efectivo trato diferencial que no ha sido, y difícilmente puede ser, fundamentado en el Derecho positivo.

(95) Cfr. MAQUEDA ABREU, *CPC*, 1987, pp. 224 y ss., realiza un completo examen crítico de esta construcción jurisprudencial, advirtiendo que «el efecto más relevante fue el de prolongar en la práctica en forma encubierta el ejercicio de la más pura responsabilidad objetiva».

ducción del resultado más grave, implica, para esta teoría, que el sujeto cuando actúa conoce y «acepta» este resultado. Esta construcción nos permite constatar, una vez más, que la teoría del consentimiento, como prueba de la existencia de dolo eventual, es fácilmente manipulable. Si, por el contrario, para probar el dolo, junto al conocimiento del peligro concreto, exigimos, en lugar de la «aceptación», que no exista un error sobre la capacidad de evitación estaremos limitando, mucho menos arbitrariamente, el ámbito del dolo (96). Tras la reforma, el Tribunal Supremo sigue manteniendo la tesis del dolo eventual, en base, por un lado, a la reforma del art. 1, unida a la concepción jurisprudencial y doctrinal de que los delitos cualificados, como los previstos en los artículos 411, párr. último, 348 y 483, albergan hipótesis de dolo eventual respecto al resultado (97).

3. En la sentencia objeto de examen parece consecuente que no se haga referencia a la posibilidad de aplicar el art. 348 desde el momento en que tampoco se alude a la realización, por el comportamiento del sujeto, de un delito contra la salud pública del art. 346, último párr. No obstante, si, como pusimos de relieve (98), dicha realización resulta probada y siempre que, como veremos, *Infra III.2.*, los resultados lesivos sean imputables a la conducta del sujeto, la *no* aplicación, en este supuesto, del art. 348 en base al carácter imprudente del comportamiento inicial, no se deduce, como advertíamos arriba, de una interpretación literal de este artículo. Por el contrario, la interpretación literal del art. 348 conllevaría su aplicación y *a sensu contrario* la calificación de los hechos como constitutivos de un delito del art. 348 no sería fácilmente recurrible. En consecuencia, sería deseable, de *lege ferenda*, o su derogación o al menos una nueva redacción que limite exactamente su ámbito de aplicación. Con independencia de lo anterior es necesario poner de relieve que, en todo caso, el art. 348 es únicamente aplicable respecto de los resultados de muerte, ya que en los delitos contra la salud pública la calificación por el resultado no se extiende a las lesiones (99), tal y como sucede en relación con el aborto, art. 411, último párr.

(96) Vid. *Supra* nota 66.

(97) STS 30 marzo 1985 (A. 2052).

(98) Vid. *Supra* II.2-1.

(99) En Alemania, el § 320 StGB, se tipifica la comisión imprudente de los delitos de peligro contra la comunidad —«Gemeingefährdung»— siempre que se produzca algún *daño* posterior. Para algunos autores, como WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., 1969, p. 468, o HORN, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. II, Besonder Teil, 1976-1987, § 320, núm. 5, el daño ha de consistir en una lesión en la vida o la salud de otros. Otros autores, por el contrario, entienden que es suficiente la producción de cualquier clase de daño, como un daño en la propiedad, en este sentido, WOLFF, *LK*, 10.^o ed., § 320, núm. 5; LACKNER, *Strafgesetzbuch*, 17.^a ed., 1987, § 320, núm. 1. La doctrina mayoritaria considera que al no ser el § 320 un delito cualificado por el resultado del § 18, por no existir ningún tipo básico imprudente, los daños no deben ser imputables por imprudencia, sino que se trata de una condición objetiva de punibilidad, en contra, CRAMER, en Schönke-Schröder, 23.^a ed., § 320, núm. 3.

III.2. *Comportamiento típico e imputación del resultado en relación con las muertes y lesiones producidas*

1. Para la imputación de las muertes y lesiones, tanto si entendemos aplicable el art. 348 (en relación con las muertes), como si aplicamos el art. 565 en relación con el 407 y 420 y ss., será necesario probar la creación de un riesgo típicamente relevante de muerte y lesiones —como presupuesto de la imputación— y la existencia de una relación de riesgo entre aquél y los resultados efectivamente producidos (100). En los hechos aquí examinados, el presupuesto de imputación, como creación de un riesgo adecuado, no permitido y relevante de lesión para la vida y la integridad física surge en el momento en que el sujeto vende el vino adulterado, pues una vez se encuentra en manos del consumidor existe ya una tentativa acabada de lesión (101). Que existe tentativa acabada nos lo prueba el hecho de que para evitar la efectiva producción del resultado no es suficiente un desestimiento pasivo, por el contrario, el autor deberá desarrollar una actividad tendente a evitar la efectiva lesión del bien jurídico —buscar a todos los compradores y advertirles de la nocividad del vino—, es decir, desestimiento activo. La fundamentación del presupuesto de la imputación, en sus dos momentos, el axiológico —juicio valorativo sobre la infracción de la norma de cuidado— y el teleológico —juicio de pronóstico sobre la probabilidad de producción del resultado lesivo— (102) nos da un resultado positivo en relación con el comportamiento de Faustino de vender un vino que contenía arseniato sódico. Respecto al primer momento, en el que se examina la relevancia penal del riesgo, se advierte cómo al vender el vino sin asegurarse previamente de la inocuidad de éste el sujeto está infringiendo la norma de cuidado. La infracción del deber objetivo de cuidado se produce al no cumplir Faustino los deberes de cuidado exigibles en ese sector de actividad al vender el vino sin analizar su composición. En el aspecto subjetivo, al autor le era exigible conocer el peligro que creaba con su conducta, en base al mismo razonamiento que se siguió en la prueba de la infracción del deber subjetivo de cuidado, en relación con el delito de peligro, puesto que habiendo sido el mismo sujeto quien lo había almacenado, era *cognoscible* (103),

(100) Vid. Supra III A.-1., donde pusimos de relieve que, tras la reforma de 1983, para aplicar un delito cualificado por el resultado es necesario que éste sea imputable a la conducta que realiza el tipo de peligro. Con anterioridad a la reforma el TS había restringido el alcance de los delitos cualificados por el resultado en base a la exigencia de relación, causal entre el comportamiento del sujeto y el resultado, en este sentido, por ejemplo, STS 15 de diciembre 1977 (A. 4898).

(101) Cfr. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, pp. 254 y ss.

(102) El doble juicio axiológico y teleológico ha de recaer sobre el comportamiento del sujeto en cuanto infractor del deber objetivo y subjetivo de cuidado.

(103) Sobre el deber subjetivo de cuidado entendido como *cognoscibilidad* y ésta

para él *ex ante*, la existencia de arseniato sódico en el vino y, en consecuencia, *debía de conocer* la concreta previsibilidad de la realización típica (104), es decir, la efectiva virtualidad del peligro creado al vender un vino de tales características. En cuanto al momento teleológico, el juicio de pronóstico sobre la probabilidad de producción de los resultados lesivos recae sobre los «factores de riesgo cognoscibles» *ex ante* por el autor; al ser el peligro cognoscible, la venta para el consumo humano de vino conteniendo arseniato sódico, una respuesta afirmativa sobre la gran probabilidad de que se produzcan tanto muertes como lesiones parece incontestable.

2. En esta sentencia, en relación con el presupuesto de imputación, como contenido del injusto imprudente, debemos hacer, aunque sea someramente, referencia a la calificación de los hechos como negligencia profesional. Calificación ésta ratificada por el Tribunal Supremo cuya única objeción hace referencia a la no aplicación del inciso segundo del pár. 5.º del art. 565, siendo «indudablemente catastrófico el resultado producido» (105). Generalmente se entiende por negligencia profesional «la transgresión de deberes técnicos que sólo incumben al profesional» (106), es decir, comportamientos acreditados como faltas profesionales por vulnerar la «lex artis» que regula aquella actividad. En este caso, sin embargo, se fundamenta esta calificación exclusivamente en el otro requisito exigido por la jurisprudencia para aplicar la negligencia profesional, «la condición profesional del agente» (107). Estando de acuerdo con la calificación de los hechos como constitutivos de negligencia profesional no lo estoy con su fundamentación, ya que lo relevante de esta modalidad de imprudencia no es el carácter profesional del autor, sino que éste infringa un deber de cuidado específico de un determinado sector profesional (108). Que el deber infringido en la negligencia profesional haya

como «exigibilidad del conocimiento del peligro», vid. CORCOY BIDASOLO, *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*, pp. 348 y ss.

(104) El contenido del deber subjetivo de cuidado es, precisamente, la obligación del sujeto de conocer el peligro que crea con la infracción del deber objetivo de cuidado. El criterio de la *exigibilidad* es de utilidad en la decisión sobre la existencia o no de ese deber de conocer en el caso concreto atendiendo a todas las circunstancias previas y concurrentes en el hecho; sobre todo ello vid. CORCOY BIDASOLO, *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*, pp. 354 y ss.

(105) En este inciso se posibilita la elevación de la pena en uno o dos grados cuando el mal causado fuera de extrema gravedad.

(106) En este sentido puede citarse una numerosa jurisprudencia, de las que pueden ser representativas las SSTs 31 enero 1976 (A. 249), 14 diciembre 1978 (A. 3953) o 20 junio 1980 (A. 2642).

(107) La jurisprudencia exige el ejercicio habitual y público de la profesión y que este ejercicio constituya su «modus vivendi», STS 25 junio 1980 (A. 2997), entre otras: en el mismo sentido, la sentencia examinada fundamenta la calificación en base a que Faustino «se dedicaba a tal actividad desde hacía muchos años».

(108) En este sentido, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976, p. 231; *el mismo*, *Adiciones de Derecho español al Tratado de Derecho Penal de Jescheck*, Barcelona, 1981, p. 808.

de tener «carácter técnico» (109) no debe conducir a excluir esta calificación cuando el deber infringido no sólo es exigible a un profesional, sino que también se le exigiría al hombre medio. El peligro que se crea al almacenar un producto tóxico, sin ninguna indicación, junto a productos utilizados en la elaboración de vinos es cognoscible por cualquier persona, aun cuando no conozca nada sobre vinos, lo que no debe excluir la calificación de negligencia, sino fundamentarla, pues siendo exigible a cualquiera, más ha de serlo para un profesional. La posibilidad de calificar los hechos resultantes como negligencia profesional, con la sustancial agravación de la pena que ello conlleva, justifica en mayor medida la no aplicación del art. 348 CP, cuyo único fundamento es la voluntad político-criminal de agravar la pena (110).

3. Para poder atribuir los resultados lesivos a esa negligencia profesional es necesaria la prueba de la relación de riesgo —juicio de imputación en sentido estricto—. Esta prueba no suscita excesivas dificultades en este caso. De los hechos probados se desprende que el mismo riesgo inherente a la venta para el consumo humano del vino conteniendo arseniato sódico es el que se ha realizado en la muerte o lesiones de los sujetos que ingirieron esa sustancia nociva (111). Que en el momento de la consumación sean las propias víctimas quienes beban voluntariamente el vino no puede excluir la imputación, ya que actúan en error invencible sobre el peligro que ello supone (112). A través del análisis sobre la exacta relevancia típica de los hechos examinados se ha podido advertir la especial idiosincracia de los delitos contra la salud pública y de las consecuencias que de ello se derivan cuando concurren con otros delitos de resultado. En primer lugar, es necesario hacer notar la amplitud del espectro de riesgo implícitos en el comportamiento típico de peligro, tanto la muerte como las diferentes modalidades de lesiones nos aparecen como previsibles *ex ante* y sólo algunos de estos riesgos se concretan en un resultado. La indeterminación del resultado como característica de la criminalidad imprudente, adquiere en este ámbito su mayor expresión, ya que las consecuencias lesivas que se deriven de la ingestión de una sustan-

(109) En este sentido, por todos, QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la culpa*, Barcelona, 1958, pp. 544-548.

(110) En este sentido, CASABÓ RUIZ, *El art. 348 CP*, en «Delitos contra la salud pública», Valencia, 1977, p. 141, propone la supresión del art. 348 y la aplicación de las disposiciones concursales generales respecto a la negligencia profesional y el delito contra la salud pública.

(111) Es precisamente la prueba de la relación de riesgo la que plantea las más serias, por no decir insalvables, dificultades en el controvertido caso de la colza, ya que en éste se desconoce si es el riesgo creado por las manipulaciones realizadas en el aceite el que causó las muertes y lesiones que se pretende imputar.

(112) La exclusión de la imputación por intervención posterior de terceros o de la víctima se discute únicamente cuando esta conducta es dolosa o imprudente, sobre ello, vid. CORCOY BIDASOLO, *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*, pp. 591 y ss.

cia nociva son difícilmente determinables no sólo *ex ante*, sino incluso *ex post*, lo que, para mi, fundamenta la especial peligrosidad de estas conductas. En el tráfico, poniendo por ejemplo el sector en que más se ha desarrollado el estudio de la delincuencia imprudente, el *momento de azar* del resultado, siendo elevado, está en cierta medida determinado en cuanto que, en el caso concreto, conocidas las circunstancias concurrentes, se puede delimitar, con un escaso margen de error, las consecuencias que se vendrán. Otra de las diferencias que se constatan entre ambos sectores es que en el sector del tráfico existe inmediatez temporal entre la creación del riesgo y los resultados lesivos, mientras que en el ámbito de los delitos contra la salud pública los resultados lesivos pueden surgir tras un lapso mayor o menor de tiempo, o incluso desconocerse que ciertos daños en la salud sean consecuencia de ese riesgo, lo que dificulta en gran medida su imputación. Esta afirmación no queda desvirtuada por el hecho de que en el tráfico de las lesiones inmediatas al comportamiento peligroso se deriven, en ocasiones, otras, los llamados «daños sobrevenidos» (113), ya que en este caso las lesiones iniciales sí se pueden imputar, en tanto que en el otro no puede imputarse nada. Y más aún en el caso de que se puedan imputar algunos resultados lesivos, éstos pueden coexistir con otros que sólo serán apreciables con posterioridad, mientras que en el tráfico los «daños sobrevenidos» recaen en las mismas víctimas que sufrieron las lesiones iniciales ya imputadas. Por otro lado, en el ámbito del tráfico el sujeto conserva, al menos en cierta medida, el control del riesgo, pudiendo, por esto mismo, *desistir* en cualquier momento de su comportamiento evitando de este modo el peligro de lesión. En los delitos contra la salud pública, como en el aquí examinado, una vez el sujeto ha creado el peligro, pierde el control de éste y para evitar que se convierta en lesión será necesario un comportamiento activo tendente a controlar el riesgo, lo que, por otro lado, no siempre será posible. Pensemos en el caso objeto de examen en el cual el bodeguero, con toda probabilidad, desconocía con exactitud la identidad de los compradores lo que conllevaría, en algunos casos, la imposibilidad de evitar la producción del resultado.

4. A lo anterior hay que añadir, por último, la distinta situación en que se encuentra el sujeto pasivo en unos y otros supuestos. En el tráfico, en numerosas ocasiones, la propia víctima en tanto advierte el peligro, tiene, al menos, la posibilidad de evitar la producción del resultado o al menos disminuir su gravedad. No sucede lo mismo en los otros supuestos en los que, como es un claro ejemplo la sentencia analizada, la víctima no advierte en ningún momento el peligro por lo que se encuentra completamente indefensa frente a esta

(113) Cfr. ROXIN, *Problemas básicos del Derecho Penal* (trad. Luzón Peña), Madrid, 1976, pp. 193 y ss.

clase de ataques a su vida o integridad física. Todas estas razones fundamentan, desde otra perspectiva (114), la naturaleza propia del bien jurídico «salud pública» en base a las especiales circunstancias que concurren en estos supuestos, lo que justifica, también, la punición de los comportamientos de esta clase con total independencia de que el comportamiento sea o no sea punible en relación con la existencia o no de resultados lesivos. Esta diferencia estructural justifica la no existencia en los delitos contra la salud pública de una cláusula concursal específica, equivalente a la prevista en el art. 340 bis a) 2 p^{ar}. Cuestión distinta es que en algunos supuestos, en los que *aparentemente* se realiza un tipo previsto en la sección segunda del Capítulo II del CP, se cree un riesgo totalmente determinado *ex ante*, en cuyo caso se podrá castigar en base a la imputación del eventual resultado lesivo y no como delito contra la salud pública. En algunos casos, como el del farmacéutico que vende Nembutal sin receta a dos jóvenes (115), se infringe formalmente el art. 343 bis, pero la lesión del bien jurídico salud pública (116) se realiza a través de un comportamiento que crea, al mismo tiempo, un riesgo concreto de lesión en relación con al vida de esos dos jóvenes (117), sin que existan otros riesgos distintos. En este otro supuesto de concurrencia de delito de peligro y lesión vemos cómo el delito de lesión absorbe el desvalor del delito de peligro. Con ello se confirma la injusticia que supone dar una solución unitaria para todos los posibles casos de concurrencia. En consecuencia, habrá que decidir, según las circunstancias del caso concreto, si la realización del tipo de peligro es real o *aparente*, según se dé, o no, un riesgo para otros sujetos distintos a aquellos sobre los que recae la lesión.

III.3. *Análisis de los distintos problemas concursales que se plantean en este supuesto*

1. Consecuencia directa de todo el planteamiento anterior es la solución que ha de entenderse como correcta en relación con la modalidad concursal aplicable en los supuestos de concurrencia de uno o varios delitos de resultado con uno de peligro, en general, y en este caso, en particular. El primer problema con el que nos encontramos al tratar de buscar una solución es que la teoría del concurso

(114) Vid. Supra II.1.3.

(115) STS 15 diciembre 1977 (A. 4898), lo mismo se puede aplicar en relación con las SSTS 10 abril 1948 (A. 566), 2 julio 1959 (A. 2711) o 26 febrero 1966 (A. 1007), en las que el farmacéutico confunde una sustancia por otra o la cantidad.

(116) Entendida la lesión del bien jurídico salud pública como imposibilidad de asegurar la integridad de los bienes jurídicos individuales.

(117) Con independencia de los problemas que en este caso concreto, en el que utilizaron la sustancia para suicidarse muriendo únicamente la joven, pueda plantear la imputación del resultado.

parte del delito doloso sin prestar excesiva atención a la especial idiosincracia del delito imprudente (118), como por lo demás sucede en muchos otros aspectos de la teoría del delito. En relación con el punto concreto que nos ocupa, hay un sector doctrinal que concibe estos supuestos como concurso de leyes entre el comportamiento típico de peligro y el de lesión, resultados de muertes y lesiones, por lo que se castigará únicamente el delito de lesión en virtud del principio de subsidiaridad (119). Uno de los argumentos utilizados parte de una interpretación de derecho positivo, fundamentando esta solución en la existencia, en relación con los delitos de peligro contra la seguridad en el tráfico, de una cláusula concursal específica en el art. 340 bis a), último párrafo (120); sin embargo, como hemos desarrollado Supra III, 2.3 y 2.4, el ámbito del tráfico y el de la salud pública no son idénticos, por lo que también puede interpretarse la existencia de esta cláusula en sentido opuesto. Es decir, en el sentido de que las específicas condiciones de la imprudencia en el tráfico hacen aconsejable tratar como concurso de leyes lo que, en supuestos análogos de delitos de peligro concurrentes con delitos de lesión, sería concurso de delitos. En la sentencia examinada la omisión de cualquier referencia a la posible existencia de un delito contra la salud pública, e incluso de la posibilidad de aplicar el art. 348, puede verse como aplicación tácita de esta doctrina, según la cual la aplicación del art. 565, en relación con los arts. 407 y 420, absorbe el desvalor del comportamiento típico inicial, siempre que éste sea imprudente, mientras que se califica como concurso ideal de delitos si la conducta inicial es dolosa (121). La decisión a favor de una u otra modalidad concursal dependerá de que se hayan lesionado o no distintos bienes

(118) Además muchas de las opiniones doctrinales y jurisprudenciales en este punto parten de consideraciones de Derecho positivo y podrían, por tanto, cambiar de llegar a aparecer un nuevo Código Penal (en todos los proyectos se prevé la regulación de la imprudencia como «*numerus clausus*»). Estas razones, junto a la multiplicidad de problemas que se plantean, hacen necesario un estudio en profundidad del tema por lo que las opiniones que mantengo en relación con los problemas concursales están condicionadas a este posterior análisis.

(119) En este sentido, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Valladolid, 1986, p.124; Díez RIPOLLÉS, II, *ADPCP*, 1983, p. 107.

(120) Vid. Díez RIPOLLÉS, II, *ADPCP*, 1983, p. 107 y nota 90; ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Barcelona, 1976, pp. 119 y ss.

(121) En este sentido, expresamente, SSTS 10 abril 1948 (A. 566), 2 julio 1959 (A. 2711) y 26 febrero 1966 (A. 1007), en base a que la conducta inicial no fue dolosa, mientras que las SSTS 17 noviembre 1970 (A. 4938), 28 marzo 1984 (A. 2299) y 19 octubre 1984 (A. 5020), aplican en estos casos concurso ideal entre el delito doloso de peligro y el imprudente de lesión. En el mismo sentido, CRAMER, en Schönke-Schröder, 23.^a ed., § 319, núm. 10; en el § 320, no se alude, lógicamente, a la posibilidad del concurso por no estar regulada la comisión imprudente del delito de peligro, sin embargo, en el § 315 c), núm. 45, en cuyo apartado 3) se prevé la comisión imprudente, se acoge la solución del concurso ideal.

jurídicos y de que el desvalor de una de las infracciones aprehenda o no todo el desvalor de los hechos concurrentes (122).

2. En la sentencia examinada veíamos que no sólo se lesionan bienes jurídicos distintos, salud pública por un lado y vida e integridad física por otro, sino que además no todo el desvalor del delito de peligro queda absorbido por el de lesión, ya que no todo el riesgo creado se realiza en los resultados de muertes y lesiones. Estaremos, por tanto, ante un concurso de delitos y no de leyes (123), sin que ello sea aplicable *en todo caso* frente a la concurrencia de un delito de peligro y otro/s de lesión, siendo necesario distinguir en el caso concreto, según la infracción del delito contra la salud pública sea aparente o real (124). En supuestos como el examinado, el castigo *únicamente* como delito de resultado imprudente se deriva de la falta de instauración de una conciencia colectiva sobre la autonomía del bien jurídico salud pública, quedando el delito de peligro como forma de adelantar la protección de los bienes jurídicos individuales, razón por la que hemos tratado de probar en esta sede, desde distintas perspectivas, la naturaleza propia de este bien jurídico (125). La calificación de estos hechos exclusivamente como homicidio y lesiones imprudentes supone castigar como iguales supuestos distintos, atentando al principio de igualdad (126) al no tener en cuenta, que junto a las lesiones a la vida y la integridad física, coexiste la lesión de la salud pública. El desconocimiento del contenido de injusto propio de estas conductas es rechazable también por razones de política criminal, ya que es contrario a la justicia y a la función preventiva del Derecho penal el esperar a que se produzca una catástrofe —colza— para utilizar este derecho como instrumento de escarmiento público, en el sentido más clásico de la retribución, con una infracción clara del principio de culpabilidad.

3. Con el castigo de los comportamientos típicos de peligro dolosos o imprudentes como delitos autónomos, no sólo se cumple con la función preventiva del Derecho penal, sino que se adecúan también al principio de culpabilidad, que se ve muchas veces conculcado cuando como consecuencia de no haber intervenido el Derecho penal cuando

(122) Cfr. MIR PUIG, *DP, PG*, 2.^a ed., pp. 599 y 604.

(123) En este sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, *Comentarios*, T. V, vol. 2.º, p. 825, entiende que las muertes culposas derivadas de fraudes también culposos se castigarán conforme al art. 71 por atentar contra el bien jurídico salud pública además de a la vida de las personas concretas; en sentido similar, BUSTOS RAMÍREZ, *DP, PG*, p. 287; LORENZO SALGADO, *Documentación Jurídica*, 1983, p. 964.

(124) Vid. *Supra* III.2.4.

(125) Lo que no quiere decir que en todos los delitos de peligro se protejan bienes jurídicos autónomos, ya que esta segunda afirmación necesita un examen previo de cada uno de ellos, pues como vimos *Supra* III.2.3., en relación con el tráfico, no siempre es tan clara esta afirmación.

(126) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, p. 172, afirma que al aplicar exclusivamente la imprudencia se está infringiendo el principio de justicia.

debió hacerlo, interviene en un momento posterior infringiendo toda clase de principios. Por otro lado, la mayor gravedad de la pena que se deriva de la aplicación del concurso de delitos sirve para dejar sin justificación alguna la existencia de delitos cualificados por el resultado (127). Respecto a la clase de concurso de delitos aplicable a primera vista podría parecer que si en el momento de la elaboración del vino se consuma el tipo del art. 346 CP y los resultados lesivos posteriores se imputan al riesgo creado por la venta del vino, estaríamos ante un concurso real y no ideal. Y sería así si el riesgo creado por la venta del vino no estuviera ya implícito en el momento de la elaboración. En tanto la relevancia típica del momento de la elaboración depende de que la sustancia esté destinada al consumo, la respuesta ha de ser negativa y aplicar concurso ideal. Esta solución resulta abonada, en este caso, por el hecho de que los dos comportamientos se realicen con culpa inconsciente, siendo común a ambos el fundamento de la infracción del deber subjetivo de cuidado: el almacenamiento consciente e indebido de la sustancia tóxica (128). La realización del tipo por culpa consciente o inconsciente puede tener, por tanto, relevancia en la decisión a favor del concurso ideal o real, ya que si el sujeto advierte el peligro que crea con la elaboración y pese a todo procede a la venta, en la que consecuentemente conocerá el concreto peligro que crea, existe no sólo una doble y distinta infracción del deber objetivo de cuidado, sino también doble infracción *real* y no *ideal* del deber subjetivo de cuidado y, por tanto, dos hechos típicos y no uno sólo.

4. Por último, hay que hacer referencia al problema concursal que plantea la existencia de múltiples resultados lesivos.—once muertes y trescientas treinta y cinco personas más o menos afectadas en su salud o integridad corporal—. La jurisprudencia, al atribuir un carácter sustancial a la cláusula genérica del art. 565 y no de técnica legislativa, concibe la imprudencia como «crimen culpae» (129) y, en consecuencia, admite generalmente un único delito de imprudencia en estos supuestos, tal y como sucede en la sentencia examinada (130). En alguna sentencia se niega expresamente la posibilidad de aplicar

(127) Vid. Supra III.2.2 y nota 110.

(128) Vid. Supra III.2.2. Sobre la relevancia que puede tener la existencia de culpa consciente o inconsciente en relación con la modalidad concursal aplicable volveremos Infra III.3.4.

(129) Sobre las críticas a esta concepción jurisprudencial, vid., por todos, TORO LÓPEZ, *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*, «ADPCP», 1972, pp. 57 y ss.

(130) Un sector doctrinal, pese a rechazar la tesis del «crimen culpae», llega al mismo resultado negando la posibilidad de aplicar concurso en los delitos imprudentes, en este sentido, CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, II, Barcelona, 1972, p. 351; VIVES ANTÓN, *La determinación de la pena en la imprudencia punible*, «CPC», 3, 1977, pp. 188; en sentido similar desde una nueva perspectiva, MIR PUIG, *Sobre el tipo subjetivo del concurso de delitos. Comentario a la STS 20 abril 1985*, «ADPCP», 1987, pp. 207-208.

concurso real o ideal de delitos (131) y, en el mismo sentido, en otras afirma que «...si por acto típico antijurídico por imprudencia se derivan varios resultados lesivos se castigará por el más grave, esto confirma el “crimen culpae”, para imponer la pena se refunden los resultados» (132). La tesis favorable a la aplicación del concurso de delitos se fundamenta en la existencia de previsibilidad objetivo-subjetiva *ex ante*, es decir, en que el peligro creado era suficiente y adecuado para la producción de todos los resultados lesivos efectivamente producidos. Si se acepta esta tesis falta por decidir si se trata de un concurso ideal o real (133). En esta decisión considero determinante, junto a los habituales criterios de distinción entre concurso real o ideal (134), el dato de que nos encontremos ante un supuesto de imprudencia con culpa consciente o inconsciente, pese a que a esta distinción sólo se le ha otorgado relevancia en relación con la distinción culpa consciente-dolo eventual (135). En un supuesto de culpa consciente la tesis del concurso real es la más adecuada y mucho más en este caso en el que la venta no se produce en un único momento, sino en varios, creando en cada uno de ellos un peligro efectivo de lesión para el comprador. Sin embargo, al tratarse de un caso de culpa inconsciente, nos encontramos con que el fundamento de la infracción del deber subjetivo de cuidado es único abonando la tesis del concurso ideal, en el mismo sentido que vimos al examinar la relación concursal entre el delito de peligro y de lesión.

5. No desconozco que las mayores y más fundamentadas críticas a la aplicación del concurso de delitos en este supuesto, y en otros análogos, son consecuencia de consideraciones de Derecho positivo. La actual regulación de la imprudencia en el Código Penal como «*numerus apertus*» dificulta la admisión de este planteamiento. Sin embargo, no hay que olvidar que en todos los proyectos de Código realizados hasta la fecha se prevé la reforma de la imprudencia que quedará tipificada como «*numerus clausus*», con lo que de *lege ferenda* estas objeciones resultarían subsanadas. De *lege lata* estos problemas ya no se plantean respecto a la aplicación de concurso de delitos entre el delito contra la salud pública y los de lesión al estar prevista una cláusula específica de imprudencia respecto al primero.

(131) STS 8 noviembre 1978 (A. 3419).

(132) STS 16 junio 1981 (A. 2744).

(133) MIR PUIG, *El delito de coacciones en el Código Penal español*, RJCat 1977, pp. 811-812; *el mismo*, DP, PG, 2.ª ed., pp. 598-599, se inclina por la tesis del concurso real en los casos de concurso ideal homogéneo y de delitos dolosos; en el mismo sentido, COBO/VIVES, DP, PG, 2.ª ed., p. 533. En relación con los delitos imprudentes, SILVA SÁNCHEZ, *La Ley*, 30 de septiembre de 1988, p. 2 y nota 23, parece inclinarse por el concurso real, aunque con reservas dada la elevada sanción que se deriva del principio de acumulación material y acumulación jurídica; en sentido contrario, SANZ MORÁN, *El concurso de delitos*, p. 140.

(134) Por todos, vid. MIR PUIG, DP, PG, 2.ª ed., pp. 590 y ss.

(135) Esta distinción se propuso Supra III.3.1, como argumento a favor de aplicar concurso ideal entre el delito de peligro y el de resultado.

Jurisprudencia Constitucional

**PUBLICADA EN NOVIEMBRE Y DICIEMBRE DE 1988 Y CON
APLICACION EN MATERIA PENAL**

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR GARCIA
Universidad Autónoma. Madrid

I. CONSTITUCION

ARTÍCULO 14

Principio de igualdad

«Como reiteradamente ha venido declarando este Tribunal desde su STC 8/1981, de 30 de marzo, dicho derecho, en su manifestación formal de igualdad en la aplicación de la ley, exige que el mismo órgano judicial no modifique arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales; de manera que si bien puede válidamente apartarse de sus precedentes y alterar la orientación de su propia jurisprudencia, es preciso que para ello aporte la correspondiente justificación, ofreciendo una fundamentación suficiente y razonable o, que en ausencia de tal motivación expresa, resulte patente que la diferencia de trato tiene su base en un efectivo cambio de criterio interpretativo por desprenderse así de la propia resolución judicial o por existir otros elementos externos que así lo indiquen (entre otras, SSTCS 103/1984, de 12 de noviembre; 127/1984, de 26 de diciembre; 14/1985, de 1 de febrero; 49/1985, de 28 de marzo; 57/1985, de 29 de abril; 140/1985, de 21 de octubre; 166/1985, de 9 de diciembre; 62/1986, de 30 de abril; 25/1987, de 26 de febrero; 48/1987, de 22 de abril; 101/1987, de 15 de junio, y 108/1988, de 8 de junio).

Aplicando la doctrina expuesta al supuesto de autos, se comprueba, por una parte, que efectivamente la misma Sala Segunda del Tribunal Supremo en las Sentencias que la demandante de amparo y el Ministerio Fiscal ofrecen como término comparativo, las de 11 de julio de 1985, de 18 de septiembre y 26 de diciembre de 1986 y 22 de abril de 1987, así como en otras que conforman una línea jurisprudencial, como las de 3 de mayo y 1 de junio de 1987, admitió a trámite y permitió plantear en casación por la vía del artículo 849.1 LECr la responsabilidad directa de compañías de seguros por seguro voluntario de vehicu-

los de motor, analizando y decidiendo sobre supuestas infracciones de los artículos 1, 73 y 76 LCS, de 8 de octubre de 1980, y los artículos 1.091, 1.255 y 1.281 CC, y, por otra parte, que el Auto recurrido en el presente amparo rechaza la idoneidad de esos mismos preceptos, invocados entre otros por la actora para fundamentar su recurso de casación por infracción de ley, previsto en el indicado artículo 849.1 LECr, sin que la resolución adoptada exprese ni permita inferir la razón de la diferente decisión adoptada con relación a dichos supuestos esencialmente coincidentes. A la luz de las decisiones citadas ha de concluirse que la que ahora se recurre constituye una ruptura injustificada de una doctrina continua y mantenida antes y después de la resolución impugnada, ya que se ha excluido a la recurrente, sin que se aduzca razón alguna para ello, del criterio general seguido en la aplicación de la ley. Y, dada la permanencia y mantenimiento de ese criterio, el apartamiento del mismo sin motivación alguna ha de considerarse, según lo señalado más arriba, una vulneración del principio de igualdad proclamado en el artículo 14 CE al no resultar fundamentada la diferencia de trato recibida y el apartamiento del criterio constante de la Sala juzgadora.»

(Sentencia núm. 185/88, de 14 de octubre. RA 373/87.—«BOE» de 7 de noviembre de 1988.—Ponente: Luis López Guerra.)

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva

V. Sentencia núm. 196/1988, de 24 de octubre, sobre —*Motivación de las sentencias*— Artículo 124 CE.

Derecho a la tutela judicial efectiva. Principio de contradicción

«El examen de la cuestión en los términos expuestos ha de partir necesariamente de la jurisprudencia consolidada de este Tribunal, según la cual constituye elemento integrante del contenido de la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), no sólo el acceso al proceso y a los recursos que las leyes establecen, sino también el derecho a la defensa, que implica la posibilidad de un juicio contradictorio en el que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos. De manera que adquiere una indudable relevancia constitucional el deber que incumbe a los órganos judiciales, de hacer posible que las partes puedan adoptar la conducta procesal que estimen más conveniente, y, fundamentalmente, de garantizar la audiencia de las mismas mediante los oportunos actos de comunicación (citaciones y notificaciones) establecidos por la ley procesal. Sólo la incomparecencia por voluntad expresa o tácita, o por negligencia imputable, puede justificar una resolución *inaudita pars*, según han señalado, entre otras, las SSTC 112/1987, de 2 de julio, y 66/1988, de 14 de abril.

En concreto, la falta de citación, ya sea por error o por otra causa no atribuible a la parte afectada, para ser oído en un acto o trámite de tanta importancia como el de la vista de un recurso penal, donde han de alegarse las razones que fundamentan la defensa de los acusados, entraña no sólo una infracción de la

ley ordinaria, sino la vulneración del principio de contradicción inherente a la tutela judicial efectiva en su aspecto más esencial, y en este sentido resulta merecedora de amparo constitucional (STC 114/1986, de 2 de octubre).»

(Sentencia núm. 222/88, de 24 de noviembre. RA 493/86.—«BOE» de 22 de diciembre de 1988.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a los recursos

«Con carácter general, este Tribunal (SSTC 19/1983, de 14 de marzo; 61/1983, de 21 de julio; 57/1984, de 8 de marzo; 70/1984, de 11 de junio; 60/1985, de 6 de mayo; 36/1986, de 12 de marzo; 87/1986, de 27 de junio; 117/1986, de 13 de octubre, y 3/1987, de 21 de enero, entre otras), ha reiterado que el derecho a la tutela judicial efectiva, que garantiza el artículo 24.1 CE, comprende el derecho a utilizar los recursos ordinarios y extraordinarios, incluido el de casación en los supuestos y con los requisitos legalmente previstos. Y, si bien la decisión sobre el cumplimiento de dichos requisitos y la comprobación en cada caso de la concurrencia de las exigencias materiales y formales para la admisión del recurso es competencia jurisdiccional atribuida por el artículo 117.3 CE al correspondiente órgano judicial ordinario, esto es, a la Sala Segunda del Tribunal Supremo cuando se trata del recurso de casación penal, sin embargo, es propio de la jurisdicción constitucional, a través del recurso de amparo, preservar el indicado derecho fundamental evitando que la imposición de formalismos enervantes o una interpretación de las normas que regulan las exigencias formales del recurso, claramente desviada de su sentido y finalidad, impidan la obtención de un pronunciamiento sobre el fondo de la impugnación suscitada.»

(Sentencia núm. 185/88, de 14 de octubre. RA 373/87.—«BOE» de 7 de noviembre de 1988.—Ponente: Luis López Guerra.)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Indefensión

«Según constantes y reiteradas resoluciones de este Tribunal, cuya abundancia hace innecesarias citas concretas, el derecho a la no indefensión, reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, significa que ha de respetarse el principio de contradicción, que garantiza el acceso al proceso en defensa de derechos e intereses legítimos, y, dentro de éste, el ejercicio de las facultades de alegar, probar e intervenir la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla.

Esta última garantía de intervención de la prueba resulta, obviamente, limitada por la declaración del secreto sumarial, en virtud de la cual se suspende temporalmente la misma, impidiendo a la parte conocer e intervenir la prueba que se practique durante el período en que se mantiene el secreto de las actuaciones sumariales.

Tal limitación no supone, sin embargo, y así lo reconoce expresamente la propia demandante, violación del derecho de defensa, pues éste encuentra su límite en el “interés de la justicia”, valor constitucional que en nuestro ordenamiento se concreta en el artículo 302 LECr, norma que autoriza al Juez a suspender

temporalmente el derecho que a las partes concede el propio artículo de tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento.

La constitucionalidad de esta medida de secreto del sumario y su compatibilidad con los derechos fundamentales en que pueda incidir han sido reconocidos en la Sentencia 13/1985, de 31 de enero, la cual, aunque relativa a distinto derecho fundamental que el aquí implicado, contiene una doctrina que nos permite afirmar, en el ámbito de éste, que esa compatibilidad con el derecho a la no indefensión requiere, como condición esencial, que el secreto de las actuaciones judiciales venga objetiva y razonablemente justificada en circunstancias evidenciadoras de que la medida resulta imprescindible para asegurar la protección del valor constitucional de la justicia, coordinándolo con el derecho de defensa de las partes de tal forma que, una vez cumplido tal fin, se alce el secreto, dando a las partes, bien en fase sumarial posterior o en el juicio plenario, la oportunidad de conocer y contradecir la prueba que se haya practicado durante su vigencia o proponer y practicar la prueba pertinente en contrario.

En un nivel de mayor concreción el secreto sumarial tiene por objeto impedir que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación en su objetivo de averiguación de la verdad de los hechos y constituye una limitación del derecho de defensa, que no implica indefensión, en cuanto que no impide a la parte ejercitarlo plenamente, cuando se deja sin efecto el secreto por haber satisfecho su finalidad.

De ello se desprende que, en principio, el tiempo de duración del secreto del sumario no es dato relevante en orden a apreciar resultado de indefensión, ya que éste depende no del plazo en que se mantenga el secreto, sino de la ausencia de justificación razonable del mismo y de que no se conceda oportunidad posterior para defenderse frente a las pruebas que en él hayan sido practicadas.»

V. Declaración del secreto del sumario —artículo 302 LECr.

(Sentencia núm. 176/88, de 4 de octubre. RA 514/87.—«BOE» de 5 de noviembre de 1988.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

ARTÍCULO 24.2.

Derecho a la defensa y a la asistencia de Letrado

«El artículo 24.2 de la Constitución establece que todos tienen derecho ‘a la defensa y a la asistencia de Letrado’. Como recuerda la STC 42/1982, de 5 de junio, se trata de un derecho que no ha sido incorporado al ordenamiento por nuestra Constitución, pues nuestro Derecho lo conocía ya de antaño y en su regulación tradicional era fácil percibir la conexión existente entre este derecho y la institución misma del proceso, cuya importancia decisiva para la existencia del Estado de Derecho es innecesario subrayar. Las normas existentes sobre asistencia letrada, sigue afirmando esa Sentencia, han de ser reinterpretadas y completadas de conformidad con la Constitución y en ningún caso cabe transformar

un derecho fundamental que es simultáneamente un elemento decisivo del proceso penal en un mero requisito formal, que pueda convertirse en obstáculo insalvable para tener acceso a una garantía esencial, como es la del recurso.

En consecuencia resulta claro que nuestro ordenamiento garantiza constitucionalmente el derecho a la defensa técnica de la parte, a través de un profesional de la abogacía. pese a que en el artículo 6.3 c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos el derecho a la asistencia de Letrado aparece como alternativo al derecho a la defensa por uno mismo, el artículo 24.2 de nuestra Constitución no permite que se prive al acusado de la asistencia de Abogado por el motivo de que le estuviese reconocida la posibilidad de defenderse por sí mismo, derecho que existe aún en aquellos procesos en los que no es preceptiva la defensa por medio de Letrado, y cuando la parte lo estime conveniente para la defensa de sus derechos.

El artículo 24.2 de la Constitución garantiza así la posibilidad de la asistencia técnica y profesional efectiva del Abogado en el desarrollo del proceso, muy en particular en el caso del proceso penal, asegurando la contradicción y suprimiendo todo obstáculo para la defensa mediante el Letrado de la parte, sin que pueda constreñirse u obligarse a la parte a defenderse por sí misma. El derecho a la asistencia de Letrado es, en principio, como puntualiza el artículo 6 del Convenio Europeo, el derecho a la asistencia de un Letrado de la propia elección del justiciable y a su cargo. Requiere, por tanto, la posibilidad de contacto con un Abogado y de que éste pueda acceder a las distintas fases del juicio para llevar a cabo la defensa técnica del cliente. Por ello, como regla general, asegura la posibilidad de defensa por Abogado, impidiendo que el órgano judicial obstaculice o dificulte esa posibilidad de utilización de Abogado. Como recuerda la STC 30/1981, de 24 de julio, el derecho a la defensa y asistencia de Letrado, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución, «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».

El carácter obligatorio o facultativo de la asistencia de Letrado tiene reflejo muy directo en el doble aspecto de derecho y obligación de la postulación y defensa del Abogado, pues la obligación de la parte de tener un defensor acentuará la obligación de los poderes públicos de garantizar un defensor a la parte. A diferencia del proceso civil en que la defensa de oficio aparece como consecuencia y derivada del beneficio de pobreza en el proceso penal cuando el imputado deba ser asistido o defendido preceptivamente por Letrado en determinadas fases del procedimiento, se establece el nombramiento de oficio cuando aquél no lo haya designado y ello independientemente de la situación económica de aquél.»

(Sentencia núm. 216/88, de 14 de noviembre. RA 956/87.—«BOE» de 12 de diciembre de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

Principio acusatorio

«El recurrente en su escrito de alegaciones señala también que se ha producido una infracción del principio acusatorio, pues fue condenado a una multa de 7.500 pesetas, cuando el Fiscal solicitó una multa de 2.000 pesetas. Sin embargo, y

aparte de que esta pretensión se formula *ex novo* en el escrito de alegaciones, pues no figura en la demanda, no existe por este motivo vulneración del principio acusatorio, ya que se le condena por la misma falta que fue acusado, la tipificada en el artículo 570.5 CP, pudiendo el Juez aplicar la pena que estime oportuna, siempre que esté prevista en la ley penal para el delito o falta por el que se pronuncia la condena, según ya ha declarado este Tribunal en repetidas ocasiones.»

(Sentencia núm. 189/88, de 17 de octubre. RA 700/86.—«BOE» de 7 de noviembre de 1988.—Ponente: Angel Latorre Segura.)

V. Sentencia núm. 202/88, de 31 de octubre, sobre —*Juicio de Faltas. Reformatio in peius*— Artículos 977 LECr y 13 y 15 del Decreto de 21 de noviembre de 1952.

Principio acusatorio. Juicio de faltas

«El recurso del Ministerio Fiscal plantea una cuestión sobre la que este Tribunal ha emitido una doctrina firme y constante, la de la aplicación del principio acusatorio al juicio de faltas; cuestión reiteradamente resuelta en un sentido afirmativo, entre otras, por nuestras SSTC 54/1985, de 18 de abril; 84/1985, de 8 de junio; 6/1987, de 28 de enero; 15/1987, de 11 de febrero, y 202/1988, de 31 de octubre.

El artículo 24 de la Constitución, al reconocer el derecho a la tutela judicial efectiva, en su apartado primero, y a conocer la acusación de que se es objeto para poder defenderse, en su párrafo segundo, impone que también en el juicio de falta se cumpla con plenitud, con mayor motivo, el principio acusatorio. Además de satisfacer los derechos a la tutela judicial efectiva y al de defensa ante imputaciones conocidas, el principio acusatorio permite situar al Juez en la posición de imparcialidad desde la que debe ejercer su función de administrar justicia. El artículo 24 de la Constitución no permite que ningún Juez penal juzgue *ex officio*, esto es, sin previa acusación formulada por quien tenga legitimación para ello, exigencia que tiene también plena vigencia en los juicios de faltas.

En el presente caso, tanto el Juez de Distrito como el de Instrucción han considerado que no regía el principio acusatorio en el juicio de faltas. En ninguna de las dos instancias el Ministerio Fiscal formuló imputación alguna, dado que no consideraba suficientemente manifiestos los hechos. Per es que, además, el perjudicado no compareció a la vista de la primera instancia y permaneció callado en la de la apelación, como ponen expresamente de manifiesto las respectivas actas. En definitiva, sea por unas razones o por otras, no se formuló en el juicio de faltas, del que la presente demanda trae causa, acusación alguna. De ello es plenamente consciente el juzgador de instancia cuando en el único considerando de su resolución literalmente afirma “que en el juicio de faltas, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no rige el principio acusatorio, por lo que el Juez no está vinculado por la petición absolutoria del Fiscal”.

Dejando de lado que pierde peso específico obviamente, una afirmación que se remita a la jurisprudencia de un Tribunal sin incluir las correspondientes referencias, no es menos cierto que, como se puso de relieve en nuestras anteriores SSTC 54/1985 y 84/1985, ni esa es la jurisprudencia del Tribunal Supremo a

partir de la reforma de la entonces llamada Justicia Municipal operada desde 1984, ni cabe desconocer que desde esa fecha se opera en esa rama jurisdiccional con Jueces y Fiscales profesionales, que desde la entrada en vigor de la Constitución forman un único cuerpo con el resto de Jueces y Fiscales.

A este respecto es clara la doctrina de este Tribunal cuando en la reciente STC 202/1988, antes mencionada, se reitera una vez más que "no es dable dudar, ni mucho menos negar, que el juicio de faltas está gobernado por el principio acusatorio", el cual no ha sido observado en las resoluciones recurridas, lo que implica violación del derecho garantizado en el artículo 24.1 de la Constitución.»

(Sentencia núm. 255/88, de 28 de noviembre. RA 281/87.—«BOE» de 22 de diciembre de 1988.—Ponente: Antonio Truyol Serra.)

Derecho a un proceso público

«De acuerdo con la doctrina establecida en la Sentencia 62/1982, de 15 de octubre, al alcance y contenido del derecho a un proceso público garantizado por el artículo 24.2 de la Constitución, debe determinarse a partir del artículo 10.2 de la propia Constitución, en virtud del cual los derechos fundamentales y las libertades políticas se insertan en un contexto internacional que impone interpretar sus normas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España.

En este sentido debemos nuevamente recordar que el derecho a un proceso público en materia penal se encuentra reconocido en los artículos 11 de dicha Declaración Universal, 14 del Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, y 6 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950. Estos textos, y especialmente el último citado, en la interpretación realizada por las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dictadas en los casos Pretto y Axen el 8 de diciembre de 1983 y Sutter el 22 de febrero de 1984, permiten afirmar que desde su perspectiva de garantía de los justiciables contra una justicia secreta que escape a la fiscalización del público, el principio de publicidad no es aplicable a todas las fases del proceso penal, sino tan sólo el acto oral que lo culmina y al pronunciamiento de la subsiguiente Sentencia, pues así lo abonan los términos en que vienen redactados los citados artículos 14 del Pacto y 6 del Convenio, y así bien explícitamente lo declara la última de las mencionadas Sentencias, en la cual, después de constatar la diversidad que presenta dicho principio en los sistemas legislativos y prácticas judiciales de los Estados miembros del Consejo de Europa, hace referencia exclusiva a la celebración de las vistas y el pronunciamiento de los fallos.

La aplicación de estas consideraciones a nuestro proceso penal, en el que se distingue una fase preparatoria de instrucción y una posterior fase plenaria, que finaliza con el acto solemne del juicio oral y el posterior pronunciamiento de la Sentencia, nos conduce a la conclusión de que el derecho al proceso público del artículo 24.2 de la Constitución, como garantía de los justiciables, sólo es de aplicación, además de a la Sentencia, al proceso en sentido estricto, es decir, al juicio oral en el que se producen o reproducen las pruebas de cargo y descargo y se formulan las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y la defensa,

pues únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad.

El derecho que tienen las partes personadas a intervenir en las actuaciones judiciales de instrucción no confiere al sumario el carácter de público en el sentido que corresponde al principio de publicidad, sino que es tan sólo manifestación del derecho de defensa del justiciable, debiendo, por tanto, mantenerse que el secreto del sumario, mediante el cual se impide a éste conocer e intervenir en la práctica de las pruebas sumariales, pueda entrañar una vulneración del citado derecho de defensa, pero en nada afecta al derecho a un proceso público que al propio justiciable garantiza la Constitución.»

V. Declaración de secreto del sumario —Artículo 302 LECr.

(Sentencia núm. 176/88, de 4 de octubre. RA 514/87.—«BOE» de 5 de noviembre de 1988.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

«El artículo 24.2 de la Constitución, empleando la expresión utilizada por el artículo 14.3 c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, reconoce el derecho al proceso sin dilaciones indebidas, que es similar, según se ha ya declarado en la STC 5/1985, de 23 de enero, al que consagra bajo la fórmula de “derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable”, el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Políticas aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950, ratificado por España en Instrumento publicado en el “Boletín Oficial del Estado” de 10 de octubre de 1979.

El valor interpretativo de estos tratados y acuerdos viene expresamente sancionado en el artículo 10.7 de nuestra Constitución, habiendo sido igualmente reconocido por nuestra doctrina constitucional, de manera reiterada y constante, el valor que a estos efectos tiene la jurisprudencia pronunciada por el TEDH.

Conforme a ello procede resolver en caso aquí debatido de acuerdo con las líneas maestras del concepto y contenido de la expresión “plazo razonable” —equivalente, según se ha dicho, a la de “sin dilaciones indebidas”— que ha diseñado dicho Tribunal Europeo a través de un progresivo proceso de profundización que se inicia, entre otras, con las Sentencias Wemhif, de 27 de junio de 1968; Neumeister, de la misma fecha; Ringelsen, de 6 de julio de 1971, y König, de 28 de julio de 1978, se continúa con las dictadas en el caso Buchholz, de 6 de mayo de 1981, y en el caso Foti y otros, de 10 de diciembre de 1982, y se culmina con la Zimmermann y Steiner, de 13 de julio de 1983, las cuales forman un conjunto doctrinal que ha sido ya asumido por este Tribunal en Sentencia de las que merecen destacarse la 36/1984, de 14 de marzo, y 5/1985, de 23 de enero.

Siguiendo dicha doctrina, debe aquí reiterarse que la frase “sin dilaciones indebidas” empleada por el artículo 24.2 de la Constitución expresa un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido concreto debe ser obtenido mediante la aplicación, a las circunstancias específicas de cada caso, de los criterios objetivos que sean congruentes con su enunciado genérico e identificar, como tales, la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en aquél arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y la conducta de las autoridades. De acuerdo con esta doctrina, la solución del supuesto debatido depende del resultado que se obtenga de la aplicación de estos criterios a las circunstancias en él concurrentes.

Este origen de la dilación indebida plantea el problema de determinar si el ámbito protector del derecho fundamental invocado incluye tan sólo acciones u omisiones debidas a negligencia imputables al titular del órgano judicial o comprende también las que tienen su causa última en defectos de organización o carencias estructurales.

Siguiendo uno de los postulados de alcance general sentado por el TEDH en la Sentencia del Caso Delcourt, de 17 de enero de 1970, debemos afirmar que en una sociedad democrática el derecho a la recta y eficaz administración de justicia ocupa un lugar de tal preeminencia que una interpretación restrictiva del derecho al proceso sin dilaciones indebidas, garantizado por el artículo 24.2 de la Constitución, no corresponderá al sentido y al objeto de este precepto, postulado éste que igualmente se obtiene del principio de interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, consagrado reiteradamente por nuestra doctrina constitucional, que impide restringir al alcance y contenido del anteriormente citado con base en distinciones sobre el origen de la dilación indebida, que el propio precepto constitucional no establece.

Además, el derecho invocado en este recurso es de naturaleza prestacional y ello supone que los Jueces y Tribunales deban cumplir su función jurisdiccional de garantizar la libertad, la justicia y la seguridad con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, evitando dilaciones indebidas que quebranten la efectividad de su tutela, pero este deber judicial, impuesto por la Constitución, no puede ser cumplido, cualquiera que sea el esfuerzo y dedicación de los Jueces y Tribunales, si los órganos judiciales no disponen de los medios materiales y personales que sean necesarios para satisfacer el derecho de los litigantes a una pronta respuesta de la jurisdicción a sus pretensiones procesales.

Excluir, por tanto, del derecho al proceso sin dilaciones indebidas las que vengan ocasionadas en defectos de estructura de la organización judicial sería tanto como dejar sin contenido dicho derecho frente a esa clase de dilaciones, y en este sentido se han pronunciado la STC 36/1984, de 14 de mayo, de conformidad con lo declarado por el TEDH en la Sentencia de 13 de julio de 1983, dictada en el caso Zimmermann y Steiner. en la primera se dice que “el abrumador volumen de trabajo que pesa sobre determinados órganos judiciales... puede exculpar a los Jueces y Magistrados de toda responsabilidad personal por los retrasos con que las decisiones se producen, pero no priva a los ciudadanos de reaccionar frente a tales retrasos, ni permite considerarlos inexistentes”, y en la segunda se establece que existe violación del artículo 6.1 del Convenio —que reconoce, según se deja dicho, derecho sustancialmente idéntico al del proceso sin dilaciones indebidas del artículo 24.2 de la Constitución— cuando la situación

de retraso en el despacho de los asuntos por exceso de trabajo se prolonga por insuficiencia de medios que afecta a la estructura del órgano.»

(Sentencia núm. 223/88, de 24 de noviembre. RA 787/78.—«BOE» de 22 de diciembre de 1988.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

Presunción de inocencia

«Desde su STC 31/1981, 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” (artículo 741 LECr), esta apreciación en conciencia ha de hacerse sobre la base de una actividad probatoria que pueda estimarse de cargo, pues sólo la existencia de tal actividad puede servir para desvirtuar la presunción de inocencia que beneficia a toda persona. No basta, por tanto, con que se haya practicado alguna prueba e incluso que se haya practicado con gran amplitud; es preciso que el resultado de la misma sea tal que pueda racionalmente considerarse “de cargo”, es decir, que los hechos cuya certeza resulta de la prueba practicada, acrediten la culpabilidad del acusado.

El Tribunal ha precisado también (SSTC 174/1985 y 175/1985) que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que ésta pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados —no puede tratarse de meras sospechas— y el órgano judicial debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el procesado realizó la conducta tipificada como delito. Exigencia esta última que deriva también del artículo 120.3 de la Constitución, según el cual las Sentencias deberán ser siempre motivadas, y del artículo 24.1 de la misma, pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar 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. Finalmente, ha señalado que la versión de los hechos ofrecida por el inculpado constituye un dato que el Juzgador debe tener en cuenta, pero que ni aquél tiene por qué demostrar su inocencia, ni el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba debe servir para considerarlo culpable.

En definitiva, si existe prueba indiciaria, el Tribunal de Instancia deberá precisar, 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 modo que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de tales indicios. Es necesario, pues —frente a lo que sostiene la Audiencia en el considerado segundo de su Sentencia—, que el órgano judicial explicite no sólo las conclusiones obtenidas, sino también los elementos de prueba que conducen a dichas conclusiones y el *iter* mental que le ha llevado a entender probados los hechos constitutivos del delito, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y coherencia del proceso mental seguido y constatar que el Tribunal ha formado su convicción sobre una prueba de

cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia y, una vez alegada en casa-ción la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al Tribunal Supremo incumbe analizar no sólo si ha existido actividad probatoria, sino si ésta puede considerarse de cargo, y, en el caso de que exista prueba indiciaria, si cumple con las mencionadas exigencias constitucionales.»

(Sentencia núm. 229/88, de 1 de diciembre. RA 512/85.—«BOE» de 23 de diciembre de 1988.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

ARTÍCULO 120.3

Motivación de las resoluciones judiciales

«La motivación de las resoluciones judiciales no sólo viene impuesta por el artículo 24.1 de la Constitución, pues su conocimiento ha de ser el punto de partida para la posible revisión de las mismas a través de los recursos legales, sino que es también una exigencia expresamente establecida por el artículo 120.3 de la Constitución. Pero tal necesidad de motivación no excluye la posible economía de los razonamientos, ni que éstos sean escuetos, sucintos o incluso expuestos de forma impresa o por referencia a los que ya constan en el proceso. Lo importante es que guarden relación y sean proporcionados y congruentes con el problema que se resuelve y que, a través de los mismos, puedan las partes conocer el motivo de la decisión a efectos de su posible impugnación y permitan a los órganos judiciales superiores, ejercer la función revisora que les corresponde.»

(Sentencia núm. 184/88, de 13 de octubre. RA 1305/86.—«BOE» de 7 de noviembre de 1988.—Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral.)

«La exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE, no supone que aquéllas hayan de ofrecer necesariamente una exhaustiva descripción del proceso intelectual que ha llevado a decidir en un determinado sentido, ni tampoco requiere un determinado alcance o intensidad en el razonamiento empleado; basta, a los efectos de su control constitucional, con que dicha motivación ponga de manifiesto que la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del Derecho ajena a toda arbitrariedad y permita la eventual revisión jurisdiccional mediante los recursos legalmente establecidos.»

(Sentencia núm. 196/88, de 24 de octubre. RA 169/86.—«BOE» de 26 de noviembre de 1988.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

II. LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 44.1 c)

Invocación formal del derecho constitucional vulnerado

«En relación con el cumplimiento de la mencionada exigencia, viene señalando de forma reiterada este Tribunal que no se trata de la observancia de un mero requisito formal, sino que responde a la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo, según aparece configurado en los artículos 53.2 y 161.1 b) de la Constitución. Por ello, si bien se excluye una interpretación literalista y rituaría de la invocación, y, por tanto, no es indispensable la cita del artículo concreto de la Constitución en que se proclama el derecho supuestamente lesionado, ni siquiera la de su *nomen iuris*, ha de efectuarse, sin embargo, de manera que cumpla su finalidad, esto es, de modo que los órganos judiciales tengan oportunidad de conocer la infracción constitucional durante la tramitación procesal en condiciones que permitan el eventual restablecimiento de los derechos fundamentales vulnerados, ya que, como ponen de manifiesto las SSTT 10/1986, de 24 de enero, y 34/1986, de 21 de febrero, aunque es un principio de Derecho el cristalizado en el axioma *iura novit curia*, también lo es que el titular del derecho debe facilitar su protección.»

(Sentencia núm. 203/88, de 2 de noviembre. RA 244/88.—«BOE» de 26 de noviembre de 1988.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

III. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULO 118

Designación de Procurador y Letrado

«Como recuerda la STC 47/1987, de 22 de abril, el derecho de asistencia letrada ha de ponerse en conexión con el derecho al proceso sin dilaciones indebidas, de modo que el órgano judicial debe también tutelar el derecho de la parte contraria a un proceso sin dilaciones indebidas, “el cual también merece la adecuada protección frente a solicitudes de nombramiento de Abogado de oficio que, evidenciándose innecesarias para una mayor eficacia de la defensa, pueden ser formuladas con el exclusivo propósito de dilatar la duración normal del proceso y prolongar así una situación jurídica, cuyo mantenimiento se revela desde el mismo momento de la iniciación del proceso difícilmente sostenible”. Esta doctrina ha de ser aplicada al presente caso, aun más cuando del contexto de las actuaciones no cabe excluir que la petición del solicitante de amparo no tuviera como principal propósito, sino el tratar de dilatar la duración normal del proceso, lo que no permitió correctamente el órgano judicial, de acuerdo además con el Ministerio Fiscal defensor en este caso de la legalidad.

Por otra parte, en relación a si la mera ausencia de Abogado ha podido ocasionarle indefensión en el caso concreto, ha de precisarse, en primer lugar, que

la limitación del medio de defensa que se haya podido producir por ello, sólo puede ser imputable al propio comportamiento omisivo o a la falta de la necesaria diligencia de la parte que, de ser cierto que no pudo localizar a su Abogado, circunstancia cuyo riesgo en todo caso habría de soportar él mismo, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera incurrir el Letrado por el abandono de sus deberes de defensa, no habría tenido ninguna dificultad de haber actuado con una diligencia mínima, para encontrar a otro Letrado que sustituyese al propio. Como ha dicho, entre otras muchas, la STC 54/1987, de 13 de mayo, “no puede mantener una alegación constitucional de indefensión quien, con su propio comportamiento omisivo o falta de la necesaria diligencia, es el causante de la limitación de los medios de defensa que se haya podido producir”.

En segundo lugar, como recuerda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 9 de octubre, caso Airey, y de 25 de abril de 1983, caso Pakelli), la falta de asistencia letrada gratuita en proceso que permite la comparencia personal —y, precisemos de acuerdo a la doctrina de este Tribunal, cuando no se alegue insuficiencia económica— sólo podrá producir indefensión si al autodefensa ejercida no puede compensar la ausencia de Abogado, al no haberse podido efectivamente defender, pero para ello habrán de tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto, atendiendo a la mayor o menor complejidad del debate procesal y a la cultura y conocimientos jurídicos del comparecido personalmente, deducido de la forma y nivel técnico con que haya realizado su defensa. En el presente caso esas circunstancias permiten excluir toda duda de indefensión, ni la apelación era un asunto complejo, y de la actuación del solicitante de amparo se deriva con claridad la existencia de cultura y conocimientos jurídicos suficientes para la efectividad de su autodefensa. A ello debe unirse el que en la vista de la apelación actuó la Letrada de la Sociedad propietaria del vehículo y empleadora del solicitante de amparo, que en el caso de la vista no se limitó a discutir el alcance de la responsabilidad subsidiaria, sino que pidió la absolución del solicitante de amparo, pretensión ejercida mediante defensa técnica que ha coincidido íntegramente con la del solicitante de amparo. Ello ha eliminado cualquier riesgo de supremacía y preponderancia de las partes acusadoras, que pudiera vulnerar el derecho de defensa de la parte.»

(Sentencia núm. 216/1988, de 14 de noviembre. RA 956/87.—«BOE» de 12 de diciembre de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

ARTÍCULO 302

Declaración de secreto del sumario

«Podemos ya abordar el problema que plantea la recurrente, que consiste en determinar, según se deja dicho, si la interpretación estricta que merece toda norma legal limitativa de derechos fundamentales impone entender que el artículo 302 LECr, en el cual se somete el secreto sumarial a un plazo máximo de un mes y no se contempla expresamente la posibilidad de prórroga, no consiente otra interpretación que la de estimar causa de indefensión toda decisión judicial que prorrogue dicho plazo.

Este problema merece ser resuelto en sentido contrario a la tesis de la demanda, pues resulta inaceptable la interpretación estricta, que al citado artículo 302 impone la exigencia constitucional de aplicar el ordenamiento jurídico en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, conduzca irremisiblemente a la conclusión automática de que la prórroga del plazo máximo de secreto sumarial que en dicho precepto legal se establece ocasione, por sí sola y sin más condicionamiento, un resultado de indefensión.

Frente a esta tesis, que no es excesivo calificar de rígidamente formalista, no puede desconocerse que la Constitución protege los derechos fundamentales considerados, no en sentido teórico e ideal, sino como derechos reales y efectivos, imponiendo el deber de examinar las denuncias de su vulneración mediante la utilización de criterios sustantivos que, atendiendo al contenido y finalidad del derecho que se pretende vulnerado, permitan apreciar si esa vulneración se ha o no materialmente producido, más allá de la pura apariencia nominalista (STC 45/1987, de 22 de abril).

Tales criterios sustantivos nos conducen a establecer que el Juez no debe prolongar el secreto sumarial por más tiempo del que resulte estrictamente necesario a las exigencias de la instrucción, viniendo obligado a emplear la máxima diligencia en practicar, dentro del plazo acordado con sujeción a lo dispuesto en dicho artículo 302, las pruebas correspondientes, pero en modo alguno es de admitir, desde la perspectiva del derecho de defensa, que el Juez, por no venir prevista prórroga en ese precepto legal, quede impedido para proteger el valor constitucional que justifica el secreto del sumario, si el plazo ha resultado insuficiente para hacer efectiva plenamente esa protección, pues, en último término, una vez conseguida tal efectividad, el levantamiento del secreto permite a la parte el ejercicio de su derecho de defensa sin restricción de clase alguna, lo cual elimina que la prórroga haya producido un resultado real de indefensión, si las razones justificadoras del secreto han persistido durante el tiempo de la prórroga.»

V. *Derecho a la tutela judicial efectiva y derecho a un proceso público* —Artículos 24.1 y 24.2 CE.

(Sentencia núm. 176/88, de 4 de octubre. RA 514/87.—«BOE» de 5 de noviembre de 1988.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

ARTÍCULO 627

Instrucción. Nuevas diligencias de prueba

«La confirmación del Auto de conclusión del sumario que también hace la resolución recurrida, denegando las diligencias de prueba solicitadas por el querrelante en el trámite de instrucción del artículo 627 LECr, merece, sin embargo, una consideración distinta desde los mismos postulados constitucionales.

Es cierto que el derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes (artículo 24.2 CE), no implica en modo alguno que quien ejercita la acción penal pueda exigir del órgano judicial la práctica de todas las pruebas por él propuestas, ya que el mismo precepto constitucional exige la condición de la pertinencia, que

ha de ser apreciada por los propios Tribunales ordinarios; y también lo es que una de las finalidades esenciales del sumario (artículo 299 LECr), es determinar si los hechos que se investigan son o no constitutivos de delito, de tal modo que cuando dicho objetivo fundamental se ha cumplido, por cuanto las diligencias practicadas han permitido al Tribunal competente afirmar la irrelevancia penal de las conductas objeto del procedimiento, cualquier otro nuevo medio de prueba que se solicite resulta irrelevante, debiendo en tal caso el órgano judicial evitar una prolongación innecesaria de la fase instructora. No obstante, ha de tenerse en cuenta que, en el caso que nos ocupa, la Audiencia no excluye definitivamente el carácter delictivo de los hechos investigados, esto es, toda posibilidad de subsunción en alguno de los tipos penales, ya que ello hubiera comportado el sobreseimiento libre del artículo 637.2 LECr, sino que, al hacer aplicación del sobreseimiento previsto en el artículo 641.1 LECr, únicamente estima que provisionalmente no se han acreditado, ni siquiera de forma indiciaria, los elementos que configuran dichos tipos, y por ello suspende el procedimiento, pero no descarta que nuevos elementos de comprobación puedan hacer variar la consideración jurídica de las conductas enjuiciadas.

En consecuencia, no puede entenderse que el sobreseimiento decidido por el Auto impugnado implique de suyo la declaración de improcedencia de las diligencias interesadas por el recurrente. Para justificar tal declaración era necesario que, dentro del razonable margen de apreciación que corresponde a los órganos judiciales, la Audiencia expusiera la falta de conexión de tales diligencias con los hechos investigados en el sumario, o su intrascendencia a los efectos de aportar algún nuevo dato que contribuyera a formar una convicción judicial distinta sobre la relevancia penal de las conductas enjuiciadas. Y en la medida en que tal razonamiento no aparece incorporado a la fundamentación jurídica de la resolución judicial impugnada, ha de concluirse que dicha resolución ha vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 de la norma fundamental.

(Sentencia núm. 196/88, de 24 de octubre. RA 169/86.—«BOE» de 26 de noviembre.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

ARTÍCULO 641.1

Sobreseimiento provisional

«Basándose en esta sucinta motivación propia del necesario enjuiciamiento preliminar que requiere la ley antes de que la Audiencia decida sobre la apertura del juicio oral, se excluye provisionalmente el carácter social de los hechos y se fundamenta suficientemente la improcedencia de la continuación del proceso mientras no existan nuevos daños, sin que sea necesario un pormenorizado análisis de los elementos integrantes de cada uno de los diversos tipos a los que se refería la acusación particular (STC 150/1988, de 15 de junio).»

(Sentencia núm. 196/88, de 24 de octubre. RA 169/86.—«BOE» de 26 de noviembre de 1988.—Ponente: Gloria Begué Cantón.)

ARTÍCULO 792. Reglas 3.^a y 6.^a

Apelación. Citación

V. Sentencia núm. 222/88, de 24 de noviembre, sobre —*Derecho a la tutela judicial efectiva. Principio de contradicción*— Artículo 24.1 CE.

ARTÍCULO 849

Recurso de casación. Motivos por infracción de ley. Precepto constitucional

«Antes de la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la doctrina de este Tribunal (STC 56/1982, de 26 de julio) y de la misma Sala Segunda del Tribunal Supremo (SS. de 25 de abril y 10 de junio de 1983, 21 y 26 de mayo de 1984 y 2 de abril de 1985, entre otras muchas), teniendo en cuenta la naturaleza de la norma constitucional, como ley suprema y básica, y la especial fuerza vinculante directa de los derechos fundamentales, no supeditada a intermediación legal alguna, según resulta del artículo 53.1 CE, había podido ya incorporar el ámbito de la casación penal la vulneración de tales derechos mediante la ampliación del cauce previsto en los números 1.º y 2.º del artículo 849 LECr, y no se advierte razón alguna por la que dicha vía devenga incompatible por el hecho de que el citado artículo 5.4 LOPJ consigne expresamente la infracción de precepto constitucional como fundamento del recurso de casación en todos los casos en que según la ley proceda, como lo prueba el que la propia Jurisprudencia de la Sala del Tribunal Supremo la haya seguido considerando idónea después de la entrada en vigor de dicha ley, aduciendo precisamente la necesidad de que la normativa existente sea interpretada en el sentido más favorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial (SS. de 4 de noviembre de 1988 y de 10 y 13 de octubre de 1987).»

(Sentencia núm. 185/88, de 14 de octubre. RA 373/87.—«BOE» de 7 de noviembre de 1988.—Ponente: Luis López Guerra.)

ARTÍCULOS 855 y 884.4

Principio de unidad entre la fase de preparación y de interposición del recurso

El indicado principio de unidad de alegaciones se orienta exclusivamente, como ha señalado la misma Sala Segunda, a hacer posible al Tribunal de instancia el ejercicio de la competencia que en orden a la preparación del recurso le confiere el artículo 858 LECrim., y en el régimen de dicha fase el artículo 5.4 LOPJ no introduce especialidad alguna, teniendo sólo reflejo la distinción que contempla la propia ley procesal en su artículo 847; esto es, recurso de casación por infracción de ley y recurso de casación por quebrantamiento de forma, a los

efectos de la observancia y examen del cumplimiento, en su caso, de los requisitos establecidos para esta última clase de recurso o para el que se funda en el número 2 del mencionado art. 849 LECrim., conforme previene el propio artículo 855 del mismo texto legal.

En segundo lugar, la necesidad de invocar oportunamente en el proceso la eventual vulneración de los derechos fundamentales y la finalidad de claridad necesaria en el planteamiento de la pretensión casacional, basada en infracción de normas constitucionales, cuya alegación no puede convertirse en efecto perjudicial para el acceso al recurso (STC 57/1986, de 14 de mayo), se cumple suficientemente con la exposición razonada de su argumentación en el escrito de formalización del recurso. Así, pues, habiéndose cumplido en el presente caso esta exigencia, como se comprueba con el examen del correspondiente escrito de interposición, que dedicó párrafo propio a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por supuesta falta de fundamentación en la Sentencia de instancia, que se entendía contraria al artículo 24.1, en relación con el artículo 120.3 de la Constitución, resulta desproporcionada, en cualquier caso, la sanción de inadmisión del motivo aparejada a falta de referencia específica y diferenciada del citado precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el escrito de preparación, en el que se había, sin embargo, manifestado la intención de utilizar el recurso de casación por infracción de ley, al amparo de los números 1 y 2 del artículo 849 LECrim.

(Sentencia núm. 185/88, de 14 de octubre. R.A. 373/87, «B.O.E.» de 7 de noviembre de 1988. Ponente: Luis López Guerra).

ARTÍCULO 884.1

Inadmisión por invocar causa distinta de las determinadas legalmente

«Los motivos tercero, cuarto y quinto del recurso de casación, por indebida aplicación del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguros, de 8 de octubre de 1980, inaplicación del artículo 385 del Código de Comercio, en relación con el artículo 438 del mismo Código, artículos 1.901, 1.255.1 y 1.281.1 del Código civil y Orden de 31 de marzo de 1977, e inaplicación del artículo 73, en relación con el artículo 1 de la mencionada Ley de Contrato de Seguros, fueron inadmitidos, conforme al artículo 884.1 LECr, por no constituir causa prevista para el recurso de casación, al no ser estas normas preceptos penales de carácter sustantivo. La decisión, sin embargo, no puede decirse que contemple en su integridad el marco normativo del recurso, ya que no hace referencia alguna al enunciado del precepto que, precisamente, podría haber hecho viables los indicados motivos, esto es, al inciso del propio artículo 849.1 LECr, que alude a la infracción de “norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la ley penal”. Es cierto que la determinación del sentido y alcance de esta previsión corresponde en principio a las facultades interpretativas de la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo, pero también lo es que el acceso al recurso *secun-*

dum legem, inherente al derecho a la tutela judicial efectiva, requiere que ciertamente sea tenida en cuenta, y que si resulta inaplicable la correspondiente resolución incorpore la motivación específica de su exclusión.»

(Sentencia núm. 185/88, de 14 de octubre. RA 373/87.—«BOE» de 7 de noviembre de 1988.—Ponente: Luis López Guerra.)

ARTÍCULOS 969 y 7 del Decreto de 21 de noviembre de 1952

Juicio de faltas

V. Sentencia núm. 225/88, de 28 de noviembre, sobre —*Principio acusatorio*— Artículo 24.2 CE.

ARTÍCULOS 977, 13 y 15 del Decreto de 21 de noviembre de 1952

Juicios de faltas. Reformatio in peius

El problema de si el juicio de faltas está regido por el principio acusatorio o el inquisitivo y si es de aplicación al mismo la regla que prohíbe la reforma peyorativa, tanto en relación con la responsabilidad penal como en la civil derivada de esta, ha sido abordado y resuelto por este Tribunal en una línea doctrinal constante, establecida en numerosas resoluciones de las que son de destacar, entre otras, las SSTC 54/1985, de 18 de abril; 84/1985, de 8 de julio; 6/1987, de 28 de enero, y 15/1987, de 11 de febrero, conforme a la cual no es dable dudar, ni mucho menos negar, que el juicio de faltas esté gobernado por el principio acusatorio y que en él, al igual que en todo proceso penal, el Juez de apelación no puede resolver la apelación en perjuicio del apelante en los supuestos en que el Ministerio Fiscal y la parte apelada se limitan, pura y simplemente, a pedir la confirmación de la Sentencia apelada.

Siguiendo las SSTC 54/1985 y 84/1985, debemos aquí declarar de nuevo que el recurso de apelación en el juicio de faltas delimita su contenido material, determinando los límites de la función del Juez de alzada en el sentido de que no puede agravar o empeorar la condición del apelante, imponiendo superiores sanciones o ampliando el contenido de las indemnizaciones que no respondan a pretensiones de signo contrario deducidas por el Ministerio Fiscal o las partes apeladas, pues, aunque la apelación se considere un *novum iudicium*, las revisiones que en ella se realicen deben encuadrarse dentro de las pretensiones ejercitadas, no admitiendo apreciaciones distintas que las superen, sin posibilidad de ser combatidas por el apelante, y, según lo declarado en la STC 15/1987, es procedente reiterar que —con las matizaciones que en la misma se hacen respecto a la intervención que en la acción civil derivada del delito o falta puede tener el Ministerio Fiscal— la regla prohibitiva de la *reformatio in peius* que rige el ámbito del proceso penal abarca también las indemnizaciones por daños resultantes del delito o falta y que el artículo 24.1 de la Constitución, al proscribir la indefensión, excluye toda posibilidad de reforma de la situación jurídica en la primera instan-

cia que no sea consecuencia de una pretensión frente a la cual tenga ocasión de defenderse aquel en cuyo daño se produce la reforma, salvo el que pueda resultar a consecuencia de la aplicación de normas de orden público, cuya recta aplicación es siempre deber del Juez con independencia de que sea o no pedida por las partes.»

(Sentencia núm. 202/88, de 31 de octubre. RA 522/87.—«BOE» de 26 de noviembre de 1988.—Ponente: Eugenio Díaz Eimil.)

ARTÍCULOS 977 y 15 del Decreto de 21 de noviembre de 1952

Juicio de faltas. Suspensión de la apelación

«Según el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el órgano judicial ha de designar de oficio Procurador y Letrado cuando el acusado, pese a habersele requerido para ello, no los hubiese nombrado por sí mismo, pero precisa, en relación con la fase de recurso que este poder/deber se le impone cuando el acusado “haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación”. Ello quiere decir que en la fase de recurso, la designación de Letrado de oficio por el órgano judicial penal, sólo tendría lugar en aquellos casos en los que legalmente resulte “indispensable” su actuación, esto es, cuando la ley exija preceptivamente la intervención del Letrado como requisito para el recurso.

El artículo 6.3 c) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, por su parte, reconoce el derecho del acusado a la asistencia gratuita por un Abogado de oficio, si no tiene medios para pagarlo y cuando los intereses de la justicia lo exijan. En línea con este precepto, este Tribunal ha venido entendiendo que corresponde también al acusado el derecho a que se le designe defensa letrado de oficio también en los casos en los que aunque la defensa letrada no sea preceptiva se ha solicitado nombramiento de Letrado de oficio por carecer de medios económicos. Así, según la STC 45/1987, el derecho a la defensa y asistencia letrada imponer a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre las respectivas posiciones procesales de las partes o limitaciones en la defensa susceptibles de ocasionar indefensión, que “se puede producir cuando se priva a quien adolece de insuficiencia de recursos para litigar de la posibilidad efectiva de ser asistido por Letrado, denegándose el derecho a que se le nombre de oficio”.

En suma, el derecho reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución no sólo incluye el derecho de la parte en el proceso a poder designar un Letrado de su elección, sino también a que, cuando corresponda, le sea designado un letrado de oficio. En el proceso penal el derecho a la designación de Abogado de oficio existe en todos los casos en los que siendo preceptiva la asistencia de Letrado el acusado no haya designado Letrado de su elección y además en aquellos casos en los que, aunque no sea preceptiva la asistencia de Letrado, carezca de medios económicos para designarlo y lo solicite del órgano judicial.

Aun cuando los artículos 977 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no han regulado los supuestos en los que es posible la suspensión del acto de la vista, de los artículos 894 y 764.4 de esta ley, cabe deducir que la inexisten-

cia de Letrado de la parte no es motivo de suspensión de la vista, salvo la enfermedad repentina del defensor y aun ello en el caso de que éste no pudiera ser reemplazado "sin grave inconveniente para la defensa del interesado".»

(Sentencia núm. 216/88, de 14 de noviembre. RA 956/87.—«BOE» de 12 de diciembre de 1988.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

IV. OTRAS LEYES

LEY DE CONTRATO DE SEGURO

ARTÍCULOS 1, 73 y 76

Responsabilidad directa de Compañías de Seguros por seguro voluntario de vehículos de motor

V. Sentencia de 14 de octubre de 1988 sobre —*Principio de igualdad*— Artículo 14 CE.

LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

ARTÍCULO 5.4

Infracción de precepto constitucional como fundamento del recurso de casación

V. Sentencia de 14 de octubre de 1988, sobre —*Recurso de casación. Motivos por infracción de ley*— Artículo 849 LECr.

ARTÍCULO 292

Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Dilaciones indebidas

V. Sentencias núm. 223/88, de 24 de noviembre, sobre —*Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*— Artículo 24.2 CE.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Magistrado del Tribunal Supremo. Profesores Titular de Universidad.
Abogado del Estado

ARTICULOS 8.1, 9.1 y 10. DROGADICCION. VALORACION EN LA CULPABILIDAD

(STS de 16 de octubre de 1988. Pte. Sr. Vivas Marzal)

1. Siguiendo la doctrina jurisprudencial emanada de las sentencias de esta Sala de 16 de septiembre de 1982, 22 de marzo de 1985 y 9 de septiembre de 1987, entre otras muchas, la ingestión, inhalación o aplicación de sustancias estupefacientes y también las denominadas crisis de abstinencia o estados carenciales, los que producen, en el adicto al consumo de dichas sustancias, ansiedad y desequilibrios tanto físicos como psíquicos, influyen de diferente modo en la «psique» del sujeto activo de infracciones delictivas y, por tanto, en su imputabilidad, de tal modo que son por lo menos tres las soluciones: a) si, en el momento de perpetración del hecho o hechos punibles, el agente, gracias al consumo de sustancias estupefacientes o a hallarse intensamente afectado por un estado carencial de las drogas que consume habitualmente, sufre la supresión o total abolición de sus facultades cognoscitivas o de las volitivas, encontrándose privado de raciocinio o de sus facultades de inhibición, de autodominio o autocontrol, dicha plenitud, unida a la fortuidad, determinarán la procedencia de aplicarle al eximente 1.ª del artículo 8 del Código Penal, puesto que, en el momento de comisión de los hechos punibles, era totalmente inimputable; b) si los efectos del consumo o de la crisis de abstinencia han influido, intensa y profundamente, en las facultades intelectivas, o, en las volitivas, pero sin llegar a la abolición de unas o de otras, será de aplicación la eximente incompleta o circunstancia atenuante 1.ª del artículo 9 del Código Penal, en relación a la también 1.ª del artículo 8 del referido cuerpo legal, con los efectos degradantes de la pena, establecidos en el artículo 66 del mismo, y c) finalmente, si la incidencia del consumo o de la crisis de abstinencia, sobre la «psique» del sujeto agente, han sido leves, tenues o de poca intensidad, quedando esencialmente intactas su capacidad de comprender y de querer, aunque mínimamente disminuidas, debe aplicarse la circunstancia 10.ª del artículo 9 ya mencionado, en relación con el número 1.º de

ese precepto y con la eximente 1.^a del artículo 8 de dicho cuerpo legal, si bien los efectos atenuatorios consecutivos a la estimación de la concurrencia de esa circunstancia no serán los privilegiados prescritos en el artículo 66 del mismo, sino los más discretos que previene la regla 1.^a del artículo 61 del meritado Código.

ARTICULO 9.9. ARREPENTIMIENTO ESPONTANEO. OBJETIVACION

(STS de 2 de noviembre de 1988. Pte. Sr. Moyna Márquez)

Cuarto. Existe en el supuesto «sub iudice» el presupuesto objetivo de la atenuante de arrepentimiento espontáneo: acudir inmediatamente a apagar el fuego con los extintores y mangueras contra incendios que había en el Centro; es decir, contribuir a disminuir los efectos del delito, que es una de las conductas alternativas que admite el texto del artículo 9.9 del Código Penal. Ciertamente, una constante jurisprudencia fue muy rigurosa en la exigencia de un arrepentimiento o a pesar al relacionar la atenuación con la sensibilidad moral del sujeto, pero la más reciente praxis de este Tribunal muestra una tendencia a la objetivación de esta circunstancia al referirse a la conciencia de un obrar antijurídico del que nace la voluntad de restaurar el orden social y jurídico perturbado (sentencias de 11 de marzo, 29 de septiembre y 1 de diciembre de 1987 y 23 de junio de 1988), con absoluta indiferencia hacia los móviles que pueden ser de naturaleza ética o simplemente utilitaria. Procede, en consecuencia, estimar dicha circunstancia de atenuación que, aunque no fue planteada en la instancia, está dotada en los hechos probados de base suficiente.

ARTICULOS 10.15 y 118. REHABILITACION JUDICIAL. PROBLEMATICA GENERAL

(STS de 10 de octubre de 1988. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Segundo. El segundo y último motivo del recurso tiene igual sede casacional que el anterior, cuya suerte desestimatoria comparta, según se verá seguidamente. En él se reprocha al juzgador de instancia la aplicación indebida de la agravante de reincidencia (circunstancia 15.^a del artículo 10 del Código Penal) en relación con el artículo 118 de ese mismo texto, por entender dos de los ahora recurrentes —Diego G. O. y Enrique-Javier J. D.— que los antecedentes penales podrían haber sido cancelados. Sucede, que, sin embargo, que según puso de relieve la sentencia de esta Sala de 27 de enero de 1987, **la regulación española de la prescripción de la reincidencia, conforme a la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, opera con la técnica de la regla general y de sus excepciones, en el sentido de que, acreditada la existencia de antecedentes no cancelados, válidos para apreciar aquella agravante, sólo la prueba absoluta de que, antes de cometidos los nuevos hechos, concurrían los requisitos todos de la rehabilitación, permite —y aún obliga— al Tribunal a abstenerse de aplicar la reincidencia y ordenar la cancelación, tal y como señala el párrafo final del número 4.º del mencionado artículo 118.** Con otras palabras, nuestra defectuosa normativa no sólo se aparta del criterio, más

sencillo y práctico, del simple transcurso del tiempo como determinante de la prescripción de la reincidencia —sea a partir del hecho anterior, en línea con el artículo 58.4 del Código Penal alemán, sea desde la extinción de la responsabilidad penal derivada del delito precedente, según la actual fórmula austriaca—, sino que no tolera, en cuanto al condicionamiento de la cancelación judicial y paralela inaplicación de la reincidencia, que las dudas se resuelvan a favor del reo. Esta conexión pueda originar situaciones materialmente injustas, pero al legislador, y no al Juez, corresponde la exposición general al caso concreto aquí examinado, mal puede acreditarse el transcurso de los plazos del artículo 118 del Código Penal cuando no constan en autos ni las fechas en que quedaron extinguidas las penas impuestas en las condenas anteriores —puntos iniciales de los cómputos—, ni siquiera aquellas de la firmeza de las sentencias. A partir de ahí, ignorándose también las fechas en que empezaran a cumplirse las penas, con abonos o no de prisiones provisionales, el relato fáctico de la sentencia recurrida únicamente admite conjeturas tan arriesgadas como intrascendentes en el mencionado marco legal: uno de los recurrentes fue condenado en sentencia de 28 de enero de 1978 por un delito de robo a dos años, cuatro meses y un día, y el otro lo fue en sentencia de esa misma fecha por dos delitos de robo (a penas que no se indican), y el 1 de diciembre de 1983 por un delito de caza (con igual silencio respecto a la penalidad). Con tan escasos datos resulta imposible afirmar que el día 24 de febrero de 1984, cuando se comete el nuevo delito objeto de enjuiciamiento, las penas de los anteriores habían sido cumplidas y habían transcurrido los plazos del artículo 118.

ARTICULO 11. RELACION ANALOGA A LA CONYUGAL

(STS de 24 de octubre de 1988. Pte. Sr. Cotta y Márquez de Prado)

Segundo. Y en cuanto al motivo tercero del propio recurso, que su sinrazón es sin duda evidente, pues si el procesado se hallaba ligado con la interfecta por relaciones de efectividad análogas a las de cónyuges, tal circunstancia, atendida la naturaleza, los motivos y los efectos del delito perpetrado contra la vida de la víctima, no podía desembocar más que en la agravación de su responsabilidad criminal por la vía del artículo 11 del Código Penal, sin que a ello sea obstáculo alguno, ni que se estimase en favor del recurrente la eximente incompleta de enajenación mental, porque ésta no anula la objetividad de aquella relación de afecto, ni tampoco el que fuese la mujer, contrariada por no querer llevarla su agresor a un baile, la que iniciase la disputa en el curso de la cual golpeó aquélla a éste con un tiesto, pues tan fútil motivo no puede sobreponerse a una relación de efectividad como la expresada en la sentencia, que estaba viva y en plenitud cuando el suceso que se enjuicia tuvo lugar, por lo que procede desestimar este otro motivo del recurso con su secuela de confirmación del fallo impugnado.

ARTICULO 65. DISCRECIONALIDAD EN LA ELECCION DE GRADO. DENTRO DE LA PENA INFERIOR

(STS de 17 de octubre de 1988. Pte. Sr. Barbero Santos)

Aparte de ello, ha de manifestarse que la pena impuesta por la Audiencia es ajustada a Derecho. La pena a imponer al delito continuado de robo con fuerza en las cosas, cuando el valor de lo robado excede de 30.000 pesetas, es la prisión menor (artículo 505.1 del Código Penal). **Por ser el autor un menor de 18 años, el Tribunal puede aplicar la pena inferior en uno o dos grados (artículo 65), pudiendo a su vez recorrer estos grados en toda su extensión.** El Juzgador fundamentó el bajar tan sólo un grado en el hecho de que el menor había cometido dos delitos de robo, aunque se le castigase por tan sólo uno. E impuso la pena de arresto mayor en su grado máximo con el apoyo —aunque no era necesario— de la agravante de reincidencia. Y no era necesario, porque lógicamente **quien está facultado para hacer lo más —descender la pena en uno o dos grados— está facultado para hacer lo menos, elegir el «grado» dentro de ambos grados.**

ARTICULO 67. NATURALEZA JURIDICA DE LA PROHIBICION. REGIMEN. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

(STS de 29 de septiembre de 1988. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Por lo que atañe al motivo séptimo —aplicación del **artículo 67 del Código Penal** sin petición de parte acusadora— procede hacer algunas observaciones en cascada: a) Que, interpuesto el motivo por el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, resulta evidente el desacierto en cuanto a la vía casacional elegida, ya que no se trata aquí de un error de derecho en la aplicación de un precepto penal de carácter sustantivo, sino de una infracción procesal con repercusiones constitucionales, de manera que el cauce adecuado para la impugnación habría sido el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. b) Que, pese a lo dicho anteriormente, la imprecisión de sede casacional antes de la promulgación de la mencionada Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, aconseja —como viene haciendo con carácter temporal esta Sala— pasar por alto aquella incorrección y entrar en el examen del motivo, evitando así posibles indefensiones y reforzando el principio de tutela judicial efectiva, de acuerdo todo ello con el artículo 24.1 de nuestra Constitución. c) Que, dentro ya de la problemática del artículo 67 del Código Penal, la jurisprudencia no ha tenido inconveniente en aplicarlo, pese a que nada se previó expresamente sobre el mismo en la Ley de Bases de 19 de julio de 1944, de manera que **el precepto surge hasta cierto punto «ex novo» con el Decreto de 23 de diciembre de 1984**, dado que su precedente, el artículo 106 del Código de 1928, había desaparecido sin dejar rastro en el Código de 1932. d) Que la **naturaleza jurídica** de la prohibición contenida en el actual artículo 67 ha sido y es muy discutida, si bien la jurisprudencia y tal vez la **doctrina científica mayoritaria** se hayan inclinado por ver en aquélla algo así como una **pena complementaria y facultativa**, o le hayan reservado, al menos, un trato simi-

lar al de una pena, subrayando su proximidad sustantiva a la pena de destierro, cuya limitación temporal serviría, además, para llenar el vacío del repetido artículo 67 sobre cual sea la duración máxima de sus previsiones (véase las sentencias de 22 de marzo de 1969, 14 de octubre de 1975, 20 de octubre de 1976 y 12 de octubre de 1980). E) Que, aunque no falten tampoco argumentos sólidos para defender que la repetida prohibición constituye una **medida de seguridad o incluso «sui generis»**, pero no una pena —no aparece en las relaciones de los artículos 27, 70 y 73, descansa primordialmente en la peligrosidad y no en la culpabilidad (hasta el extremo de que su imposición no implica disminución alguna de la pena principal para evitar que la penalidad conjunta pueda superar el marco trazado por la culpabilidad), y, lo que ofrece gran interés y ha sido olvidado con frecuencia, **ya no es preciso retrasar su cumplimiento hasta la extinción de la indicada pena principal, novedad ésta del Código de 1944** (frente al de 1928) que pugna con el sometimiento del destierro al cumplimiento sucesivo de la regla 1.ª del artículo 70— es lo cierto que la citada prohibición afecta **en todo caso** a un derecho básico proclamado en el artículo 19 de la Constitución y encierra un indiscutible contenido afflictivo, de manera que **nadie puede ser condenado a sufrirla sin que se respeten la tutela judicial efectiva y, en definitiva, sus derechos al conocimiento de la acusación y a defenderse**, todo ello de perfecto acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24.1 y 2 de nuestra Ley Fundamental. Y F) Que, consecuencia de lo razonado bajo la letra anterior, es la estimación del motivo 7.º del recurso, porque efectivamente, la falta de acusación y la discrecionalidad en el uso del artículo 67, impidieron de raíz toda contradicción sobre el particular, sin que el luego condenado pudiera discutir siquiera extremos tan relevantes como los de su peligrosidad y la procedencia o no de negarle el regreso a Torre Pacheco durante veintitrés años, cuatro meses y un día.

ARTICULO 69 BIS. DELITO CONTINUADO. REQUISITOS

(STS de 17 de octubre de 1988. Pte. Sr. Vivás Marzal)

3. El delito continuado, ficción otrora, creada en beneficio del reo, y realidad ontológica, tangible y palpable, merced a las aportaciones de la doctrina científica y de la jurisprudencia, era mera creación de éstas, sin reconocimiento ni conceptualización legales, hasta la Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 25 de junio de 1983, cuya ley introdujo, en el texto del mencionado Código, el artículo 69 bis, en el cual, **con mayor o menor fortuna**, se definieron tanto el delito continuado como su próximo pariente, el delito masa. Siguiendo la normativa legal y atendiendo a la doctrina de este Tribunal, emanada de las sentencias de 4 y 28 de octubre de 1984, 17 y 28 de mayo y 11 de junio del mismo año, 2 y 9 de julio también de 1984, 10 de abril y 25 de junio de 1985 y 6 de octubre de 1986, entre otras muchas; los requisitos o elementos de esta polémica figura, son los siguientes: diversidad o pluralidad de acciones, las cuales se refunden o aglutinan merced a dos criterios legales, uno de ellos subjetivo y el otro de naturaleza objetiva, esto es, **ejecución de un plan preconcebido**, lo que equivale al dolo unitario o designio único, mediante el cual lo plútime se unifica en una sola infracción, gracias a que, el agente o agentes

conciben como único lo que necesita, para su perpetración, acciones fragmentadas, zonificadas o parceladas en distintas fases o etapas, las que el infractor aprecia refundidamente merced a su ambición maxidelictiva, o **aprovechando idéntica ocasión**, expresión un tanto enigmática que esta Sala, con una hermenéutica que permita aplicar lo que el legislador expresa tan oscuramente, ha interpretado como ocasión semejante, parecida o análoga; homogeneidad de precepto penal violado, pues, la pluralidad de acciones o de omisiones, ha de infringir **los mismos o semejantes preceptos penales**; no se refiere la definición legal a la unidad o pluralidad de sujetos activos, con lo cual, no parece ser éste obstáculo insuperable, aunque de ordinario se requerirá que los sujetos activos, es decir, los participantes en las acciones que se trata de refundir, sean los mismos; los sujetos pasivos pueden ser el mismo o distintos, pues el artículo 69 bis se refiere a la ofensa a **uno o varios sujetos**; finalmente, **los lugares y fechas** de comisión de hechos delictivos, aunque el precepto no aluda a ellos, pueden ser diversos, si bien se comprende que un distanciamiento temporal prolongado o una distribución geográfica distante entre los diferentes hechos delictivos contemplados en su singularidad, puede romper todo vínculo de unión entre las acciones e imposibilitar la aplicación de la figura del delito continuado.

ARTICULOS 104 Y 107. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL RECEPTOR

(STS de 27 de junio de 1988. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Tercero. Salvando, pues, las aludidas incorrecciones del motivo, cabe señalar:

a) Que la doctrina de esta Sala es clara respecto a que **la responsabilidad civil del receptor sólo alcanza el límite representado por su propio y directo lucro** (sentencias de 24 de octubre de 1975, 18 de abril de 1978, 7 de marzo de 1980, 20 de marzo de 1982, 2 y 18 de enero, 12 de abril y 28 de diciembre de 1984, 9 de mayo y 9 de diciembre de 1985, 7 de marzo de 1986 y 9 de julio de 1987), aplicándose a la correspondiente figura delictiva autónoma lo prescrito en los artículos 15, 101 a 104 y concordantes del Código Penal. b) Que tradicionalmente la jurisprudencia se inclinó por la **solidaridad entre el receptor y los responsables del delito antecedente en lo que atañe a la mencionada cuantía del lucro** (sentencias de 30 de noviembre de 1985, 27 y 31 de mayo de 1975, 22 de noviembre de 1976, 7 de marzo de 1980, 2 y 18 de enero, 12 de abril y 28 de diciembre de 1984, y 9 de mayo y 9 de diciembre de 1985). c) que, si bien tal criterio fue roto por la de 7 de marzo de 1986, a cuyo tenor no habría lugar ni a dicha solidaridad, ni a la subsidiariedad, ni a acción alguna de repetición con la que los participantes del delito inicial pudieran dirigirse contra el receptor o viceversa, parece oportuno mantener la doctrina tradicional, dada la íntima conexión entre ambas infracciones —la segunda de las cuales refuerza el primer ataque contra la propiedad— y en evitación de posibles enriquecimientos ilícitos de la víctima cuando ésta recibiera por partida doble todo o parte de la indemnización. c) Que en el caso de autos el motivo rechaza la cuantía de la indemnización señalada al receptor, pero no la solidaridad, por lo que resulta oportuno dejar intocado ese extremo. Y d) Que, no constando en los hechos probados el valor de los objetos receptados, pero sí que la cantidad abonada por ellos fue de 2.500 pese-

tas, y señalado en su fundamento jurídico que se trata de precio «ínfimo y exiguo», procede individualizar la indemnización de modo que el margen de error nunca perjudique al ahora recurrente, con lo que puede y debe llegarse a la cifra de diez mil pesetas.

ARTICULO 113. PRESCRIPCIÓN DEL DELITO. CARGA PROBATORIA

(STS de 4 de noviembre de 1988. Pte. Sr. Vivas Marzal)

Sexto. El transcurso del tiempo influye de doble modo en la extinción de la responsabilidad criminal, mediante dos instituciones paralelas, esto es, la prescripción del delito y la prescripción de la pena. En este caso, se invoca la primera, con base y sustentándolo en el apartado sexto del artículo 113 del Código Penal, precepto que dispone que, «las faltas prescriben a los dos meses», plazo que ha de computarse del modo establecido en el artículo 114 siguiente, el cual preceptúa que, el término de la prescripción, comenzará a correr desde el día en el que se hubiera cometido el delito, en este caso las faltas; por tanto, para que prospere la pretensión casacional, polarizada en el cuarto motivo de este recurso, es indispensable que, entre la fecha de perpetración de las dos contravenciones de autos y aquélla en la que se dirija el procedimiento contra el culpable, haya transcurrido ese período de dos meses, acreditamiento que incumbe al acusado, el cual, para el cómputo y para la determinación del punto de arranque del mismo, debe, necesariamente, de partir, de lo declarado probado en la sentencia de instancia.

Séptimo. La narración histórica de la sentencia de instancia —incombatida, puesto que el cuarto motivo se apoya en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal—, respecto al hecho 2.º), declara, textualmente, «en fecha y lugares que no han podido ser concretados», y en lo que concierne al hecho 3.º, agrega, literalmente, «en fecha no concretada dentro del mes de abril de 1983». Por consiguiente, el punto de arranque del cómputo, no se ha probado cual fuera, en el primer caso, y solamente consta que se perpetró en abril de 1983, en el segundo, sin que el recurrente haya demostrado, o tratado siquiera de acreditar, cuál fue la fecha exacta de perpetración de una u otra infracción contravencional, dato indispensable para el referido cómputo, y que, a él, le incumbe, puesto que se trata de una causa de extinción de su responsabilidad criminal. Por otra parte, el procedimiento se dirigió contra el culpable el 25 de junio de dicho año, dato que ha obtenido esta Sala al amparo de lo dispuesto en el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y examinando la integridad de la causa y, por tanto, la interrupción, del término de la prescripción, pudo producirse tempestivamente, quedando igualmente indemostrado, por el recurrente, y partiendo del intangible relato de hechos probados de la sentencia recurrida, si esa interrupción fue o no extemporánea, y, por tanto, eficaz o ineficaz. Siendo imperativa, merced a los razonamientos expuestos, la desestimación del motivo cuarto de esta impugnación, fundamentado en los preceptos adjetivo y sustantivo ya reseñados.

ARTICULO 222. SEDICION. POSIBLE AUTORIA UNIPERSONAL

(STS de 4 de julio de 1988. Pte. Sr. Vivas Marzal)

Primero. El artículo 222 del Código Penal procede de la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, y su redacción primitiva fue modificada mediante Ley de 21 de diciembre de 1965, siendo, su texto actual, producto del Real Decreto de 4 de marzo de 1977; aunque, el referido precepto, comienza expresando: «Serán considerados como reos de sedición», al menos en lo que respecta a su número 1.º, difiere, del delito de sedición propiamente dicho, en que no reúne las notas características de colectividad y hostilidad, no siendo preciso el alzamiento al que se refiere el artículo 218, ni necesaria la intervención gubernativa mencionada en el artículo 225, si bien le son aplicables los artículos 223 y 224 del mentado Código. El sujeto activo lo son los funcionarios públicos, cuyo concepto se obtiene acudiendo al artículo 119 del antedicho cuerpo legal, impidiendo, el principio de legalidad, la incriminación de empleados o de particulares que presten los servicios de los que luego se hablará; y, por más que el precepto se exprese en plural, «los funcionarios», no es infracción necesariamente plurisubjetiva o pluripersonal, pues nada impide en principio que se trate de un solo funcionario, el que, teniendo potestad de mando, ordene, a otros, imperativamente, la cesación temporal de toda actividad relacionada con la prestación de tales servicios o que alteren su regularidad. La dinámica comisiva, consiste en la suspensión o cesación temporal de la prestación de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad, o alteración, en cualquier forma, de su regularidad. El bien jurídico contra el que atenta esta infracción es la prestación, con regularidad, de servicios públicos o de otros, que por su uso social se presentan como particularmente valiosos a ojos del legislador, produciendo su suspensión o alteración, trastornos en los mismos y en la comunidad. Por servicio público hay que entender toda actividad organizada, de carácter técnico, que se presta de un modo regular y constante, bien «uti singuli», bien «uti universi», sin fin lucrativo y que satisface necesidades públicas, colectivas o generales, o intereses de la misma índole, que tiene un régimen jurídico especial, y, cuya gestión, es asumida por la administración, bien directamente, bien por una persona física o por una entidad, por encargo de la Administración dicha o con su colaboración, y por servicios de reconocida e inaplazable necesidad, se entienden aquellos que, bien por determinación legislativa, bien por «communis opinio», no pueden dejar de prestarse sin producir trastornos sociales, carencias de lo indispensable para el entorno comunitario u otras graves consecuencias. Finalmente, en lo subjetivo, abstracción hecha del siempre necesario dolo, el precepto estudiado, no exige una finalidad o elemento tendencial específico, y no hay que olvidar su incardinación en el Título II del Libro también II del Código Penal, cuyo epígrafe se titula «Delitos contra la seguridad interior del Estado», lo que implica que, la infracción, debe propender a atentar contra dicha seguridad interior, contra el funcionamiento normal de las instituciones públicas, contra los derechos fundamentales de la persona reconocidos por las Leyes, o, al menos, contra el ejercicio cotidiano de los mismos.

Segundo. En este caso, la narración histórica de la sentencia de instancia, consigna que, **el acusado, Alcalde de la localidad de Los Corrales, el día 29 de**

julio de 1982, por solidaridad de una huelga general, convocada para ese día, en la provincia de Sevilla, dictó un Decreto en el que ordenaba la suspensión de la actividad municipal, paralizándose, efectivamente, dicha actividad, en acatamiento del referido Decreto, aunque el edificio del Ayuntamiento abrió sus puertas. Sin embargo, la mentada resolución, con evidente penuria descriptiva, no expresa la densidad demográfica de Los Corrales, ni cuáles fueron las actividades municipales suspendidas, ni si éstas se prestaban cotidianamente, ni el número de funcionarios municipales dependientes del Ayuntamiento de la meritada localidad sevillana; quedando, de ese modo y gracias a silenciar datos relevantes, malparada la tipicidad de la conducta del imputado, pues, para la aplicación del número 1.º del artículo 222 del Código Penal, no basta con la suspensión o alteración de actividades públicas, sino que es preciso e indispensable que se trate de servicios públicos —cuyo concepto se ha dado antes— u otros de reconocida e inaplazable necesidad, así como que se produzcan trastornos en ellos o se altere su regularidad, no constando, en este caso, ni la importancia del Municipio afectado, ni si algún servicio público —enseñanza, cementerios, mataderos, alumbrado, regulación del tránsito— u otro de prestación inaplazable, cesaron temporalmente o experimentaron alteraciones en su regularidad, no insertándose, tampoco, en el mencionado «factum», los trastornos producidos por el virtual cierre del Ayuntamiento y por la suspensión de la actividad municipal, o bien, que, los vecinos de la localidad, como consecuencia del cierre, no pudieran ejercitar sus derechos constitucionales o los fundamentales reconocidos por las Leyes. Procediendo, en consecuencia, y dado que, los hechos relatados en la premisa fáctica de la sentencia de instancia, son atípicos y, por tanto, impunes, la estimación del motivo segundo del presente recurso, fundamentado en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 222.1, 223.1 y 224 del Código Penal, cuya estimación absuelve, a este Tribunal, del examen y decisión de los motivos primeros, tercero y cuarto, procediendo, asimismo, casar y anular la sentencia dictada, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla.

ARTICULOS 236 Y 245. ATENTADO. DESACATO. RELACIONES

(STS de 3 de junio de 1988. Pte. Sr. Puerta Luis)

Segundo. En cuanto al primero de los referidos motivos, debe reconocerse que la jurisprudencia ha venido entendiendo que el desacato puede quedar absorbido por la figura del atentado, pero solamente en aquellos supuestos en que exista una intención y simultaneidad de acción entre los insultos y el acometimiento —como precisó la sentencia de 10 de febrero de 1983—, lo que no sucede en el presente caso, ya que, según el relato de los hechos probados en la sentencia recurrida —que, dado el motivo articulado, debe ser respetado íntegramente—, en la conducta de Pedro José se distinguen claramente, por su ocasión y circunstancias, tres conductas distintas: a) los insultos y amenazas proferidos contra el funcionario de servicio Alejandro, que tuvieron lugar sobre las veintiuna horas treinta minutos del día 15 de julio de 1984; b) el abalanzamiento, golpes y derribo del mismo funcionario —que resultó lesionado levemente—, que tuvo lugar el

día siguiente, sobre las nueve horas diez minutos, y c) los repetidos insultos a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, al mando del policía Francisco, proferidos cuando le llevaban al Hospital Provincial, por haber ingerido unos muelles después de haber sido reducido e ingresado en la celda —al igual que el otro procesado—, con motivo del incidente descrito en el apartado b).

De lo dicho se deduce que, en el presente caso, no cabe hablar ni de una unidad de acción, ni de intencionalidad, ni —menos aún— de simultaneidad en las acciones. No cabe apreciar, por tanto, absorción del delito de desacato por el de atentado. La sentencia recurrida es ajustada a derecho en este extremo. Consiguientemente procede la desestimación de este primer motivo.

ARTICULO 237. DESOBEDIENCIA GRAVE. SITUACION DE FUGA

(STS de 17 de septiembre de 1988. Pte. Sr. Montero Fernández-Cid)

Primero. El recurso se vertebra mediante un motivo único con sede ritualaria en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el que se denuncia la vulneración por indebida aplicación del precepto penal sustantivo constituido por el artículo 237 del Código Penal, estimando que faltaba el móvil específico de ultraje, ofensa o menosprecio del principio de autoridad que está insito en estas infracciones delictivas.

No cabe negar en forma alguna que el motivo se construye a partir de un dato evidente. En forma exhaustiva la sentencia de esta Sala de 28 de enero de 1982 ha sentado un cuerpo de doctrina que ahora se reproduce en orden a cuándo cabe referirse a un «autoencubrimiento impune», aunque probablemente sería mejor la referencia a autoencubrimiento carente de antijuridicidad. El punto de partido de tal resolución es similar: «en aquellos supuestos —dice— en los que un delincuente, sorprendido en el momento de cometer la infracción o inmediatamente después de perpetrarla y teniendo en su poder, a veces, el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito sea conminado o requerido por la Autoridad o por sus Agentes para que se entregue y lejos de obrar así se da a la fuga y emprende la huida, se ha planteado el problema de si tal conducta entrañaría desobediencia del artículo 237 del Código Penal o si, por el contrario, no debería punirse. Seguidamente hace referencia dicha sentencia a las razones de la doctrina científica y en apoyo genérico de esta ausencia de antijuridicidad invoca la impunidad «ex artículo 334 del Código Penal en la **evasión del detenido**, la del **citado no comparecido**, la no incurrancia en el delito de falso testimonio y la **no producción de delito de desobediencia para el procesado rebelde** y, para el supuesto concreto en que se produjo la decisión sienta la doctrina correcta y que se ratifica de que el emprender veloz huida desatendiendo los requerimientos de los agentes de la autoridad «no fue sino el estado o secuencia terminal del delito que generó el requerimiento».

Segundo. Esta doctrina, por lo demás ya establecida en otras resoluciones como la sentencia de 11 de marzo de 1976, **se matizó** en la sentencia primeramente citada, siguiendo la precedente sentada por este Tribunal de casación en el sentido de excluir de su radio justificativo aquellos supuestos en que haya existido forcejeo, enfrentamiento y violencia. Por ello, al expresar el «factum» que el

vehículo en que viajaban los procesados, lejos de atender las señales de detener su marcha «aceleraron la marcha, lo que obligó al Guardia que estaba en la calzada a dar un salto para no ser atropellado», es obvio que no cabe excluir la antijuricidad de la acción y por ello el motivo debe ser desestimado en la forma que ha sido planteado.

ARTICULO 249. DESORDENES PUBLICOS. DISCUTIDA LEGALIDAD DE SU SEGUNDO PARRAFO. CONCURSO CON LOS ARTICULOS 506.6 Y 516.1 DEL CODIGO PENAL

(STS de 8 de noviembre de 1988. Pte. Sr. Moyna Ménguez)

Segundo. En el marco de la infracción de ley, cuestionan los recurrentes la **legalidad del segundo párrafo del artículo 249 del Código Penal** aplicado en la sentencia, alegando en substancia, con el apoyo de algún sector doctrinal, que la incorporación al Código Penal de dicho precepto —procedente de la Ley de 4 de mayo de 1948—, en virtud del Decreto de 28 de marzo de 1963 que aprobó el texto revisado de 1963, rebasó la **autorización conferida al Gobierno por la Ley de 23 de diciembre de 1961**; sin embargo, esta Ley de Bases disponía en el párrafo segundo del artículo 3 que el Gobierno quedaba autorizado para publicar un nuevo texto del Código Penal que recogiese «las modificaciones introducidas en el mismo», desde la promulgación del Texto refundido de 1944 y el artículo 249 del Código fue adicionado por la Ley de 1948 antes citada, que debe considerarse como una modificación legal, tal como fue estimado por el Decreto de 28 de marzo de 1963, por cuanto declaraba comprendidas ciertas conductas en un precepto del Código Penal, y así lo ha venido entendiendo, sin inflexión, la copiosa doctrina jurisprudencial que ha interpretado y aplicado el precepto desde el año 1948 en que fue promulgado. Procede, por ende, la desestimación del motivo sexto del recurso.

Tercero. El Título II del Código Penal bajo la rúbrica «De los delitos contra la seguridad interior del Estado», y en el Capítulo IX dedicado a los **desórdenes públicos**, otorga relieve penal a una serie de conductas que alteran o trastornan el ritmo normal de la vida ciudadana, que exige, a su vez, un riguroso respeto a los lugares de uso y de concurrencia colectiva y al normal funcionamiento de los servicios públicos. No es inoportuno recordar aquí que **en el bien jurídico protegido reside el núcleo o raíz inspiradora del delito**, a él debe ir necesariamente referido el elemento o tipo subjetivo, y en él se halla la más autorizada fuente interpretativa para marcar su alcance y los límites del reproche penal; y coherentemente con aquella definición del bien jurídico, el artículo 246, primero del Capítulo indicado, se refiere a la finalidad de atentár contra la paz pública, el artículo 246 bis habla de la tendencia a perturbar la normal actividad en instituciones y lugares públicos, alude al orden público el artículo 247 para causar injuria u otro mal a una persona o para impedir el ejercicio de sus derechos civiles, la alteración del orden público cualifica el delito del artículo 248, el ánimo de causar alarma social es la nota diferenciadora de la conducta prevista en el artículo 249 bis, y la **finalidad de alterar el orden público, a través de los servicios de esta**

índole, justifica y da sentido, aunque de forma implícita, a las formas delictivas del artículo 249. En esta dirección la Ley de 4 de mayo de 1948 antes aludida, al considerar comprendida en este artículo las sustracciones de material destinado al transporte público o, en general, a los servicios de comunicaciones, ponía precisamente el acento (vid. el texto de su Exposición de Motivos) en la alteración del orden público y el trastorno para la comunidad nacional, otorgando en valor prioritario a estos bienes respecto de los daños materiales o perjuicios económicos; la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 14 de noviembre de 1973 y 5 de febrero de 1980) rechazaba la posibilidad de sancionar separadamente el resultado patrimonial por entender —como ha hecho la sentencia recurrida frente a la tesis de la acusación fiscal— que el aprovechamiento quedaba subsumido en la forma agravada de los párrafos segundo y tercero del Código; y en torno a este precepto legal, la construcción del tipo subjetivo no venía exigiendo la intención o finalidad específica de alterar o perturbar el orden público, se contenía con el dolo de consecuencias necesarias sin rebasar el ámbito del dolo directo porque al resultado querido —sustracción— iba anudada, por una relación directa y necesaria, la interrupción o alteración del servicio público.

La nueva ordenación de los delitos patrimoniales en la reforma legislativa de 1983 creó formas agravadas de cosas destinadas al servicio público (artículos 506.6 y 516.1), provocando la concurrencia de estas tipificaciones con las previstas en el párrafo segundo del artículo 249, que no ha pasado desapercibida a la doctrina, aunque sin resonancia, por ahora, en la jurisprudencia de esta Sala; las soluciones que esta situación sugiere se han enderezado a buscar espacio a los dos tipos agravados, bien acotando —con criterio objetivo— el campo de aplicación de cada uno de ellos, bien acudiendo al elemento subjetivo para la definición de estas conductas. La primera solución propiciaría para el hurto y el robo un carácter residual, reduciendo su aplicación a los apoderamientos de cualquier objeto destinado al servicio público, pero distinto de los mencionados en el artículo 249, la segunda solución afirmaría que la finalidad de alterar el orden público era la que daba sentido al susodicho artículo 249, elevándola al rango de elemento subjetivo del injusto, con la consecuencia de someter todos los supuestos a las formas agravadas comunes del robo y del hurto de los artículos 516.1 y 506.6, mientras no constara o se dedujese de los hechos aquella finalidad o motivación específica.

En el trance de aceptar, por mor del recurso, una de soluciones propuestas, debe ser la finalidad perseguida o dolo específico el factor decisivo y delimitador de las dos formas agravadas, mientras subsistan en la legalidad vigente, porque militan a su favor, en el criterio de la Sala, razones muy estimables: en los desórdenes públicos, integrados en el seno de los delitos contra la seguridad exterior del Estado, ha de quedar claramente explícita la intención primordial o preponderante de atentar contra la paz pública o de alterar gravemente el ritmo normal de la vida ciudadana, finalidad evidente cuando se promulgó la Ley de 1948 que asimiló a los desórdenes públicos las sustracciones de materiales metálicos empleados en los sistemas de comunicación, porque entonces —período posterior a la guerra civil— aquellos materiales eran escasos y de elevado valor, por tanto, de tardía y costosa reposición con perjuicio siempre gravísimo para la prestación de los servicios públicos; el dolo de consecuencias necesarias podría cubrir y cubriría, por exigencias de una eficaz represión penal, el elemento subjetivo del deli-

to. La inercia legislativa incorporó dicho precepto al Código Penal, como ha explicado el fundamento anterior, y se mantuvo en la reforma de 1983 pese a tipificar, como formas agravadas del hurto y del robo, el apoderamiento de cosas destinadas al servicio público, debiendo entenderse que en el párrafo segundo del artículo 249 quedaban las sustracciones de materiales destinados a los servicios de comunicaciones, como formas residuales singularizadas por aquel propósito primordial de alterar el funcionamiento de servicios públicos de trascendencia social muy importante; dicha solución, que restringue el ámbito de aplicación del artículo 249, se encuentra en línea con las mayores exigencias del principio de culpabilidad que adoptaba sin reservas la Ley de 1983, con el principio de proporcionalidad de las penas que nace de la necesidad de tutelar el bien jurídico comeditadamente y del carácter mínimo de la intervención penal, y con la tendencia que «ex lege ferenda» exterioriza el Anteproyecto de 1983 al extraer aquellas formas agravadas de apoderamiento del marco legal de los desórdenes públicos, dando respuesta a una reiterada demanda de la doctrina penal que propugnaba su abolición por entender, con buen fundamento, que aquel dispositivo penal agravado respondía a unas circunstancias coyunturales desde hace años superadas.

Las razones expuestas conducen a la estimación de los motivos séptimo y octavo del recurso de casación que forman parte de un único desarrollo argumental con cita del artículo 6 bis a) del Código Penal; la creencia de hallarse realizando una infracción contra la propiedad y no un atentado contra el orden público —motivo séptimo—, y, consecuentemente en el motivo octavo se impugnaba la sentencia por aplicación indebida del párrafo segundo del artículo 249, y correlativa inaplicación de los artículos 514, 515.1 y 516.1 —subtipo agravado—. No hay duda que la intencionalidad de los sujetos fue ajena a la finalidad de atentar contra el servicio público de telecomunicaciones, como reconoce explícitamente la sentencia de instancia, y no es cuestionable la fuerza concurrente, y que se dan en ellos las conexiones que definen el delito continuado. El problema de la ley aplicable a los mismos, que datan del año 1981, ha de resolverse a favor del texto reformado de 1983 por ser la ley penal más favorable: el texto anterior, por razón de la cuantía total de lo substraído, llevaría a la pena de prisión menor en toda su extensión (artículos 515.2 y regla 4.ª del artículo 61), mientras el texto vigente se detiene en el grado medio de la misma pena por aplicación del artículo 515.1 y 2, en relación con la circunstancia 1.ª del artículo 516 y con la regla penológica inserta en el artículo 69 bis. Es obvio, finalmente, que no existe quebranto para el principio acusatorio ni por razón del delito, dada la esencial homogeneidad de los dos tipos agravados, ni por razón de las penas, dado que la referencia ha de establecerse con las pedidas para el delito de desórdenes públicos, y sin indefensión posible por haber sido los propios acusados los que han propugnado el cambio del título de imputación.

ARTICULOS 280 Y 315. RELACIONES ENTRE AMBOS PRECEPTOS. ALCANCE DE LOS ACTOS PREPARATORIOS CRIMINALIZADOS

(STS de 7 de julio de 1988. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Primero. Solicitada por el Fiscal y la acusación particular la condena del procesado como autor de un delito del artículo 280 del Código Penal, el juzgador de instancia entendió que, al no haberse acreditado que aquél fuese quien estampara el anagrama «Addidas» en las camisetas que vendía, su conducta escapaba de la falsificación prevista y castigada en dicho precepto, criterio éste contra el que se alza el único motivo del presente recurso, interpuesto —según se dice— «por haberse infringido el artículo 280 en relación con el 315 del Código Penal, y ambos en relación con el 14, número 3 de dicha ley punitiva», y desarrollado con cierta confusión en el sentido de que la propia tenencia de las repetidas camisetas se tipificaría en esos artículos 280 o 315, siendo el procesado criminalmente responsable como cooperador necesario en uno u otro caso, de manera que —con la servidumbre de la mencionada imprecisión— el examen y consiguiente desestimación de esta impugnación bicéfala ha de desarrollarse en dos líneas distintas: a) **El artículo 280 del Código Penal, a diferencia del 281, gira exclusivamente sobre un comportamiento anterior a la expendición, o si prefiere, sólo tipifica acciones de «falsificación»** (el 281 se refiere a «sustitución» y «expendición»), lo que sitúa la venta extramuros ya de la consumación e impide su consideración como actividad coadyuvante en la realización del tipo penal. Y b) **Las figuras descritas en el artículo 315 del Código tienen como denominador común la posesión de las sustancias, materias, útiles, máquinas o instrumentos de que se habla en el artículo 314, y éstos comportan a su vez la exigencia de hallarse «destinados conocida o exclusivamente a la falsificaciones de que se trata en este Título»** (el III del Libro II), de modo que **son, respecto a los verdaderos delitos de falsedad, actos preparatorios elevados a la categoría de infracciones criminales autónomas**, pero sin que en tal proceder se modifiquen ni dicho carácter sustantivo ni los imperativos del principio de legalidad, o con otras palabras, **sin que a los actos preparativos de la falsificación puedan ser equiparados comportamientos posteriores a aquélla**, es decir, ubicados no en la fase, generalmente impune, que precede al «iter criminis» tipificable conforme a la normativa general, sino en la zona del agotamiento o del acto tardío irrelevante.

ARTICULO 321. INTRUSISMO. OPTICOS DIPLOMADOS

(STS de 3 de mayo de 1988. Pte. Sr. García Miguel)

Primero. En el artículo 1 del Decreto de 20 de julio de 1961, mediante el que se regula el ejercicio profesional de los Opticos, se dispone, que a partir de la entrada en vigor del presente Decreto, todos los establecimientos de óptica o secciones de esta especialidad establecidas en Farmacias deberán tener al frente un **Óptico Diplomado** en la forma prevista en el artículo 2, y en éste se dice que se considerarán ópticos diplomados quienes se hallen en posesión del diploma de ópticos de Anteojería expedido por el Ministerio de Educación Nacional.

Segundo. A su vez, del párrafo segundo del artículo 1 del mencionado Decreto resulta que corresponde a los Ópticos diplomados el tallado, montaje, adaptación y venta de los artículos ópticos destinados a la corrección y protección de la visión.

Tercero. Al aparecer del resultado de hechos probados que el procesado venía realizando trabajos propios del taller de óptica, consistentes en biselado de cristales ahumados, cambios de cristales graduados de una armadura a otra, venta de gafas con cristales graduados, adaptaciones y reparaciones, y que en los locales de su establecimiento se encontraron, entre otros efectos, un oftalmómetro, aparato que sirve para comprobar la curva de la córnea y del cristalino y un frontofocómetro que sirve para comprobar la graduación de los cristales, es indudable que ha quedado acreditado que ha venido realizando trabajos de los destinados a la corrección y protección de la vista a los que se refiere el párrafo segundo del artículo 1, sin estar previsto del correspondiente título al que se refiere el artículo 2, por lo que su conducta incide en el supuesto previsto y sancionado en el artículo 321 del Código Penal, procediendo, en consecuencia, la desestimación del único motivo del recurso interpuesto al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando la infracción de lo dispuesto en el mentado artículo 321 del Código Penal, ya que el Tribunal de Instancia al proceder como lo hizo, lejos de incurrir en infracción alguna procedió con absoluta corrección jurídica.

ARTICULO 325 BIS. COACCIONES PROBATORIAS. DOCTRINA GENERAL. BIEN JURIDICO PROTEGIDO

(STS de 21 de diciembre de 1988. Pte. Sr. García Miguel)

Segundo. Sin duda que lo que movió al legislador a introducir el artículo 325 bis al llevar a cabo la reforma penal de 1983 fue el proteger la **libertad de las partes y de las personas intervinientes en un proceso penal**, y, por ello, los autores que se han ocupado de estas figuras delictivas suelen agruparlas, por imperativo del criterio legal, bajo la denominación genérica o bajo el epígrafe de «delitos contra la libertad de las partes», mas es lo cierto que la agrupación o colocación sistemática conjunta de las figuras contempladas en los párrafos primero y segundo del mentado artículo 325 sólo se explica por la «mens legislatoris» o intención del legislador de dotar de protección penal a hechos que pudieran tener relación con el proceso que es el instrumento mediante el cual se realiza la función jurisdiccional, para lo cual se vio forzado a recurrir al inaceptable procedimiento —justificable por lo loable del fin perseguido— de elevar el móvil a elemento esencial del tipo, pues en realidad, entre ambas figuras delictivas no existe la menor relación ni por su estructura típica ni por el objeto de protección, dado que la comprendida en el párrafo primero constituye un delito de peligro en cuanto que se consuma, con independencia del resultado que se produzca, en cuanto que con violencia o intimidación se realiza la acción típica descrita por el verbo nuclear del tipo, o sea, en cuanto se «intenta» que un denunciante o parte, perito, intérprete o testigo en un procedimiento, se retracte de su denuncia, desista de la acción o deje de prestar su declaración, informe o traducción, o las preste

desviadamente, por lo que su ubicación dentro de la sistemática legal se halla plenamente justificado dado que la acción típica el sujeto activo puede llegar a obstaculizar, entorpecer o desviar el correcto ejercicio de la función jurisdiccional, mientras que, por el contrario, la figura delictiva prevista y sancionada en el párrafo segundo del artículo 325 no tiene su encaje adecuado en el Capítulo I del Título IV, ya que lo que en él se sanciona son comportamientos que atentan contra la vida, integridad, libertad, seguridad de las personas expresadas en el párrafo anterior, lo que de suyo, ya constituyen conductas normalmente subsumibles en otros preceptos del propio Código, por lo que, en todo caso, quedaría justificada una agravación por el plus de desvalor que implica el que hayan sido realizada como venganza o represalia de la actuación de la víctima en un determinado proceso.

Tercero. Mas prescindiendo de las diferencias existentes entre una y otra figura delictiva justificativas de la ubicación o enmarque de cada una de ellas en el lugar que les corresponda en una próxima reforma legislativa, es lo cierto, que ateniéndonos, exclusivamente, a la realidad resultante desde el punto de vista de «lege data», lo que aparece incuestionable es, que ateniéndonos, únicamente, al aspecto temporal del momento en el que se producen las respectivas acciones típicas, es de observar, que las del párrafo primero lo han de ser durante la sustanciación del proceso, ya que tan sólo en este momento puede producir la lesión del bien jurídico protegido, cual es el normal desenvolvimiento del proceso y de la actividad jurisdiccional que mediante él se realiza, mientras que las del segundo párrafo presuponen que el proceso haya concluido o, al menos, que en él se hayan producido con libertad las personas que en el precepto se mencionen, ya que el móvil vindicativo o de represalia presupone el libre proceder previo de la víctima.

Cuarto. La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta, el caso de autos, conduce a sentar la conclusión de que la conducta del procesado que se describe en el resultado de hechos probados es subsumible en el párrafo primero y no en el segundo, artículo 325, como hizo la sentencia recurrida, en cuanto que claramente resulta que las frases amenazadoras o intimidativas que se dice fueron pronunciadas por el procesado se dirigieron a la víctima cuando se hallaba en el Juzgado esperando para prestar declaración, si bien la diferencia de calificación hecha por el Tribunal de Instancia y la que en esta resolución se estima procedente es irrelevante a efectos penológicos dada la remisión que, a efectos de pena, se hace el párrafo segundo a lo dispuesto en el párrafo primero, por lo que la pena impuesta por el Tribunal de Instancia es la procedente conforme a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 325 objeto de estudio.

Quinto. Aun admitiendo, a efectos dialécticos o meramente hipotéticos, los argumentos esgrimidos por el recurrente respecto a su estado de ánimo en el momento en el que realizó la acción delictiva, es incuestionable que lo único que está describiendo es la concurrencia de un dolo repentino o de ímpetu en el que si bien hay que reconocer que los requisitos esenciales del conocimiento y de la voluntad pueden hallarse disminuidos, ante la inexistencia en nuestro Derecho positivo de otro sistema para la determinación de la pena por la influencia del pretendido estado de ánimo sobre la imputabilidad de la atenuación procedente, en su caso, únicamente podría hacerse viable a través de la atenuante 8.^a

del artículo 9, que ni siquiera fue invocada ni objeto de contradicción por todas cuyas razones, es evidente que procede la desestimación del primero de los motivos del recurso.

ARTICULOS 385, 386 Y 390. COHECHO. MODALIDADES. ACTOS INJUSTOS NO DELICTIVOS

(STS de 15 de julio de 1988. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

2.1. El cohecho admite en nuestro Código diversas modalidades, entre ellas, el ofrecimiento o la admisión de regalos, dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, para la consecución de un acto justo (artículo 390), el cohecho para la consecución de un acto injusto (artículo 386) y el cohecho para realizar un acto constitutivo de delito (artículo 385). El problema se plantea, por consiguiente, a la hora de fijar las fronteras entre el primero y el segundo supuesto y entre éste y el tercero o último.

2.2. Excluido el supuesto del artículo 385 porque el acto o actos realizados no son delictivos por sí, en cuanto a los contenidos intrínsecos de las resoluciones en los términos que más adelante se expresarán, resulta procedente examinar la naturaleza de las actuaciones en las que tales designaciones se produjeron, a efectos de llevar a cabo la oportuna calificación, desde el punto de vista jurídico-penal.

2.5. Acaso sólo desde esta óptica puede entenderse cabalmente la distinción entre acto injusto y acto indiferente o justo, a los efectos que aquí interesan. El acto reglado puede someterse a revisión para comprobar su exactitud, cual si se tratara de una operación matemática en función de las concretas exigencias legales. El discrecional no, porque está sujeto a otros parámetros.

En su determinación es de acudir a principios constitucionales. La preocupación de nuestra Ley Fundamental en orden al control por parte de los Tribunales de Justicia de la potestad administrativa y de la legalidad de su actuación, así como del sometimiento de ésta a los fines que la justifican (artículo 106), es un dato orientador.

2.6. Cuando un acto discrecional, en los términos descritos, se realiza como consecuencia de un pacto entre quien lo dicta y quien lo ejecuta, beneficiando económicamente a ambos, tal acto vulnera el fin perseguido por ley. La finalidad de la norma se quebranta porque la meta que objetivamente encarna, incluida la limpieza de la designación como requisito indispensable para su correcto desempeño, no se cumple. No es dable conciliar facultad discrecional, ejercida en los límites que el ordenamiento jurídico establece, con el logro de un lucro por parte del Juez y de los por él designados, por obra de la actividad de éstos, cuyo control —ya imposible— al primero corresponde.

El acto de nombramiento es injusto porque no aspira al quehacer correcto y normal de los nombrados, sino primariamente a la obtención de una plural ganancia.

2.8. En este concreto punto obligada resulta una referencia al principio de legalidad que tradicionalmente impera en el Derecho penal y que ha consagrado el artículo 25 de la Constitución Española, que exige una interpretación acorde con los propios principios básicos de nuestro Ordenamiento. La acertada o desa-

certada distinción legal entre actos contrarios al deber (injustos en la terminología legal), del artículo 386 del Código Penal y los actos justos o indiferentes del artículo 390 ha de hacerse con criterios extrajurídicos penales, al quedar fuera de la reflexión, por las razones apuntadas, los actos constitutivos de delito (artículo 385). La idea de acto injusto frente al justo o indiferente alcanza así una dimensión de legalidad, incluso constitucional, a la que no puede ni debe ser extraña la propia realidad social, elemento integrador de la interpretación de la norma, conforme al artículo 3.1 del Código civil. No puede ser, pues, el Código Penal, por las razones apuntadas, quien facilite el criterio o los criterios de distinción, sino el orden jurídico en general en cuya pirámide el centro y base del sistema está formado por la Constitución Española, como una unidad indivisible e imparcelable.

2.9. Pero para mantener la tesis de la subsunción de al conducta de los procesados en el artículo 386 y no en el 390, es imprescindible razonar previamente por qué no se acepta la incorporación de aquella al tipo penal que se describe en el artículo 385, como propugna el Ministerio Fiscal. De lo que se trata en este supuesto es de que el funcionario realice un acto delictivo y tal circunstancia no concurre en este caso. **Las decisiones que tomaron los Jueces procesados eran actos injustos, pero no delictivos**, porque las resoluciones dictadas no reunían las condiciones necesarias para constituir, como enseguida se dirá, un delito de prevaricación del artículo 356 al tomar la forma de providencias conforme al artículo 4, párrafo segundo, de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, que manda que «en la misma providencia ordenará el Juzgado que queden intervenidas todas las operaciones del deudor. A tal efecto designará tres interventores...», sin que esté suficientemente acreditado que en resoluciones judiciales en forma de Auto —en sentido material y formal— se llevaran a cabo los actos injustos a los que esta sentencia se refiere.

ARTICULO 405. PARRICIDIO. COMISION POR OMISION. DOLO EVENTUAL

(STS de 30 de junio de 1988. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater)

Primero. El único motivo de casación del presente recurso ha sido formalizado por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en él en relación al 407, se denuncia la infracción del artículo 561.1 del Código Penal por inaplicación, y la del artículo 405 del mismo Código, por aplicación indebida.

La Defensa de la recurrente estima que ésta no obró con **dolo**, como lo establece la sentencia recurrida, sino con culpa. Tal afirmación se basa en que tanto el Ministerio Fiscal en su acusación, como la sentencia, admiten que la procesada «acudía al domicilio donde se encontraban sus hijos con asiduidad para atenderlos en la medida que su personalidad, con deficiencias y en progresivo deterioro, como consta en el informe forense, se lo permitía, y había venido sucediendo de esta manera, sin que tuviera lugar ningún evento perjudicial conocido, máxime cuando el otro procesado absuelto también acudía con hasta asiduidad al domicilio conyugal para atender a los hijos, por lo que sentía cariño».

Consecuentemente, afirma la Defensa, el hecho ocurrió «por pura imprevisión y estando (la procesada) en la idea de que su esposo cumpliría las funciones antes mencionadas». Es decir, «no hubo intención de matar, y sí una imprevisión grave en el cumplimiento de sus obligaciones de madre».

El motivo debe ser desestimado.

Segundo. El dolo de los delitos de omisión (sean delitos propios o impropios de omisión) tiene caracteres que, si bien son equivalentes a los de la forma más grave de los delitos activos, difieren del dolo propio de éstos. La doctrina científica ha puesto de manifiesto que **mientras en los delitos activos el dolo se estructura sobre la base de la decisión del autor de realización del tipo en los delitos de omisión, por el contrario, el autor no tiene verdadera voluntad de realización del comportamiento producido.** Precisamente por estas razones, en el delito de omisión la característica básica del «dolo» es la falta de decisión de emprender la acción jurídicamente impuesta al omitente.

A partir de estos presupuestos, el dolo de la omisión se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción, no actúa. En este sentido se ha pronunciado ya esta Sala en las STS de 25 de abril de 1988 (Rec. núm. 943/87), en la que se sostuvo que «en los delitos de omisión (propios o impropios) el dolo del omitente no se puede negar cuando éste ha tenido el conocimiento de las circunstancias que generan el peligro de producción del resultado y de su propia capacidad de acción».

En el caso de los delitos de «comisión por omisión», o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir también a las circunstancias que fundamentan su obligación de impedir la producción del resultado.

Por el contrario, no forma parte del dolo la conciencia del deber de actuar que surge de la posición de garante.

En consecuencia, habrá que apreciar culpa respecto de la omisión cuando el omitente por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción jurídicamente debida, o cuando el obligado a realizar la acción para impedir el resultado (en los delitos impropios de omisión) no alcanza esta meta por la forma descuidada en que ejecuta dicha acción.

Sobre la base de estos conceptos se debe dar respuesta a la cuestión planteada en este recurso.

Tercero. El comportamiento de la procesada aparenta todos los elementos que caracterizan a la forma más grave de los delitos de omisión, es decir, al «dolo» de la omisión.

La acusada tuvo, en primer lugar, conocimiento de la situación que generaba su deber de actuar, dado que fue ella misma la que encerró a los niños en el piso en el que fueron encontrados. Por las mismas razones, supo que, en tales condiciones, los niños no tenían la posibilidad de acceder a alimento alguno y que, en consecuencia, dependían para su subsistencia de la alimentación que ella misma les debía proporcionar.

Asimismo, no cabe duda de que la procesada tuvo conocimiento de su capacidad de acción, es decir, de la posibilidad de alimentar y cuidar niños por sí misma. Es indudable que pudo haber concurrido al piso en que los niños se encontraban y haberles proporcionado alimentos para subsistir. En los hechos pro-

bados no consta que la procesada haya carecido de medios para alimentar a sus hijos y si hubiera sido así, es evidente que tuvo también la posibilidad de intentar ante terceros lograr lo necesario para alimentarlos.

Por último, no ofrece tampoco la menor duda que la recurrente tuvo conocimiento de las circunstancias que fundamentaban su posición de garante, es decir, de las circunstancias de las que surgía su deber de impedir la producción del resultado. En tanto dicho deber proviene en parte del artículo 154.1 del Código civil y en parte del deber general de protección que incumbe a los padres frente a los hijos, el «dolo» requiere que la procesada haya sabido del vínculo que la unía a los niños y de la situación de peligro en la que éstos se encontraban. Ambas circunstancias fueron conocidas por la procesada, ya que sabía que carecían de alimentos y, dado el tiempo transcurrido, no pudo ignorar que sus hijos corrían peligro de morir.

Estas consideraciones privan de toda fuerza de convicción al argumento de la Defensa que sostiene que la procesada pensó que el padre de los niños se ocuparía de ellos. Al no haber intentado que esto fuera realmente así (por ejemplo, comunicándole al padre la situación de aquéllos), el comportamiento de la recurrente sólo exterioriza una total indiferencia y un verdadero abandono de sus hijos a una suerte segura. Sin duda, es posible pensar que la recurrente no haya deseado, acaso, la muerte de los niños, pero, dadas las circunstancias en las que omitió proporcionarles alimentos, sabiendo que tampoco podrían lograrlos por sí mismos, es imposible negar que tomó en serio la probabilidad de su muerte y, no obstante, ello omitió impedirla. Esta conclusión se ve reforzada por el hecho de que si la procesada hubiera abandonado a sus hijos en la calle, éstos seguramente hubieran corrido menos peligro que encerrados en una habitación del piso, sin luz y con las «ventanas y contraventanas totalmente cerradas». Por tanto, si se negara que obró en una forma equivalente el dolo directo, será, de todos modos, imposible negar que al menos lo hizo con un «dolo» eventual.

Por tanto, se dan todos los elementos que permiten afirmar la equivalencia de la omisión de la recurrente con el comportamiento doloso activo. Comprobado todo ello, se debe descartar necesariamente las tesis del delito culposo postulada por la defensa.

ARTICULO 408. RIÑA TUMULTUARIA. POSIBLE ANTICONSTITUCIONALIDAD

(STS de 4 de julio de 1988. Pte. Sr. Vivas Marzal)

Partiendo de la doctrina jurisprudencial sentada por las sentencias de esta Sala, entre otras, de 21 de mayo de 1976, 26 de septiembre de 1977, 29 de marzo de 1984 y 9 de octubre de 1985, es evidente que de la denominada riña tumultaria hay alguna huella histórica en la «Rex Aquilia» y en la «Colluctatio» romanas y, sobre todo, en el Digesto —Libro X, Título II, Ley XI—, si bien su criminalización expresa es obra de los prácticos y de los posglosadores, los que impusieron la solución punitiva de esta figura, aunque atenuándola respecto al homicidio simple. En la España medieval, los fueros municipales (v. g. los de Zamora y Salamanca), se refirieron a la riña, **bulta** o **buelta**, estableciendo que cuando se

ignorara quién fue el autor de la muerte, en la **lide** o **buelta**, el familiar de la víctima podrá elegir, a su placer, como enemigos a dos, tres o cuatro —según versiones— entre cualquiera de los partícipes, y en la Ley LVII de las Leyes de Estilo también se norma esta figura; llegada la época de codificación, el Código de 1822 carece de toda referencia respecto a la riña tumultuaria, pero el Código de 1848 la recoge en su artículo 352 mediante fórmula que ha pasado a todos los Códigos posteriores, con la salvedad del Código de 1928, el cual, en su artículo 516, definía este delito de modo diferente, mientras que el actual le dedica tres preceptos, el artículo 408 cuando resulte homicidio, el 425 en el supuesto de que lo residual hayan sido lesiones graves y el número 8.º del artículo 583 cuando han resultado lesiones menos graves, siendo impunes las lesiones leves causadas en riña tumultuaria. Posteriormente, el Proyecto de Código Penal de 1980, en el Capítulo IV -disposiciones comunes—, de los «Delitos contra la vida y la integridad personal», artículo 172, simplifica y homogeniza la figura, previendo «cuando riñendo varios y acometiéndose, entre sí, confusa y tumultuariamente hubiere resultado muerte o lesiones graves y no constare su autor, se impondrá a todos los que hubieren agredido al ofendido la pena, que se determina, en el primer caso, y la que se dispone, en el segundo»; así, pues, no se castigaba el homicidio a las lesiones graves en riña tumultuaria, sino más bien la agresión en riña tumultuaria, a persona que después resulta muerta o sufre lesiones graves sin que conste el autor, lo que, en definitiva, es nueva fórmula no exenta de los inconvenientes de las anteriores; finalmente, el artículo 154 de la proposición de Anteproyecto de Código Penal de 1983 mejora la figura, la cual se convicte, acaezca o no la muerte, en la participación en una riña tumultuaria, «utilizándose medios o instrumentos peligrosos para la vida o integridad de las personas». Doctrinalmente, no cabe duda de que la punición de esta figura procede de dos principios en pugna, el de **personalidad de la pena** o de estricta culpabilidad personalista, el que exige que nadie sea penado por razones de proximidad o aproximación locales, parentales o comisivas, imputándole actos que no han cometido, al menos, que no consta los haya perpetrado, y el de que **ningún delito debe, a priori**, quedar impune, aunque esto conlleve el riesgo de que se castigue como autor al que no lo es o puede no serlo, posición doctrinal, esta última que podría sintetizarse en la frase de progeie literaria e histórica «perezcan los inocentes si con ellos perece el culpable», o bien en la más enérgica, «**iat Justitia pereat mundus**, habiéndose, asimismo, justificado esta posición con la teoría de la **complicidad correlativa** o **correspectiva**. El homicidio en riña tumultuaria es un delito contra las personas **de sospecha**, porque el legislador establece una presunción muda, pero elocuente, de causación, de **resultado** y no de mera actividad formal o de riesgo o peligro abstracto, el que establece una responsabilidad **escalonada**, subsidiaria, supletoria y privilegiada respecto del homicidio simple y hasta del parricidio, aunque realmente lo es para el autor ignoto y no para el que no lo fue y responde tan sólo por desconocerse la identidad de aquél, utilizando el legislador para la punición una técnica de penalización «en cascada» similar a la utilizada en los artículos 15 y 227 del Código Penal. Lo característico de esta modalidad delictiva no es sólo la especial dinámica comisiva —tumulto y confusión—, sino el desconocimiento del autor del resultado lesivo principal —muerte o lesiones graves—, constando, en cambio, el de los secundarios —lesiones graves o violencias—, añadiéndose por ciertos sectores doctrinales que implica

una concesión al espíritu pragmático más burdo una responsabilidad objetiva disfrazada, así como un homicidio —en el caso del artículo 408— que se atribuye o achaca a una persona por la comisión de actos no homicidas, sino lesivos o violentos. Sus requisitos o elementos estructurales son los siguientes: a) el sujeto **activo** lo es cualquiera de los que riñen, pero siendo un delito esencialmente pluri-subjetivo han de intervenir más de dos personas, aunque el Código español, a diferencia de otros, no lo exige expresamente, habiendo declarado la sentencia de este Tribunal de 29 de noviembre de 1947 que debe concurrir pluralidad de ofensores y de ofendidos; b) **sujeto pasivo** lo es el fallecido a consecuencia de la reyerta, y c) la **acción** o dinámica comisiva se compone de un **elemento positivo**, otro **negativo** y, finalmente, un último **subsidiario**; el elemento positivo es la riña, reyerta, pendencia, pelea o quimera, confusa y tumultuaria; es decir, gragaria, amorga, caótica y anárquica, de todos contra todos, entremezclándose los contendientes, de tal modo que es imposible aislar o singularizar las acciones combatidas de cada uno y el resultado concreto de las mismas, actuando todos y cada uno sin orden ni concierto, entablando una a modo de **bellum omnia contra omnes**, siendo preciso destacar que, **por una parte**, aunque esta Sala, en sentencias de 12 de enero de 1872 y 6 de diciembre de 1882, sostuviera que las banderías determinadas destruyen esta figura delictiva, la tendencia actualmente dominante —véase sentencia de 7 de marzo de 1961— sostiene que lo importante es que, con bandos o sin ellos, haya habido una pendencia de signo caótico y que, **por otra**, sí hay concierto previo, aunque sea tácito, para lesionar o matar a un tercero, no se aplicará el artículo 408, aunque el acometimiento fuera tumultuario —sentencia de 14 de abril de 1952—; el elemento negativo, absolutamente esencial, consiste en desconocerse o ignorarse el autor de la muerte, habiendo declarado este Tribunal, en sentencias de 11 de noviembre de 1895, 14 de octubre de 1924 y 20 de mayo de 1946, que por mucha confusión y caótico tumulto que hubiere en la campal pelea, si se sabe quién es el autor, jamás habrá lugar a la especialidad del tipo analizado, y el elemento subsidiario, radicante en que, no conociéndose la identidad del autor, por el contrario conste la de quien infirió al ofendido heridas graves o, en su defecto, se conozca la identidad del que ejerció violencias sobre la persona del mismo, de tal modo que la responsabilidad de la persona incógnita se extiende a los autores conocidos de actos concomitantes, agravándola en razón a su eficacia. En la actualidad arrecian las críticas a tan debatida figura delictiva, poniendo de manifiesto su incompatibilidad con la presunción de inocencia consagrada en el artículo 24.2 de la Constitución, su disonancia respecto al principio, **nullum crimen, nulla poena, sine culpa**, intensificado en el Código Penal, tras la reforma de 25 de junio de 1983, así como la aleatoriedad procesal —intolerable en un Estado de Derecho—, que supone que el castigo recayente sobre una o más personas dependa de que se conozca o no quién mató; pese a ello, es preciso reconocer, de un lado, que la muerte actúa como una condición objetiva de punibilidad, de las cuales hay manifestaciones múltiples a lo largo del Código Penal, y, de otro, que la falta de armonía entre el artículo 1 del mismo —redacción de 1983— con numerosos preceptos subsistentes tras dicha reforma parcial y urgente y las constantes modificaciones, nunca debidamente coordinadas, que sufre, día tras día, el referido Cuerpo legal, hacen sumamente difícil conocer sus principios inspiradores y, sobre todo, los absolutamente predominantes, por lo cual se hace preciso que el Tribunal Consti-

tucional, con su superior magisterio, tenga ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de los artículos 408, 425 y 583.8 del meritado Código Penal.

ARTICULO 420.3. LESIONES. MIEMBRO NO PRINCIPAL. FALANGETA DE DEDO MEÑIQUE

(STS de 30 de septiembre de 1988. Pte. Sr. Vivas Marzal)

Primero. Los delitos de lesiones propiamente dichos, se hallan regulados en los cuatro números del artículo 420 del Código Penal, cuyas infracciones son, todas ellas, si no delitos cualificados por el resultado, sí, al menos, hechos punibles cuya pena se encuentra determinada por el mentado resultado; su dinámica comisiva puede consistir en herir, golpear y maltratar, y también pueden producirse las referidas lesiones por vía nutricia, así como finalmente, abusando de la credulidad o flaqueza de espíritu del ofendido, y, por último, es denominador común, de todas las figuras enumeradas en el dicho artículo 420 que, el agente, obre con «animus laedendi», único modo de diferenciarlas del homicidio, sean en grado de frustración, sea en el de tentativa. En lo que atañe a su clasificación, ciertos sectores doctrinales, atendiendo a la presencia de los cuatro números que integran el precepto estudiado, distinguen lesiones de primer grado, segundo grado, tercer grado y cuarto grado; mientras que otros diferencian los siguientes grupos: lesiones de resultado indeleble de mayor entidad —números 1.º y 2.º del susodicho artículo 420—, lesiones de resultado indeleble de menor entidad —los tres primeros incisos del número 3.º del precepto analizado— y, finalmente, lesiones computables por el tiempo de duración —último inciso de los números 3.º y 4.º del mismo—. Para lo que aquí interesa, miembro no principal, es el que carece de autonomía funcional, sirviendo tan sólo para facilitar el funcionamiento de los principales, tal como sucede, v. g., con los dedos respecto a las manos o a los pies, habiendo declarado, este Tribunal, en sentencias de 22 de abril de 1876, 27 de febrero de 1886, 6 de mayo de 1897, 4 de octubre de 1905, 16 de junio de 1911, 30 de octubre de 1912, 12 de diciembre de 1924, 15 de marzo de 1929, 16 de febrero de 1952, 8 de abril de 1954, 23 de mayo de 1957, 19 de noviembre de 1966, 10 de marzo de 1960 y 27 de noviembre de 1987, que la pérdida de un dedo, o de alguna de sus falanges, equivale a la pérdida de un miembro no principal, a la que se refiere el segundo inciso del número 3.º del artículo 420 del Código Penal.

Segundo. En este caso, la ofendida, como consecuencia de mordedura causada por la acusada, sufrió la **pérdida de la primera falange —la falangeta— del dedo meñique izquierdo**, por lo que, el Tribunal de Instancia, estimó que había perdido, a consecuencia de las lesiones, un miembro no principal, pero, a pesar de ello, la recurrente, funda su único motivo, además de en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en aplicación indebida del inciso primero —«deforme»— del número 3.º del precitado artículo 420, con lo cual incurre en manifiesta incongruencia con la sentencia recurrida, la cual mal puede haber errado en la aplicación de un precepto que, en verdad, no aplicó, procediendo, en consecuencia, y a tenor de lo dispuesto en el número 3.º del artículo 884 de la Ley Procesal Penal, la desestimación del meritado motivo único.

ARTICULOS 429.1 Y 430. VIOLACION. CONCURSO CON ABUSOS DESHONESTOS

(STS de 27 de mayo de 1988. Pte. Sr. Barbero Santos)

El motivo primero estima violados los artículos 429.1 y 430 del Código Penal, pues declarándose —se afirma— que «en la relación de hechos probados (...), la primera violación se realizó en distinta ocasión y momento a la segunda violación y, posteriormente y consumadas, ante la irrupción de un vecino del inmueble, se realizaron abusos deshonestos».

La realidad, según los hechos probados, es otra, que el recurrente por esta vía estaba obligado a respetar. Esta: Vicente, conminándola (a la víctima) con el arma blanca, tras decirle que «le hiciese una paja», se bajó la bragueta, obligándola a succionarle el pene y acto seguido, quitándola las bragas (...), se lo introdujo en la vagina, dándole instantes después la vuelta, insistiendo de nuevo en penetrarla, sin que conste que llegase a eyacular.

El Tribunal de Instancia razonó cumplidamente por qué se inclinaba por la estimación de un único delito de robo con violación: porque el procesado, una vez realizado el ataque a la propiedad sin solución de continuidad ni ruptura temporal, atacó la libertad sexual de su víctima, desarrollando una conducta con perfecto encuadre en el número 1.º del artículo 429. Y aunque se aceptara —se añade— «que la segunda penetración fuese, asimismo, consumada, total o parcialmente, dada la inmediatidad con la anterior y la respuesta que ello supone a un móvil lúbrico, no pasa de ser un momento, dentro de un acto sexual único, por el propósito y por el tiempo de realización del mismo».

Esta concepción se acomoda a la doctrina de esta Sala. Sostenida a partir de la sentencia de 31 de enero de 1986, que estimó que en los casos de interacción inmediata del acceso carnal con el mismo sujeto pasivo por insatisfacción o por dominio del furor erótico, bajo la misma situación intimidatoria o de violencia, es decir, entre los mismos sujetos, en el marco de la misma ocasión y de circunstancias inmediatas de tiempo y lugar, debía apreciarse la existencia de una sola acción punible. Lo que resulta aún más evidente en el presente caso en que no se afirma la existencia de una segunda penetración.

No pueden, en cambio, estimarse abusos deshonestos dirigidos a la realización del yacimiento carnal, como pretende la sentencia de instancia, sin carácter autónomo y, por tanto, absorbidos por la violación, los consistentes en la succión del pene del procesado. Y ello tanto porque el acceso sexual no pasa normalmente por tal succión como por la trascendencia y efectos que el obligar a realizar tal hecho causa a la víctima, hasta el extremo de que esta Sala se ha dirigido al Gobierno solicitando la previsión de una figura específica agravada de abusos deshonestos constituida por la violación bucal. El motivo se admite, pues, parcialmente.

ARTICULO 430. ABUSOS DESHONESTOS. CONSUMACION

(STS de 2 de noviembre de 1988. Pte. Sr. Carrero Ramos)

Segundo. El artículo 430 tipifica esta figura delictiva simplemente penando con prisión menor al que, con fuerza o intimidación (por lo que a este caso atañe) abusare deshonestamente de otra persona y, puesto que no define en qué consiste ese abuso, hay que tomar la expresión en su sentido general de **actos lúbricos que no incluyen el yacimiento**, es pues, un concepto residual una vez excluido el propósito de yacer que representaría la violación propiamente dicha; por eso este artículo incluso remite el detalle de las circunstancias al anterior relativo a la violación. Se consume este delito por cualquier acto forzado sobre el cuerpo de otra persona atentatorio para el pudor, la doctrina ha considerado bastante cualquier tocamiento lascivo y en este caso el tacto ha sido tan íntimo y erógeno que ha afectado directamente al sexo de la víctima, así se declaró probado y sólo así pudo el autor constatar la presencia de la compresa menstrual que la desalentó no de iniciar y realizar, sino de proseguir en sus acciones deshonestas. El pudor de la víctima y su libertad íntima, derechos protegidos por la norma, han sido ya gravemente ultrajados, sin que precise la **reiteración del contacto para la consumación**, y sin que hubiera obstáculo para llegar hasta allí, ni desistimiento previo de hacerlo. El delito frustrado si fuera posible requería que los actos no hubieran obtenido resultado, por ejemplo: si la víctima hubiera podido evadirse antes del tocamiento deshonesto, el cual es apreciado por la doctrina aunque tenga efecto en otros lugares erógenos del cuerpo y aun por encima de la ropa, y aquí ocurrió por debajo y en el sexo mismo de la mujer. Hay pues, acción consumada suficiente. Son de invocar a este efecto entre otras las sentencias de esta Sala antiguas y recientes: 20 de octubre de 1926, 24 de noviembre de 1928, 3 de junio de 1934, 23 de abril de 1954, 30 de marzo de 1982, 21 de enero de 1984, 16 de febrero de 1985 y 10 de febrero de 1987; y, concretamente, se consume con cualquier acto atentatorio al pudor de la mujer, con independencia de que el ánimo lúbrico quede o no satisfecho, y las formas imperfectas, tentativa y frustración, quedan erradicadas (sentencias de 19 de junio de 1923, 2 de febrero de 1968, 3 de mayo de 1983 y 5 de mayo de 1986). Doctrina abundante que abona que el Tribunal de Instancia se ajustó escrupulosamente a Derecho. Consecuentemente, no pueden entrar en juego los artículos 51 y 73 del Código, ya que no hay tal frustración.

ARTICULO 487.2. ABANDONO DE FAMILIA. INTERVENCIÓN MINIMA DEL DERECHO PENAL

(STS de 28 de junio de 1988. Pte. Sr. Puerta Luis)

La representación de la procesada, Josefa, ha formulado un único motivo de casación por infracción de ley, por el cauce del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denunciando la violación —por aplicación indebida— del artículo 487.2 del Código Penal, al estimar que en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida no se advierte, con la premisa

contundencia, que las acciones u omisiones que la recurrente llevara a cabo o dejara de realizar sean constitutivos del delito que se le imputa.

En orden a la resolución del presente recurso, es conveniente destacar la trascendencia que debe reconocerse en el ámbito familiar al principio de intervención mínima del Derecho Penal, como ha tenido oportunidad de recordar esta Sala, entre otras, en las sentencias de 6 de octubre de 1986, 7 de marzo y 30 de mayo de 1988, así como la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de unos cauces, suficientemente generosos, para que los interesados puedan resolver —en la medida de lo posible— los problemas que necesariamente suscitan las situaciones de crisis familiar, como también ha tenido ocasión de declarar esta Sala en la sentencia de 11 de noviembre de 1985 (*vid.* artículos 73 y siguientes del Código civil). En este orden de cosas debe recordarse igualmente que la propia ley civil prevé determinadas situaciones interinas en las que no cabe hablar, desde el punto de vista legal de incumplimiento del deber de convivencia (*vid.* artículos 105 del Código civil y 1.881 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). No cabe desconocer, finalmente, que la utilización de estos cauces legales exige un cierto nivel cultural por parte de las personas implicadas en estas críticas situaciones.

Constituye el bien jurídico protegido por la figura penal del artículo 487 del Código Penal el derecho subjetivo a la asistencia que poseen los hijos, los pupilos, el cónyuge y, en su caso, los ascendientes de una persona. La jurisprudencia ha venido perfilando los requisitos que se estiman necesarios para que pueda apreciarse la comisión de este delito, que son los siguientes:

- a) Omisión de los mencionados deberes asistenciales, legalmente impuestos.
- b) Posibilidad de cumplirlos.
- c) Que el incumplimiento sea consecuencia del abandono malicioso del hogar o de la conducta desordenada de quien incumple tales deberes (*vid.* sentencia de 28 de abril de 1975, entre otras). Todo ello, finalmente, debe ir unido a una cierta permanencia en la situación creada (*vid.* sentencia de 30 de diciembre de 1950).

En el presente caso, pese a la parquedad del relato de hechos probados de la sentencia recurrida, en la que se omite toda alusión al nivel cultural y a la situación económico-social del matrimonio de la recurrente, así como a los antecedentes inmediatos de la situación de crisis familiar que describe, todo lo cual podría tener un marcado interés a la hora de valorar, desde el punto de vista de la reprochabilidad social, la conducta enjuiciada; es lo cierto que, ello, no obstante, en el mismo se pone de manifiesto que a los dos meses de haberse exteriorizado la situación de crisis familiar, al salir la hoy recurrente del domicilio conyugal, ésta y su marido legítimo «otorgaron y protocolizaron ante Notario un convenio regulador de su separación matrimonial», cuya declaración judicial fue solicitada luego por el marido; precisando también que, después del referido convenio, Josefa ha tenido ocasionalmente en su compañía a sus hijos y ha seguido atentamente su evolución escolar. La conducta de la recurrente, así diseñada, no pueda decirse que sea constitutiva del delito de abandono de familia, de manera patente y categórica, como sería preciso para una condena penal, ya que no cabe apreciar en ella un abandono de sus deberes asistenciales para con sus hijos y su marido legítimo con el carácter de permanencia que viene exigiendo la jurisprudencia de esta Sala. Es más, el relato de hechos probados de la sentencia recurrida pone claramente de relieve que los interesados (la recurrente y su marido legítimo) buscaron el cauce del mutuo acuerdo y de la vía judicial para solu-

cionar los problemas inherentes a su situación de crisis familiar (*vid.* sentencias de 24 de febrero de 1958 y de 27 de mayo de 1968). Procede, en definitiva, estimar este recurso, casar la sentencia recurrida y citar la sentencia que en Derecho proceda.

ARTICULO 501. ROBO. VIOLENCIA SOBREVENIDA

(STS de 4 de julio de 1988. Pte. Sr. Soto Nieto)

Segundo. El segundo de los motivos por infracción de ley y con apoyo en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la vulneración por aplicación indebida de los artículos 500, 501.4 y 512 del Código Penal; se dice que la violencia ejercida por el procesado surgió cuando ya era imposible la consecución del objetivo de aprovechamiento del bolso, pues el que lo portaba lo había tirado momentos antes, encontrándonos ante una falta de hurto en grado de frustración y por otra parte ante un delito de lesiones. La cuestión de si, ideado y puesto en marcha un plan realizativo de un delito contra la propiedad, en su modalidad de hurto o robo con forzamiento en las cosas, la violencia o intimidación surgidas de modo episódico en el *iter criminis*, en desenvolvimiento la dinámica comisiva, son capaces de transmutar el signo de la infracción patrimonial, dando paso a un robo violento o intimidatorio, ha sido resuelta afirmativamente por esta Sala, siempre, naturalmente, que los repudiables actos añadidos, incidentes sobre la libertad, seguridad o integridad de alguna persona, se hallen en conexión con el propósito que presidió el proyecto criminal. Así la jurisprudencia ha sido unánime en estimar que la violencia o intimidación puede, de modo operante y válido, sobrevenir en cualquier momento de la dinámica, sin precisarse que sean anteriores al hecho de la sustracción; insistiéndose en la adscripción de la conducta a las prescripciones del artículo 501 en todos los casos en que los resultados y violencias precedan, acompañen o subsigan a la perpetración del hecho punible, en directa y estrecha conexión de causalidad con el mismo. Posición asumida, entre muchas, por las sentencias de 7 de abril de 1981, 9 de marzo de 1982, 20 de octubre de 1983, 5 de marzo de 1984 y 1 de diciembre de 1986; siendo decisivo que la idea lucrativa sea la prevalente y que las citadas violencia o intimidación no aparezcan espacio-temporalmente tan distantes del hecho atentatorio a la propiedad que, disociándose de él, determinen la ruptura del complejo. Las sentencias de 18 de febrero y 7 de abril de 1981 han reconocido que **el hurto es una de las infracciones idóneas para transformarse en el delito complejo del artículo 501 del Código Penal, cuando en el «iter criminis» se injerta violencia o intimidación para lograr las aptencias patrimoniales del agente.**

ARTICULO 503. EXTORSION. DOCTRINA GENERAL. ANIMO DE LUCRO

(STS de 3 de junio de 1988. Pte. Sr. Moner Muñoz)

Segundo. El delito denominado «extorsión», definido en el artículo 503 del Código Penal es una figura un tanto anómala, **híbrida de robo con violación o intimidación en las personas y defraudación**, según doctrina de esta Sala, sentencias de 25 de octubre y 11 de noviembre de 1982, y 16 de octubre de 1986, en el que se mezclan la vía, sea intimidativa o absoluta, con la maquinación, característica de la estafa. El **objeto material** sobre el que recae la acción es un documento público o privado, debiendo tener además un contenido patrimonial. La **acción**, consiste en, mediante la violencia o intimidación, obligar a otro, a suscribir, equivalente a firmar, y otorgar, que conlleva además, el cumplimiento de los restantes requisitos exigidos para la culminación del acto ante notario, e incluso entregar, siquiera la doctrina discrepe en cuanto a la integración de tal actividad en la infracción delictiva que se analiza. Además, se requiere el **ánimo del sujeto activo de defraudar**, entendido como ánimo de lucro antijurídico o ilícito, según la sentencia de esta Sala de 7 de diciembre de 1965, esto es, propósito de conseguir un beneficio patrimonial al que no se tiene derecho, ya que si lo que se pretende es cobrar una suma dineraria o conseguir lo que ya era debido, habrá, en todo caso, una realización arbitraria del propio derecho, del artículo 377 del Código Penal, o unas coacciones del artículo 496 del propio texto punitivo, radicando, por tanto, la diferencia entre dichas figuras delictivas, únicamente en el referido ánimo defraudatorio. LA consumación se produce tan pronto se obtiene la suscripción, otorgamiento o entrega del documento, con los citados ánimo de lucro y propósito de defraudar, sin ulteriores exigencias, y aunque no se consiga el lucro pretendido, por lo que los actos posteriores que tiendan a asegurar u obtener aquel lucro, o a neutralizar a la víctima para que no disten a las intenciones depredatorias del sujeto activo, pertenecen a la fase del agotamiento, pudiendo constituir, si los hechos son punibles, delitos independientes, que no quedarían absorbidos por la extorsión. Por último, la sanción punitiva, se verifica por remisión a las penas correspondientes de las señaladas en el Capítulo I del Título VIII del Libro II del Código Penal, y más concretamente, aunque el legislador no lo diga, al ser un precepto penal incompleto, el artículo 503, a las citadas en los distintos supuestos del artículo 501 del propio texto legal.

ARTICULO 506.4. OFICINA EN QUE SE CONSERVAN CAUDALES PUBLICOS. OTROS ESTABLECIMIENTOS

(STS de 3 de octubre de 1988. Pte. Sr. Manzanares Samaniego)

Segundo. Mejor suerte ha de corresponder al motivo segundo, que, con igual sede casacional que el anterior, denuncia la aplicación indebida del número 4.º del artículo 506 del Código Penal, pues no todo establecimiento de venta al público llena en sentido estricto la exigencia de que en el mismo «se conserven caudales». Ciertamente, la presencia de dinero será normal en un comercio, pero —como se lee en la sentencia de 17 de junio de 1985— «la circunstancia 4.ª del artícu-

lo 506 se constriñe a aquellas oficinas o establecimientos que conservan caudales como finalidad primordial, no a aquellos donde pasan con carácter temporal, accidental u episódico», lo que excluiría las Cooperativas, según había proclamado ya la sentencia de 1 de febrero de 1966, y las propias oficinas recaudatorias de la Organización Nacional de Ciegos. Pueden citarse en esta distinción la sentencia de 27 de septiembre de 1983, aplicando la agravación a un robo cometido en las oficinas de FECSA, «dedicadas a extender los contratos de suministro de energía, percepción de compras, liquidación de recibos de cobradores, etc.», la de 27 de septiembre de 1986, que la acoge igualmente en relación con una habilitación de clases pasivas, la de 26 de mayo de 1986, en igual sentido respecto a una expendedoría de tabacos «destinada también a la recaudación de quinientas», y la de 3 de junio de 1987, atinente a una agencia de viajes, ejemplos todos ellos que contrastan con el supuesto aquí examinado: un establecimiento de «video». Procede por ello admitir el motivo y prescindir de la repetida agravación específica.

ARTICULO 514. HURTO. DIFERENCIAS CON APROPIACION INDEBIDA

(STS de 12 de julio de 1988. Pte. Sr. Soto Nieto)

Primero. En el recurso formalizado por el procesado con base en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se tacha a la sentencia recurrida de haber cometido error de derechos al calificar los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito de hurto, con infracción de lo dispuesto en los artículos 514 y 516, número 2.º, en relación con los artículos 515 y 69 bis del Código Penal, por aplicación indebida, e infracción de lo dispuesto en el artículo 535 de dicho texto legal, por inaplicación, al merecer los hechos declarados probados la conceptualización de delito de apropiación indebida. El delito de **apropiación indebida** se caracteriza básicamente por la transmutación verificada unilateralmente por el agente en el título posesorio de dinero, cosas muebles o efectos, convirtiendo la posesión jurídica legítima inicial, a la que se había dado paso merced a cualquier relación jurídica habilitadora para ello, en propiedad ilegítima, consecuencia de la deliberada incorporación de aquéllos al propio patrimonio, dolo subsiguiente que da al traste y quebranta el basamento de confianza sobre el que se generó la negociación propiciadora de aquel arranque posesorio que puso lícitamente los objetos en manos del infractor. La esencia de la apropiación indebida —cual resaltan las sentencias de 24 de septiembre, 27 de octubre y 5 de diciembre de 1968, radica en la acción de **accipiens**, transmutando, transformando o trocando esa legítima posesión, en antijurídico dominio, adueñándose de los bienes recibidos, ejercitan su **ius disponendi** que sólo al dueño incumbe. El procesado, en razón de sus funciones de canónigo archivero de la Santa Iglesia Catedral, bibliotecario del Seminario y profesor del mismo, lo que le permitía el acceso al archivo y biblioteca de aquéllos, prevaliéndose de ello, se fue llevando los ejemplares de libros y manuscritos a que se alude en el **factum**, trasladándolos a su residencia. Carecía de cualquier posesión legítima sobre referidos volúmenes, gozando de fácil acceso a los mismos en los lugares donde se guardaban, y ejerciendo, si acaso, sobre algunos de ellos y de forma intermitente, alguna general

función de custodia. Indudablemente, al no haber recibido los libros en depósito, comisión o administración, la relación del procesado con la cosa objeto material de la infracción, potencial acceso a las mismas y esporádicas, accidentales o precarias tenencias, no configuran título posesorio alguno capaz de generar, por causa del adueñamiento de los ejemplares, un delito de apropiación indebida. La calificación de los hechos como delito de hurto es correcta y el motivo ha de ser desestimado, habiendo merecido en su día la inadmisión al suscitar una cuestión nueva.

ARTICULO 519. ALZAMIENTO DE BIENES. DOCTRINA GENERAL

(STS de 27 de octubre de 1988. Pte. Sr. Soto Nieto)

Segundo. Constituye el delito de alzamiento de bienes una infracción de tenencia o mero riesgo, más que de resultado real y lesivo, cuya consumación no exige la absoluta, insuperable y definitiva perjudicialidad del acreedor burlado, pudiendo señalarse como elementos que le caracterizan y definen los siguientes: a) preexistencia de una relación jurídica obligacional de la que se desprende la presencia de una o varias deudas reales, generalmente vencidas, líquidas y exigibles (sentencias de 6 de junio de 1977, 30 de diciembre de 1978, 28 de mayo de 1979, 9 de mayo y 9 de junio de 1986 y 10 de marzo de 1987); b) ánimo del deudor finalísticamente encaminado a defraudar a sus acreedores, eludiendo el cumplimiento de sus obligaciones merced a la procurada desposesión de sus bienes, ocultación, enajenación o desaparición de todo o parte del patrimonio al servicio de aquel designio engañoso, lo que impedirá el ejercicio con resultado favorable de cualquier pretensión dirigida a la realización del crédito, o tornará difícil y escabroso el camino a seguir para la prosperabilidad de la pretensión reclamatoria, elemento subjetivo del injusto que tilda de antijurídico el proceder del reo que, de otra forma, carecería de relevancia en la órbita penal, no confundible con el dolo, limitado éste, ante el conocimiento de las circunstancias del tipo objetivo, a la voluntad del deudor de insolventarse, de «alzarse», conociendo el alcance de su acción en orden al cumplimiento de sus obligaciones; c) materialización de la ocultación, enajenación o desaparición de los bienes propios merced a la actividad dinámica desplegada, imposible de encerrar en **numerus clausus** y tan varia como alumbraba la imaginación humana cuando viene incitada por propósitos defraudatorios, y que ordinariamente plasma en actos de enajenación, gratuitos u onerosos, constitución de gravámenes, ficción de créditos de carácter preferente, etc., medios directos o indirectos de sustraer el activo a la disposición de los acreedores que vienen a definir el elemento objetivo del delito, burlándose de tal modo la eficacia de un orden jurídico estatuido para atendimiento y defensa de los intereses del acreedor; d) situación de insolvencia total o parcial, real o aparente, del deudor, afecto y consecuencia de las maniobras elusivas y fraudulentas llevadas a término con precedencia, en definitiva, directa relación de causalidad entre el alzamiento y la defraudación conseguida, haciéndose de tal modo inefectivos los derechos crediticios de los acreedores, al devenir estéril el ejercicio de sus normales pretensiones procesales de ejecución, tras el reconocimiento judicial del crédito y el imperativo pronunciamiento de condena subsiguiente; situa-

ción fáctica del deudor que obstruye el juego normal de la responsabilidad universal proclamada por el artículo 1.911 del Código civil, ya de una manera absoluta ya relativa, poniéndose en peligro o afectándose de alguna manera el derecho de satisfacción del acreedor, verdadero bien jurídico protegido en el delito de alzamiento de bienes, al crearse un riesgo anormal para sus intereses a través de conductas del deudor que van más allá de los razonables límites de la libertad contractual y del normal poder de disposición; siendo reiterada la jurisprudencia que, de forma más o menos pormenorizadora, viene refiriéndose a los enumerados elementos como requisitos configuradores del delito de alzamiento de bienes, cabiendo citar, entre otras muchas, las sentencias de 20 de marzo de 1974, 30 de junio de 1975, 15 de abril de 1978, 28 de mayo de 1979, 9 de mayo de 1981, 16 de diciembre de 1982, 16 de febrero de 1983, 29 de mayo de 1985, 7 de marzo de 1986 y 22 de abril de 1987.

ARTICULO 529.7 y 8. SUBTIPOS AGRAVADOS DE ESTAFA. VALOR DE LA DEFRAUDACION. MULTIPLICIDAD DE PERJUDICADOS

(STS de 15 de junio de 1988. Pte. Sr. Montero Fernández-Cid)

Tercero. En su segunda dirección el motivo combate la aplicación por parte del Tribunal de Instancia de la circunstancia específica contemplada por el artículo 529.7 del Código Penal, haciéndolo desde una doble perspectiva, la de intentar fraccionar o segmentar el perjuicio contemplado aisladamente a los distintos perjudicados y tratando de conectar el dato normativo de especial gravedad atendido el valor de la defraudación a la peculiaridad de los perjudicados en cuanto entidades bancarias. Desde ambas vertientes la impugnación se muestra desasistida de fundamentación. Pretender aislar lo favorable (delito continuado) de lo supuestamente desfavorable (estimación individualizadora de los perjudicados) en la concepción condenatoria es algo desprovisto de toda sustancia fundamentadora. La descripción normativa del subtipo atiende a un objetivo cual el valor de la defraudación y esta dato normativo del tipo se completa, en cierre legal, mediante la norma contenida respecto al delito continuado en el artículo 69 bis del Código Penal, que en su larga descripción y en sede de infracciones contra el patrimonio expresa que se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. Y no mejor suerte decisoria ha de correr la segunda fase impugnativa del submotivo, en tanto en cuanto la pura objetividad del subtipo se ofrece en la comparatividad hermenéutica de grado máximo contextual. **Pues no se alcanza a comprender cuál sería el área de esta norma si se subjetivizase, al existir dentro del mismo artículo 529 un subtipo que, precisamente, parte (5.^a) de la defraudación «coloque a la víctima en grave situación económica».** El submotivo se revela, por tanto, carente de base y debe consecuentemente ser desestimado.

Cuarto. Contrariamente, la denuncia de vulneración del subtipo establecido instrumentalmente como específica circunstancia de agravación en el artículo 529.8 ofrece una relevancia conducente a su estimación. El denominado delito-masa consagrado legislativamente tras la Ley Orgánica 8/1983, de 23 de junio, requiere necesariamente la existencia en cuanto a los perjudicados de «una generalidad

de personas» (artículo 69 bis del Código Penal). Esta primera nota ofrece, por su ubicación sistemática dentro del texto codificado, una primera exigencia: la no exacta constatación individualizada, en tanto generalidad de personas es algo reconducible a ausencia de enumeración exhaustiva. En segundo lugar, la configuración del subtipo se proyecta sobre un vocablo, como es «múltiple», necesidad de precisiones extrajurídicas. Semánticamente, tal adjetivo no ofrece en su versión oficializada grandes aportaciones, en cuanto el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua simplemente expresa que es vario, de muchas maneras u opuesto a simple. Una vez más, tal codificación lingüística muestra su radical desconexión con el lenguaje usual o «habla». Múltiple en el modo de hablar cotidiano es algo que se conecta con algo que ecide de una simple pluralidad. El término referencial propio sería «multitud» y ese es el sentido propio de la expresión normativa —descartada por insuficiente la mera referencia semántica oficializada—. Multitud que supone óptica y radicalmente una carencia descriptiva individualizada de sus componentes y que, «pari passu», comporta la necesidad de no reducir tales agregados o componentes a un guarismo no significativo numéricamente. En la común intelección popular —último y decisivo destinatario de las normas— «múltiple» no es lo que se individualiza inmediatamente ni mucho menos lo que es representable en cifras no alejadas o distintas de la simple unidad. La categoría normativa exige necesariamente dos notas: una pluralidad consistente y una difusión o, cuando menos, difusibilidad de los perjudicados. Que ello no existe en el caso ahora decidido es llano. Los perjudicados son concretados y escasos en número en la relación histórica ahora incólume. Se trata en todos los casos de entidades bancarias y los perjuicios irrogados a cada una de las mismas, asimismo, determinados. Por ello, estimar o reputar existente en este supuesto la circunstancia específica de agravación que se analiza resultaría totalmente descentrado en el designio del legislador. Debe, pues, estimarse este submotivo con el alcance que se dirá en el siguiente fundamento.

ARTICULO 535. APROPIACION INDEBIDA. CONTRATO DE «LEASING»

(STS de 9 de julio de 1988. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

Segundo. Antes de dar a conocer la consecuencia juridicopenal deducible del anterior relato es necesario puntualizar lo siguiente:

1. El contrato «leasing» o arrendamiento financiero es, como se sabe, un contrato carente de regulación legal en el campo de Derecho privado, pero de otorgamiento posible conforme al artículo 1.255 del Código civil, aparte de que en el orden administrativo y fiscal son numerosas las disposiciones dictadas en relación con esta modalidad contractual.

2. El «leasing», de acuerdo con la doctrina científica más general, es un contrato consensual, oneroso y conmutativo, de tracto sucesivo y traslativo de uso y disfrute por el cual una persona cede los derechos de uso de un bien propio en contrapartida de unas prestaciones, obligándose también a ceder al usuario una opción de compra. La realidad económica y jurídica que sirve de soporte a esta modalidad contractual condiciona las características de la misma en cuanto una empresa obtiene un bien industrial sin el desembolso correspondiente a la

compra, pero con la facultad de adquirir la cosa a la finalización del contrato por el precio que se haya fijado. No hay, pues, ni siquiera, la identidad que se pretende, a efectos de la apropiación, entre el arrendamiento normal de un bien y la cesión a título de «leasing».

ARTICULO 535. APROPIACION INDEBIDA. CUOTAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

(STS de 11 de noviembre de 1988. Pte. Sr. Díaz Palos)

Sexto. El motivo cuarto, también por infracción de ley, combate la aplicación del artículo 535 en relación con el 528 y 529.7 del Código Penal, esto es, la comisión por los recurrentes de un delito de apropiación indebida con la agravante específica de revestir especial gravedad atendido el valor de la defraudación, con el argumento de que si según los hechos probados, la empresa comenzó a tener pérdidas hasta el punto de no poder atender normalmente el pago de sus obligaciones, resultando una indigencia cada vez mayor, de ello se deduce que los procesados no podían disponer del dinero destinado al pago de la Seguridad Social y a la Hacienda Pública en depósito, comisión o administración, posibles títulos de incriminación por dicho delito, sencillamente porque no tenían tesorería para realizar tales pagos.

La estabilidad en el empleo. Reflexiones sobre su alcance como objeto de protección del art. 499 bis CP

(A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1987)

MIREN ORTUBAY FUENTES

Becaria del Departamento de Educación del Gobierno Vasco.
Departamento de Derecho Penal. Facultad de Derecho. Universidad de Deusto

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—1.1. *Antecedentes de Hecho.*—1.2. *Algunas cuestiones que plantea la sentencia.*—2. EL ART. 499 BIS NUM. 2 DEL CÓDIGO PENAL.—2.2. *La estabilidad en el empleo como objeto de protección en el art. 499 bis 2.º CP.*—2.1.1) El despido como ataque a la estabilidad en el empleo.—2.1.2) Vigencia del principio de estabilidad en el empleo.—2.1.3) Aproximación al objeto de protección del art. 499 bis 2.º: mecanismos compensatorios del debilitamiento de la estabilidad en el empleo.—2.1.4) Conclusión.—2.2. *La conducta típica del art. 499 bis 2.º en relación a los despidos disciplinarios.*—2.2.1) Las mendacidades en la comunicación del despido.—2.2.2) Conclusión.

1. INTRODUCCION

La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1987 condena al procesado, entre otros delitos, por uno contra la libertad y seguridad en el trabajo del art. 499 bis CP. En este comentario voy a tratar únicamente de dos aspectos del tipo descrito en el número 2 del primer párrafo de dicho artículo: el principio de estabilidad en el empleo, su vigencia y significado como objeto de protección de la citada norma penal y, en segundo lugar, la posible afectación de ese bien protegido en los supuestos de despido disciplinario.

A modo de Anexo, se reproducen al final de este comentario los hechos que dieron origen a la resolución citada. La sentencia del Tribunal Supremo en que se basan las siguientes reflexiones; sin embargo, resulta conveniente relatar, siquiera someramente, los hechos que dieron origen a la resolución citada.

1.1. Antecedentes de Hecho

El día 15 de marzo de 1981 salió del puerto de Cádiz un buque de la Compañía Naviera V. M. N., S. A., en el que prestaba sus servicios como marinero F. M. I. Al llegar al puerto de Amberes, el día 5 de abril siguiente, la Compañía ordenó desembarcar al citado marinero, sin que hasta ese momento el Capitán del buque hubiese tenido noticia alguna sobre la conducta laboral de aquél.

Con fecha de 8 de abril, el procesado J. A. M. V., Jefe de Personal de la Compañía Naviera, remitió al marinero F. M. I. carta de despido en la que se hacía constar como causas de la sanción laboral la falta de interés profesional y de responsabilidad del trabajador así como la nulidad de su rendimiento en el trabajo. También constaba en la comunicación que el despido había sido motivado por los informes remitidos al Departamento de Personal y por «las anotaciones que constan en el Diario de Navegación del buque "V. del C.", legalizadas convenientemente ante Notario».

F. M. I. no aceptó el despido y recurrió frente al mismo, promoviendo Acto de Conciliación ante el I.M.A.C. de Vizcaya que se celebró el 11 de mayo. En el mismo, la empresa reconoció la improcedencia del despido y ofreció una indemnización al representante del trabajador que éste aceptó, procediéndose a la resolución del contrato de trabajo y renunciando el trabajador a acudir a Magistratura de Trabajo en solicitud de la readmisión o de una mayor indemnización. La razón por la que el trabajador aceptó el acuerdo fue la afirmación que constaba en la carta de despido sobre las anotaciones que se recogían en el Diario de Navegación del buque.

El día 24 de abril, es decir, con posterioridad al envío de la comunicación del despido, el procesado remitió un télex al Capitán del buque «V. del C.», que había llegado a Venezuela, señalándole que debía realizar una anotación en el Diario de Navegación en la que constase que el marinero F. M. I. observaba una disminución voluntaria en el rendimiento de su trabajo. Dicha anotación debía encuadrarse entre los días 16 de marzo a 4 de abril y, posteriormente, legalizarla ante el Consulado de España, remitiendo una copia a la empresa. El Capitán del buque contestó también por télex negándose a realizar las anotaciones si no le obligaban expresamente; como no recibió más noticias, no llegó a efectuarlas.

La Audiencia de instancia estimó que los indicados hechos probados constituían un delito de falsedad en documento oficial del art. 303 en relación con el art. 302.4 en grado de provocación, de un delito de falsedad en documento privado del art. 306 en relación con el 302.4 y 5 en grado de consumación, unidos en concurso ideal con un delito contra la libertad y seguridad en el trabajo, previsto y penado en el art. 499 bis, párrafo 2.º, de los que era responsable el procesado, en concepto de autor.

El Tribunal Supremo en la sentencia comentada estimó el recurso interpuesto por el procesado, casando la sentencia de instancia y dictando otra por la que condenaba a éste como autor de un delito de falsificación de documento mercantil en grado de provocación y de otro contra la libertad y seguridad en el trabajo y le absolvía del delito de falsificación de documento privado.

1.2. Algunas cuestiones que plantea la sentencia

La resolución analizada aborda una pluralidad de cuestiones jurídicas, algunas de las cuales serían merecedoras por sí solas de un estudio detallado. Sin embargo, y como ya he advertido, las características de este trabajo me obligan a centrarme en un sólo tema. No voy a referirme, por tanto, a la cuestionable calificación de «provocación» para la inducción no eficaz (1) ni voy a analizar, aunque llama la atención, la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo al argumentar en la sentencia el motivo por el que las inveracidades en la carta de despido no pueden ser constitutivas de un delito de falsedad en documento privado; el Tribunal considera que la carta no es documento a efectos del art. 306 CP (2).

(1) La sentencia en este punto sigue la línea jurisprudencial tradicional, mantenida por CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, I, 17.^a edic. revisada y puesta al día por CAMARGO, Barcelona, 1975, p. 640. En la actualidad se oponen a la punición de la inducción no seguida de ejecución, COBO/VIVES, *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1984, p. 636; QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1986, p. 546, RODRÍGUEZ MORULLO, G., *Comentarios al Código Penal* I, Barcelona, 1972, p. 182, como ya apuntara ATÓN, J., *Derecho Penal* 2.^a edic. puesta al día por HERNÁNDEZ/BENEY-TEZ, Madrid, 1986, p. 472.

A favor de considerarla como «proposición», MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1985, p. 287 y BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal Español. Parte General*, Barcelona, 1984, p. 311.

(2) El quinto Fundamento de Derecho de la Sentencia analizada afirma que la carta de despido «no es propiamente documento puesto que no tiene una finalidad de preconstitución probatoria, sin que, con ella se acredite o intente acreditar otra cosa que su propia existencia y la voluntad de extinción de la relación laboral que anima al empresario o patrono, careciendo de transcendencia, por lo tanto, que las razones invocadas para la cesación dicha, sean auténticas, o, por el contrario, mendaces o inveraces, máxime cuando, ya se ha dicho, que su finalidad no es acreditar hechos ni la existencia de ellos».

Sin embargo, una carta de despido contiene la voluntad del empresario de dar por extinguida la relación laboral, es creada con fines de preconstitución probatoria y está destinada a surtir en el tráfico los efectos jurídicos que le atribuye el art. 55 del Estatuto de los trabajadores, en cuanto que de no existir tal comunicación escrita el despido sería nulo; por lo tanto parece evidente que la citada carta responde al concepto de documento expresado en el Fundamento de Derecho cuarto de la propia sentencia. Buena prueba de este carácter sería que, si el trabajador falsificase la fecha de la carta para, por ejemplo, incrementar los salarios de tramitación, se consideraría indudablemente documento. No se puede por tanto compartir la afirmación de que en una carta de despido no es documento a efectos del art. 306 C.P.

Otra cuestión diferente es que los motivos alegados para proceder al despido sean veraces o inveraces, ya que ciertamente este extermo carece de relevancia a efectos probatorios.

Respecto al art. 499 bis CP, hay algunos puntos cuyo análisis resultaría interesante, pero que no son abordados por la referida sentencia del Tribunal Supremo y, por ello, también serán obviados en este comentario. Es el caso del problema sobre la posibilidad o imposibilidad de apreciar la existencia de un concurso del delito de falsedad en documento privado (art. 306 CP) con el delito contra la libertad y seguridad en el trabajo (art. 499 bis CP). Contra la sentencia de instancia que castigaba por ambos delitos, el recurrente alegaba la infracción del art. 68 CP por entender que, en todo caso, se trataría de un concurso de leyes, debiéndose sancionar sólo el delito más gravemente penado.

El Tribunal Supremo no entra en la cuestión puesto que, al considerar que no se dan todos los elementos típicos del delito de falsedad en documento privado, desaparece el problema concursal. De cualquier modo, una reciente sentencia del mismo Alto Tribunal parece haber zanjado el tema reconociendo la diversidad de los bienes jurídicos protegidos por ambas normas penales (3).

Tampoco realiza el Tribunal Supremo en la sentencia analizada ninguna consideración sobre el sujeto activo del art. 499 bis, aunque, a mi entender, este punto no queda suficientemente aclarado. En efecto, según consta en la relación de hechos de la sentencia, el procesado J. A. M. V. a la sazón Jefe de Personal, es el que realiza todos los actos que culminan con el despido del trabajador F. M. I. Sin embargo, la que realmente despide y pone fin al contrato laboral es la empresa C. V. M. N., S. A., única titular de la relación laboral establecida con el marinero.

Es evidente que el procesado está actuando en nombre de la empresa, pero es curioso que esta circunstancia no se haga constar expresamente en los hechos probados y que en la fundamentación jurídica no se aluda en ningún momento al último párrafo del art. 499 bis CP o, en su defecto, a la norma genérica del art. 15 bis CP (4).

(3) Respecto a la posibilidad de admitir concurso entre el delito de falsedad en documento privado y el delito que tratamos, la jurisprudencia ha sido vacilante: la sentencia del T.S. de 23-3-76 negó la posibilidad de apreciar ambos delitos, afirmando que se trataba de un concurso de leyes. Posteriormente varias sentencias han estimado el concurso de delitos y la última sentencia del T.S. de que tengo conocimiento (S. de 21 de Dic. 87) zanja el tema afirmando que «al proteger uno y otro precepto bienes jurídicos distintos, se dará un concurso de delitos a resolver por el art. 71 C.P., tal como entendió la S. 13 Abril 1976 rectificando atinadamente la de 23 de Marzo del mismo año que aplicó el art. 68 C.P. como concurso de normas, doctrina la contenida en la primera de dichas sentencias que debe prevalecer, de acuerdo con el apoyo de la doctrina más especializada».

(4) Sobre este tema ver la excelentes monografías de GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal. Teoría General*, Zaragoza, 1985 y *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986.

En los apartados que siguen voy a hacer algunas consideraciones sobre el delito tipificado en el n.º 2 del art. 499 bis CP y fundamentalmente sobre los concretos derechos de los trabajadores que se protegen en el mismo.

2. EL ART. 499 BIS N.º 2 DEL CÓDIGO PENAL

En el apartado segundo del primer párrafo del art. 499 bis C.P. se sanciona con pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 600.000 pesetas al que «por cesión de mano de obra, simulación de contrato, sustitución o falseamiento de empresa o *de cualquier otra forma maliciosa suprima o restrinja los beneficios de la estabilidad en el empleo* y demás condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores por disposiciones legales».

Es evidente que los hechos en que se ha basado la sentencia que analizo no pueden encuadrarse en ninguna de las tres primeras conductas citadas en la norma transcrita por lo que, si el T.S. ha estimado la existencia del delito, es que considera que el comportamiento del procesado se incluye en la fórmula genérica de *cualquier forma maliciosa* que ataca *los beneficios de la estabilidad en el empleo*. Sin embargo, el significado de ese «interés protegido» dista de ser claro.

2.1. La estabilidad en el empleo como objeto de protección en el art. 499 bis 2.º C.P.

La sentencia comentada dedica su Fundamento de Derecho 7.º a un pormenorizado análisis del art. 499 bis C.P. Refiriéndose en primer lugar a la doctrina científica (5), afirma que los estudios más rigurosos han llegado a la conclusión de que en el tipo citado se protegen una pluralidad de bienes jurídicos —dada la diversidad de com-

(5) Aunque por la redacción del séptimo Fundamento de Derecho de la Sentencia parece que el T.S. tiene en su ánimo aludir a todas las elaboraciones doctrinales sobre el art. 499 bis, o al menos a todas las tendencias, no menciona la opinión de un importante sector doctrinal que estima que el bien jurídico protegido en dicho artículo es un bien colectivo y no individual. Por todos se pueden citar a ARROYO ZAPATERO, L., que estima que se protege «El interés del Estado a que se respeten las condiciones mínimas de vida profesional de los trabajadores por cuenta ajena» («Los delitos contra los derechos de los trabajadores. Especial consideración del art. 499 bis C.P.» en *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 15, Jul-Sept. 83, p. 358) y a BAJO FERNÁNDEZ, M., para quien el bien jurídico colectivo es «los intereses del trabajador considerado como parte del contrato de trabajo», «como miembro de una clase social» (*Derecho Penal económico*, Ed. Civitas, Madrid 1978, p. 517). En otro sentido, aunque también considerándolo como bien colectivo, BUSTOS RAMÍREZ, J., estima que se trata de un bien jurídico institucional y lo incluye entre los delitos contra el ejercicio de los derechos (*Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Ariel Derecho, Barcelona, 1986, p. 396).

portamientos previstos— y, en concreto, en el n.º 2 el objeto de protección es la «seguridad y estabilidad» del trabajo.

Tras enumerar las sentencias del T.S. que se han ocupado del tema, manifiesta que, según la jurisprudencia, el bien jurídico es la «seguridad jurídica del trabajador en el mantenimiento del empleo y demás condiciones de trabajo». La reforma que introduce en el Código Penal estos «delitos de explotación» trataba de «tutelar el conjunto de expectativas y beneficios derivados del contrato de trabajo» entre los que se encuentra «la permanencia en la actividad deseada», por ello —estima el T.S.— se incrimina la conducta encaminada a «suprimir o restringir, maliciosamente, los beneficios de estabilidad en el empleo».

En realidad, aunque se mencionan vario intereses como bienes jurídicos tutelados en esta norma penal —así «la humana y social dignidad del trabajador» o la «realidad y fijeza de las condiciones pactadas de trabajo»—, parece que el núcleo o el bien prevalente protegido en el art. 499 bis es la estabilidad en el empleo. Según el T.S. todo el artículo gira en torno a ese principio y el n.º 2 especialmente.

Consecuentemente con esta apreciación, cuando en el Fundamento de Derecho décimo la Sentencia entra en la valoración del caso concreto, establece que el procesado, de modo malicioso, «logró suprimir los beneficios de la estabilidad en el trabajo de un asalariado» ya que, mediante determinadas maniobras, trató de lograr un aparentemente justificado despido disciplinario del trabajador, «suprimiendo su estabilidad en el trabajo» y, posteriormente, consiguió que el propio trabajador renunciase a «la estabilidad de su empleo» en el acto de conciliación donde se reconoció, por ambas partes, la existencia de un despido improcedente. Por todo ello concluye la sentencia que procede estimar la comisión de un delito del art. 499 bis 2.º del C.P.

Sin embargo, esta aseveración según la cual la existencia de un ataque malicioso a la estabilidad en el empleo da lugar a la apreciación de un delito contra la libertad y la seguridad en el trabajo, plantea la cuestión de cómo ha de interpretarse ese pretendido derecho del trabajador o, dicho de otro modo, de si es realmente la estabilidad en el empleo el bien protegido en aquel artículo.

La argumentación de la sentencia analizada puede resumirse del siguiente modo: el hecho de que el trabajador pierda su puesto de trabajo es un ataque a la estabilidad en el empleo y tanto las inveracidades contenidas en la carta de despido como las actuaciones anteriores tendentes a lograr una falsificación del Diario de Navegación son maniobras maliciosas encaminadas a conseguirlo, por lo tanto se dan todos los elementos típicos requeridos por el art. 499 bis n.º 2.

El problema es, en cuanto al primer aspecto, que la sentencia no profundiza en las razones por las que se considera vulnerada la estabilidad en el empleo, cuestión importante y necesitada de clarificación

pues la línea jurisprudencial mayoritaria (dentro de la escasez de sentencias al respecto) parece no considerar suficiente el mero ataque a la estabilidad para poder incluir la conducta irregular de despido en el art. 499 bis 2.º De hecho, la sentencia del T.S. que comento está tomando en consideración las circunstancias en que se decide la indemnización por despido —claramente desfavorables al trabajador— para concluir que se ha dado la conducta típica del citado artículo

2.1.1. *El despido como ataque a la estabilidad en el empleo*

Entre las escasas sentencias del T.S. que versan sobre el art. 499 bis C.P., hay varias que tratan casos de despidos o de rescisiones «irregulares» de la relación laboral. Por ejemplo, las sentencias de 19-2-79, 22-6-79, 27-1-82 y 7-7-84 contemplan supuestos en los que tiene lugar una rescisión colectiva de contratos de trabajo. Se trata de situaciones de crisis empresarial, fundamentalmente por causas económicas, en las que se procede al despido colectivo de todos los trabajadores de la plantilla mediante el cierre de la empresa y en las que se ignora de modo absoluto el procedimiento legalmente establecido para tales casos.

En las citadas resoluciones, puesto que se dan coyunturas de crisis, el Tribunal analiza la posible concurrencia de la figura típica del párrafo segundo del art. 499 bis C.P. (conocida como «alzamiento laboral de bienes») que protege fundamentalmente, según opina la doctrina mayoritaria, los derechos económicos de los trabajadores (6), pero en las argumentaciones de las sentencias no se alude a la circunstancia de que los trabajadores pierden su empleo de un modo cuando menos irregular.

El T.S. absuelve a los procesados en todos los casos por estimar que la «crisis» no se ha producido de modo fraudulento, y en ningún momento entrar a valorar la posible existencia del delito descrito en el n.º 2 del mismo 499 bis C.P., pese a quedar meridianamente claro en los Hechos Probados que las rescisiones de contratos se habían llevado a cabo sin la preceptiva autorización del organismo laboral competente. Pese a ser evidente que los operarios pierden sus puestos

(6) El art. 499 bis en su párrafo segundo establece: «El que en caso de crisis de una empresa hiciere ineficaces maliciosamente los derechos de los trabajadores incurrirá en las penas previstas en el art. 519 de este Código».

La alusión que hace esta norma al delito de alzamiento de bienes lleva a la conclusión de que se está tipificando una situación de insolvencia que perjudique los derechos de crédito de los trabajadores; en este sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 1983, p. 341, sin embargo otros autores estiman que este tipo no protege únicamente derechos económicos sino también laborales; en este sentido, ARROYO ZAPATERO, L., «Los delitos...» ob. cit. p. 373.

de trabajo tras el cierre de las fábricas, el Tribunal pasa por alto totalmente la vulneración de la estabilidad en el empleo.

Por todo ello, creo que resulta necesario buscar cuáles son los criterios que implícitamente se están utilizando para aplicar o no la sanción penal a los comportamientos lesivos de los derechos de los trabajadores, porque, como se ha expuesto, muchas de las resoluciones del T.S. sobre este delito no tienen en cuenta la ruptura irregular de la relación laboral. Si el objeto fundamental de protección es la estabilidad en el empleo, parece que las sentencias debieran entrar a considerar la afectación a ese bien para luego enjuiciar la posible concurrencia además de «formas maliciosas», antes de proceder a la absolución cuando éstas no se den, operación que normalmente no se realiza. A mi juicio, ello está relacionado con la crisis del principio de estabilidad en el empleo y con las transformaciones que la misma ha provocado en el ámbito laboral.

Volviendo a la argumentación contenida en la sentencia que constituye el objeto de este comentario, hay que reconocer que, objetivamente considerado, cualquier despido (7) vulnera la estabilidad en el empleo en cuanto que es una forma de finalización de la relación laboral basada en la voluntad unilateral de empleador. Exceptuando el despido declarado procedente (en el que la decisión del empresario se basa en un incumplimiento grave y culpable del trabajador, así acreditado por el primero), en los despidos improcedentes o nulos (8) tiene lugar una pérdida injustificada del puesto de trabajo, con tintes de ilegalidad.

La cuestión es, sin embargo, que este ataque objetivo a la estabilidad en el empleo es, en cierto modo, admitido por la propia ley laboral, ya que esta normativa, al regular la «sanción» para los despidos injustificados, no establece la readmisión del trabajador, sino que se-

(7) Según ALONSO OLEA (*Derecho del Trabajo*, Pub. Universidad Complutense Madrid, 7.ª ed. revisada, 1981, p. 306) se entiende por despido «la resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario». En sentido más restringido SAGARDOY BENGOCHEA, J. A., (*La terminación del contrato de trabajo*, Pub. del Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980, p. 152) estima que, después del Estatuto de los Trabajadores, por despido debe entenderse solamente «la extinción del contrato de trabajo por decisión del empresario, basada en un incumplimiento grave y culpable del trabajador», es decir, debe remitirse el concepto de despido al conocido como despido disciplinario.

(8) El art. 55 E.T. establece; «1.- El despido regulado en el artículo anterior deberá ser notificado por escrito, en el que han de figurar los hechos de que lo motivan y la fecha en que tendrá efecto.

2.- El despido podrá ser calificado como procedente, improcedente o nulo.

3.- El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. En caso contrario será improcedente.

Será nulo el despido cuando el empresario no cumpliera los requisitos establecidos en el número 1 de este artículo. El posterior cumplimiento por el empresario de dichos requisitos no constituirá nunca subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido, que surtirá efectos desde su fecha.

4.- ...»

ñala ésta como una simple opción del empleador, que en la práctica totalidad de los casos se sustituye por el pago de la indemnización legal (9).

Por lo tanto, la afirmación contenida en la sentencia respecto a que el hecho de que el trabajador pierda su puesto de trabajo supone la supresión de los beneficios de la estabilidad en el empleo, es algo que, por ser obvio, no aporta nada a la interpretación del tipo o, por el contrario, puede significar una amplitud tal del ámbito del injusto que obligue a los Magistrados de Trabajo a pasar el tanto de culpa al Fiscal cada vez que detecten la realización de maquinaciones dolosamente dirigidas a conseguir un despido injustificado.

La Resolución que comentamos establece que la existencia de una lesión de la estabilidad en el empleo es una condición necesaria pero no suficiente, ya que para la perfección del tipo debe concurrir la realización de maniobras maliciosas. Apreciación perfectamente congruente con la configuración típica del art. 499 bis 2.º, que requiere no sólo el correspondiente desvalor de resultado —lesión o peligro para el bien jurídicamente protegido— sino un desvalor de acción construido sobre las «formas maliciosas» idóneas para afectar al bien jurídico. Los aspectos de la conducta típica, en cuanto qué se entiende por «forma maliciosa», serán tratados brevemente más adelante. Veamos en primer lugar la cuestión nuclear relativa al objeto de protección de esta norma penal.

A mi entender, la ambigüedad de la argumentación mantenida por el T.S. se debe a que, si bien todo el razonamiento se construye sobre la supresión de la estabilidad en el empleo, implícitamente el Tribunal está teniendo en cuenta la circunstancia de que, a causa de las falsedades que constan en la carta de despido, el trabajador ha aceptado una indemnización menor de la que legalmente le hubiese correspondido. Parece que es este perjuicio concreto (o la potencialidad de causarlo que encerraba la conducta) y no el mero ataque a la estabilidad en el empleo, la base de la estimación de la existencia del delito. Por lo tanto, la siguiente cuestión que se plantea es la virtualidad de la estabilidad en el empleo como objeto susceptible de protección penal.

2.1.2. Vigencia del principio de estabilidad en el empleo.

El art. 499 bis 2.º C.P. castiga a los que, de forma maliciosa, supriman o restrinjan los beneficios de la estabilidad en el empleo. De la Exposición de Motivos de la Ley de 15 de Noviembre de 1971, introductora del delito contra la libertad y seguridad en el trabajo,

(9) Ver notas 25 y 26 posteriores.

se deduce que la protección penal de la estabilidad es, junto con la de las condiciones de trabajo y seguridad social, el principal objetivo de la reforma, al menos nominalmente (10).

También la Jurisprudencia es unánime al considerar que el bien jurídico protegido es la seguridad jurídica del trabajador, entendiendo por tal fundamentalmente el mantenimiento en el empleo. Respecto a los autores que han tratado el tema, aunque con importantes diferencias sobre el bien jurídico protegido por el llamado «delito social» (11), al analizar el tipo del 499 bis 2.º aceptan que se trata de reprimir las conductas que lesionen la estabilidad en el trabajo (12). Si embargo, llama la atención que, cuando especialistas en derecho laboral examinan esta incursión del derecho penal en su materia, generalmente recalcan que no tiene sentido proteger la estabilidad en el empleo como derecho de los trabajadores porque es, cuando menos, cuestionable su significado en el ámbito laboral (13).

Y esta es la razón que obliga a indagar sobre la vigencia del principio de estabilidad en el empleo y consecuentemente su virtualidad como objeto de protección penal.

Palomeque duda que el meritado principio haya tenido vigencia efectiva en el derecho español ya que, «lejos de haber dispuesto nun-

(10) Es necesaria la matización porque gran parte de la doctrina opina que en el momento histórico en que surge la norma en cuestión, la intención del legislador no era crear un mecanismo eficaz de protección de los derechos de los trabajadores sino, principalmente, acallar los conflictos sociales que se venían produciendo por las condiciones escandalosas en que se desarrollaba la actividad de los trabajadores y, sobre todo, compensar (!) con esta «superprotección» penal la falta de reconocimiento de los derechos colectivos de los trabajadores. Ver, por todos, ARROYO ZAPATERO, L., *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Servicio Social de Higiene y Seguridad en el Trabajo, Madrid, 1981, p. 29.

(11) Ver nota 5. Respecto al bien jurídico protegido en el art. 499 bis C.P., las principales divergencias se encuentran entre el sector doctrinal que estima que se trata de un bien jurídico colectivo (por todos, ver ARROYO ZAPATERO, L., *los delitos...*, ob. cit.) y el que opina que es un bien individual (por todos ver RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal...*, ob. cit. p. 326 y ss.). En cualquier caso es necesario aclarar que, dada la complejidad del tema y las limitaciones del presente comentario, las consideraciones que siguen no versan sobre el bien jurídico protegido en el art. 499 bis C.P. sino específicamente sobre el aspecto concreto de ese bien jurídico que se recoge en el n.º 2 del citado artículo.

(12) ARROYO ZAPATERO, L., *Los delitos...*, ob. cit., p. 367, hace una matización al referirse a la estabilidad en el empleo diciendo que, actualmente «no es un derecho absoluto, sino relativizado por otros intereses». También QUERALT, J. J., *Derecho penal Español. Parte Especial*, Vol. I, Librería Bosch, Barcelona 1986, p. 472, reconoce que la estabilidad es relativa, «pero la "inestabilidad" sólo es aceptable en la medida que está regulada por la ley».

(13) Así se manifiesta MOLERO MANGLANO, C., en «El delito social» en *Revista de Política Social*, oct.-dic. 1973, p. 7, también ZORRILLA RUIZ, M., «Modernidad del art. 499 bis del Código Penal» en *Protección Penal de los Derechos de los Trabajadores*, Univ. de Santiago de Compostela, 1985, p. 160 y PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «Los delitos laborales en la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal» en *La Reforma Penal: delitos socioeconómicos*, ed. de Barbaero Santos, Fac. de Derecho Univ. Complutense, Madrid 1985, p. 350.

ca de la cobertura legislativa de derecho subjetivo, no ha pasado de ser un principio doctrinal, que no concordaba con los numerosos instrumentos habilitados por el propio ordenamiento jurídico» (14).

Por su parte Sagardoy estima que el principio de estabilidad en el empleo es coherente con una política social en épocas de prosperidad socioeconómica, pero quiebra en períodos de crisis (15). En 1971, cuando por primera vez se introduce en el Código Penal un tipo que protege los derechos de los trabajadores, todavía no había estallado la crisis económica cuyos efectos sigue padeciendo el mundo occidental y, en España, perduraba la ilusión desarrollista de los sesenta.

Esa puede ser una explicación de la formulación que el legislador plasmó entonces en el art. 499 bis 2.º C.P., pero probablemente tuviese más influencia la circunstancia que Sagardoy observa al hablar de la estabilidad en el empleo: «En España, y debido a la negación de los derechos colectivos que consagró el Fuero del Trabajo, se produjo a nivel legislativo una protección del puesto de trabajo marcadamente superior al marco europeo, aun cuando pudiera tener fisuras a nivel fáctico» (16).

En 1976 y a pesar del cambio en el panorama socio-económico, la Ley de Relaciones Laborales (L.R.L., 8 de abril de 1976) sigue manteniendo como principio básico la estabilidad en el empleo: el trabajo temporal se considera una excepción a la regla general del contrato laboral por tiempo indefinido y se establece la reincorporación al puesto de trabajo de los arbitrariamente despedidos.

Sin embargo, la L.R.L. había nacido «con su ataúd bajo el brazo» (17) y sus disposiciones respecto al despido iban a durar muy poco (18). Unos meses después de su entrada en vigor, el Dto.-Ley de oct. de 1976 suspendía el derecho del trabajador a la reincorpora-

(14) PALOMEQUE, M. C., «Los delitos laborales...», ob. cit., p. 350.

(15) SAGARDOY, J. A., *La terminación...*, ob. cit., p. 17.

(16) SAGARDOY, J. A., *La terminación...*, ob. cit., p. 22.

(17) OJEDA AVILÉS, A., «El final de un principio (la estabilidad en el empleo)», en *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*. A.A.V.V., Ed. Tecnos, Madrid 1980, p. 468. El autor afirma que la citada ley era «expresión de un fascismo arrinconado y ávido de hacer méritos ante una democracia que parecía incontestable» y surgió «mirada con fastidio desde todos los ángulos, y su desmoronamiento empezó aún antes de ser promulgada».

(18) Tradicionalmente se consideran como antagonistas de la estabilidad en el empleo tanto la flexibilidad en la contratación (contratos temporales) como la flexibilidad en la extinción de la relación laboral (disminución de las garantías del trabajador frente al despido). En este comentario solo me voy a referir a este último aspecto ya que la Sentencia que me sirve de base trata un supuesto de despido, sin embargo, la evolución hacia la generalización de la contratación temporal ha sido mucho más radical que la flexibilización en la terminación de contrato. Existe abundante bibliografía sobre el tema, pero dado el carácter de este comentario podemos remitirnos, por todos, a DURÁN LÓPEZ, F., *El trabajo temporal. La duración del contrato de trabajo*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid 1980 y OJEDA AVILÉS, A., *Programas contra el paro y la restauración empresarial*, I.E.L.S.S., Madrid 1985, y bibliografía citada en ambos.

ción a su puesto de trabajo tras la declaración de improcedencia del despido. Esta que había sido la principal garantía de la estabilidad en el empleo frente al despido arbitrario fue eliminada definitivamente por el Dto.-Ley de Relaciones de Trabajo (de 4 de marzo del 77) que modificó la regulación del despido, admitiendo, aunque no expresamente, la posibilidad del empresario de optar por una indemnización en lugar de la readmisión del trabajador.

Por otra parte, esta última norma introdujo por primera vez el llamado «despido por circunstancias objetivas» que, sin basarse en un incumplimiento imputable al trabajador, permite la extinción de la relación laboral por voluntad unilateral del empleador cuando concurren causas objetivas «fundadas en la capacidad profesional del trabajador o necesidades de funcionamiento de la empresa» (19). Los efectos de este despido son muy similares a los del despido disciplinario, cabiendo también la opción del empleador por la no readmisión en caso de que la rescisión del contrato no sea procedente (20).

La Constitución de 1978 establece en su art. 35.1 el derecho de todos los españoles al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio y a una remuneración suficiente. Durante la gestación de esta norma, y concretamente en el Pleno del Congreso, se presentó una enmienda, dirigida a introducir una referencia a la garantía de la seguridad en el empleo, que no se aprobó (21). De la redacción definitiva del citado artículo ha de concluirse que la Constitución no recono-

(19) El art. 39 del Dto.-Ley de 4-3-77 establece:

«Art. 39. 1. Por circunstancias objetivas, fundadas en la capacidad profesional del trabajador o en las necesidades de funcionamiento de la empresa, constituyen causa suficiente para el despido las siguientes:

- a) La ineptitud del trabajador; originaria o sobrevinida.
- b) La falta de adaptación del mismo a las modificaciones tecnológicas del puesto de trabajo que viniera desempeñando, siempre que fuese adecuado a su categoría profesional.
- c) La necesidad de amortizar individualmente un puesto de trabajo cuando no proceda utilizar al trabajador afectado en otras tareas.
- d) Las faltas, aún justificadas, de asistencia al trabajo, cuando fueren intermitentes, superen en un año, el 30 por 100 de las jornadas y no respondan a accidente o enfermedad que produzcan incapacidad continuada de larga duración.

2. Cuando la amortización del puesto de trabajo prevista como causa suficiente en el ap. c) del párrafo anterior afecte a un conjunto de trabajadores, habrá de seguirse el procedimiento de regulación de empleo conforme a las normas específicas del mismo».

(20) El art. 42 del Dto.-Ley de 4-3-77 señala que contra el despido por causas objetivas se puede recurrir como si se tratase de despido disciplinario y en el art. 44 establece que la calificación realizada por el Magistrado de la nulidad o improcedencia de la extinción producirá los mismos efectos que los señalados para el despido disciplinario, con pequeñas modificaciones.

(21) Ver el estudio realizado por VIDA SORIA, J., «Génesis de las normas laborales en la Constitución española de 1978» en *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Gaspar Bayón Chacón*, A.A.V.V., Ed. Tecnos, Madrid 1980, p. 259.

ce expresamente un derecho individual a la estabilidad en el empleo (22).

Respecto al Estatuto de los Trabajadores (E.T.), norma básica del derecho laboral vigente, Sagardoy estima que «ha optado por la flexibilidad en la contratación más que en la terminación» de la relación laboral (23). Efectivamente, la crisis del principio de la estabilidad en el empleo se ha traducido en una notable ampliación de las posibilidades de contratación temporal que ha sido exuberantemente desarrollada por la normativa posterior (24). Sin embargo, no puede afirmarse que el E.T. ha eliminado la flexibilidad en el momento de la extinción del contrato laboral, simplemente ha continuado la línea de evolución iniciada por los textos legales anteriores.

En el aspecto que vengo tratando —el despido disciplinario— el E.T. no defiende la continuidad en el puesto de trabajo: si el despido es declarado improcedente, expresamente se establece que el empresario puede optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización, ahora determinada legalmente (25). Como efecto del despido nulo el art. 55.4 ordenaba la readmisión inmediata del trabajador, pero es necesario utilizar el verbo en pasado porque la Ley de Procedimiento Laboral, promulgaba tres meses después del E.T., establece en la ejecución de las sentencias de despido un «incidente de no readmisión» para el caso en que el empresario no proceda a ésta en los despidos declarados nulos. La consecuencia del incumplimiento por parte del empleador se reduce a una indemnización igual a la establecida para el despido improcedente, que únicamente

(22) El art. 40 C.E. —situado en el Capítulo III «De los principios rectores de la política social y económica»— señala en el último inciso de su apartado 1 la obligación de los poderes públicos de realizar, de manera especial, una política orientada hacia el pleno empleo. Se puede entender que la norma citada recoge el principio de estabilidad en el empleo, no como derecho individual sino en su acepción amplia de política de empleo; sin embargo creo que es más correcto interpretar que el Legislador opta por sacrificar las garantías individuales de mantenimiento del puesto en aras de un mejor reparto del trabajo.

(23) SAGARDYO, J. A., *La terminación...* ob. cit. p. 23.

(24) Ver n. 18 anterior.

(25) El art. 56 del E.T. establece:

«Art. 56. Despido improcedente. -1. Cuando el despido sea aclarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de las siguientes percepciones económicas, que deberán ser fijadas en aquélla:

a) En todo caso, a una indemnización, cifrada en 45 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades.

b) A una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique la sentencia de la jurisdicción competente o hasta que se haya encontrado otro empleo si tal colocación es anterior a dicha sentencia y se pruebe por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación...».

se verá incrementada por la mayor cuantía de los salarios de tramitación (26).

La panorámica hasta aquí esbozada sobre la vigencia del principio de estabilidad en el empleo debe ser contemplada actualmente desde una nueva perspectiva, la creada por el fenómeno de la reconversión industrial y la política de empleo que conlleva.

Como señala Ojeda Avilés —citando a Sagardoy— las reconversiones industriales no son sino «la punta del iceberg que supone la transformación del Derecho de Trabajo desde un derecho de protección al empleado, a un derecho de contención del desempleo» (27). Para aquel autor, los planes de reconversión no tienden a la creación de empleo, de hecho se están utilizando los mecanismos de jubilación anticipada, despidos y expedientes de regulación de empleo para suprimir puestos de trabajo y, junto a la contratación temporal, «han echado por tierra toda la protección del trabajador contra la aleatoriedad en los empleos» (28).

El fenómeno no es privativo de nuestro país. Ghezzi, al analizar la legislación italiana sobre la reconversión, llega a la conclusión de que el interés por mantener el nivel de empleo prevalece incluso sobre la garantía de conservación de derechos adquiridos por los trabajadores individuales (29).

En conclusión puede afirmarse que, en las actuales circunstancias, resulta casi irónico hablar de la protección penal de la estabilidad en el empleo, cuando la política laboral avalada o permitida por el Estado legislador es claramente antagónica del citado principio. Por esta razón es parentorio redefinir el objeto de protección del art. 499 bis C.P. y especialmente de su 2.º apartado.

Lo dicho anteriormente no significa que la protección penal de los derechos de los trabajadores sea supérflua o excesiva, por el contrario, la vocación del Derecho Penal como *ultima ratio* es compatible con la firme defensa de los derechos básicos de los trabajadores,

(26) El art. 55. 4 del E.T. señala que «El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir. El nuevo despido podrá efectuarse en un plazo de siete días siguientes a la declaración de nulidad de despido». En los arts. 208 y ss. de la L.P.L. se establece que, cuando el empresario no procediere a la readmisión del trabajador —o la readmisión fuese irregular—, éste podrá solicitar la ejecución del fallo ante la Magistratura de Trabajo. Tras una serie de trámites el Magistrado declarará extinguida la relación laboral, acordando que se abone al trabajador una indemnización cifrada en 45 días de salario por año de servicio, con un máximo de 42 mensualidades y computándose como tiempo de servicios el transcurrido hasta la fecha del auto que resuelve el incidente.

La única excepción legal a esta conversión de la obligación específica de readmitir en el deber del empleador de abonar una indemnización se contempla para los representates legales de los trabajadores, para los que únicamente cabe el cumplimiento «in natura» de la sentencia.

(27) OJEDA AVILÉS, A., *Programas contra el paro...* ob. cit., p. 35.

(28) *Ibidem*, p. 36.

(29) GHEZZI, G., «La reconversión industrial en Italia» en *Relaciones laborales*, N.º 0, Nov. 84, p. 48.

más necesaria si cabe en un momento histórico en que resultan ser ellos los que fundamentalmente están padeciendo los efectos de la crisis del sistema económico.

2.1.3. *Aproximación al objeto de protección del art. 499 bis 2.º: mecanismos compensatorios del debilitamiento de la estabilidad en el empleo.*

De la exposición anterior se concluye que resulta necesaria una reformulación del principio de estabilidad en el empleo de forma que se dote al mismo —y en consecuencia al tipo penal que analizamos— de un contenido material.

Zorrilla Ruiz, en un comentario sobre el art. 499 bis C.P. donde analiza la adecuación de esta norma preconstitucional a la legalidad vigente, sugiere que, al igual que ha sucedido en el Derecho del Trabajo, también en el ámbito penal ha de entenderse que el principio de estabilidad en el empleo ha sido sustituido por el de «continuidad en el empleo» (30).

En este sentido Sagardoy cita a una comisión de expertos de la CEE que ya denunciaba la necesidad del cambio de orientación en la política laboral, «de modo que el objetivo principal sea crear las condiciones necesarias para que cuando no pueda ser evitada la extinción de una relación laboral, se produzca un trasvase rápido y garantizado a una relación nueva de trabajo de nivel equivalente» (31). Evidentemente este planteamiento presupone, como mínimo, la existencia de una prestación de desempleo que mantenga un cierto nivel de ingresos hasta que no se inicie la nueva relación laboral.

El principio de «continuidad» que así se perfila constituye un enfoque realista en cuanto que significa admitir lo inevitable, pero intentando suavizar los efectos mediante la sustitución de los contratos de trabajo que se extinguen o, al menos, garantizando el subsidio económico mientras se prolongue el desempleo.

Aún arriesgándome a emitir apreciaciones sobre materias que no son de mi especialidad, me atrevería a afirmar que el concepto de «continuidad en el empleo» no está todavía suficientemente elaborado. Evidentemente el desarrollo de dicho principio y el estudio de su aplicabilidad y consecuencias son competencia exclusiva de los especialistas en derecho laboral; sin embargo el operador de la ley penal

(30) ZORRILLA RUIZ, M., «Modernidad...» ob. cit., p. 160.

(31) SAGARDOY, J. A., *La terminación...*, ob. cit., p. 19. Hay que señalar que para referirse a un mismo concepto, este autor no emplea la misma terminología que Zorrilla Ruiz. De cualquier modo, en adelante hablaré de «continuidad», entre comillas, queriendo indicar que, más que un principio con entidad concreta se trata de constatar la inexistencia de la estabilidad en el empleo.

no puede permanecer pasivamente a la espera. Si el evanescente principio de la estabilidad en el empleo no tiene una existencia real, es necesario determinar qué derechos concretos han sustituido a aquél.

Actualmente, el ordenamiento español no recoge un «derecho a la continuidad en el empleo» en el sentido expuesto y, por ejemplo, no garantiza la cobertura completa del desempleo sino que la prestación sólo se concede durante un período de tiempo determinado. Sin embargo, el citado principio se traduce en una serie de derechos concretos del trabajador que integrarían el objeto de protección del artículo 499 bis 2.º, en la interpretación que se propone.

El primero de esos derechos debe ser el de permanencia en el empleo en aquellos supuestos en los que, a pesar del amplio margen de maniobra que la ley concede al empleador, está claramente prohibido rescindir unilateralmente la relación laboral. Es lo que sucede respecto a los despidos injustificados de los representantes de los trabajadores (32) o en los despidos atentatorios contra derechos fundamentales (33). En estos casos la ley laboral —o la interpretación jurisprudencial— ha establecido la continuidad del vínculo laboral, sin permitir al empleador otra opción diferente. La finalidad perseguida por el empleador con estas sanciones es la elusión del respeto a los derechos fundamentales y por tanto lesiona la estabilidad en el empleo en cuanto que ésta supone un mecanismo de protección del ejercicio o reconocimiento de aquellos derechos constitucionales en el ámbito de la relación laboral. Por ello aquí no cabe sustituir la estabilidad en sentido estricto por otras prestaciones complementarias y la extinción unilateral y maliciosa del contrato de trabajo constituye

(32) El art. 56 E.T. que trata de los efectos del despido improcedente establece en su apartado tercero:

«3. En el supuesto de despido de representantes legales de los trabajadores, la opción corresponderá siempre a los mismos, siendo obligada la readmisión si el trabajador optase por esta».

Hemos señalado anteriormente (nota 26) que en el caso de despido nulo de un representante de los trabajadores, la L.P.L. no permite la sustitución de la readmisión por una indemnización. Por el contrario los arts. 212 y ss. del citado texto legal establecen una serie de medidas para evitar la extinción de la relación laboral, asegurando que «en cualquier caso, perciba el trabajador su salario y se mantenga la situación de alta en la Seguridad Social».

(33) La jurisprudencia laboral ha creado la figura del despido «radicalmente nulo», añadiéndola a los tres tipos configurados por la ley de despido procedente, improcedente y nulo. La nulidad radical se refiere a las decisiones empresariales violadoras de derechos constitucionales del trabajador (normalmente son vulneraciones del art. 14 C.E., aunque se ha constatado la lesión de otros derechos) y en el caso de despido, supone la obligación de readmisión con una aplicación analógica de los arts. 212 y 213 L.P.L. (Ver nota anterior), para solucionar los problemas que puedan surgir en la ejecución.

Este nuevo tipo de despido fue creado por los Tribunales laborales, pero ha recibido un importante apoyo al ser asumido por el Tribunal Constitucional a partir de la sentencia de 23 de Nov. 1981. Ver DURÁN LÓPEZ, F., *El derecho del trabajo en la Jurisprudencia constitucional*, Ed. I.E.L.S.S., Ministerio de Trab. y Seg. Soc., Madrid, 1985, p. 122.

un ataque al interés protegido en el art. 499 bis 2.º, con independencia de que también pueda lesionar otros bienes jurídicos (34).

En el resto de los supuestos, el principio de continuidad supone la sustitución del derecho a la estabilidad en el empleo por el derecho a percibir la indemnización establecida legalmente. El empleador lesionaría este bien cada vez que maniobrara para eludir esta obligación, pero también sería antijurídica su conducta cuando falsease datos sobre el salario o la antigüedad reales con el fin de pagar una indemnización menor que la correspondiente al trabajador. Los llamados «salarios de tramitación» tendrían a estos efectos la misma consideración que la indemnización (35).

Otro derecho sustitutivo de la estabilidad en el empleo, quizás el más importante, es el de percepción de las prestaciones por desempleo, pero su relevancia a efectos de la protección penal es menor en cuanto que difícilmente el empleador puede lesionar el derecho del trabajador. La legislación laboral —en concreto la L.G.S.S. (36)— establece en materia de desempleo lo que la doctrina laboralista ha llamado «principio de automaticidad de las prestaciones» que consiste, básicamente, en que una vez demostrada la realidad de un trabajo por cuenta ajena, la percepción económica se reconoce al trabajador con independencia de que el empresario haya incumplido sus obligaciones para con la Seguridad Social.

En todo caso, la posible lesión del derecho del trabajador —concretada en un retraso en la percepción del desempleo— únicamente podría provenir de que el empleador no hubiese dado de alta al trabajador en la Seguridad Social o de que no hubiese cotizado debidamente, pero en cualquiera de los dos casos parece que la conducta

(34) Muchos de los despidos aludidos (de representantes de los trabajadores o vulneradores de derechos fundamentales) reflejan o son motivados por conductas antisindicales del empresario o actos de éste contrarios a otros derechos colectivos de los trabajadores (derecho de huelga, por ejemplo) por lo que en algunos casos lesionarían el bien jurídico protegido en el art. 177 bis C.P.: el ejercicio de la libertad sindical y del derecho de huelga. Siendo este bien jurídico disitivo del que se protege en el art. 499 bis C.P., que se refiere a los derechos que surgen en relación individual de trabajo, podría, en determinados casos, apreciarse el concurso entre ambas normas. En este sentido, ver el interesante estudio sobre el art. 177 bis C.P. de BAYLOS GRAU, A., y TERRADILLOS BASOCO, J., «Protección jurídico-penal de la libertad sindical y del derecho de huelga», en *Relaciones laborales*, n.º 1, 1986, pp. 30-54.

(35) Ver art. 56.1 E.T., transcrito en nota 25.

(36) El art. 95 de la Ley General de la Seguridad Social establece en su n.º 3 que «Los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de éste régimen general se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiere incumplido sus obligaciones».

La automaticidad de las prestaciones deriva del juego combinado de este precepto con el apartado 2 del art. 95 de la Ley de Seguridad Social de 21 de Abril de 1966 (transitoriamente en vigor en este aspecto, según reiterada jurisprudencia) que asegura la percepción de las prestaciones económicas, de forma directa a cargo del organismo competente, sin perjuicio de su posibilidad de repercutir contra el empresario incumplidor.

de áquel tendría mejor encaje en la descripción típica del n.º 1 del art. 499 bis C.P. (37).

En la actualidad son los derechos enumerados los que básicamente integran el derecho genérico a la «continuidad en el empleo» o, dicho de otro modo, los sustitutivos de la estabilidad en el empleo. Probablemente en un futuro próximo estos derechos de los trabajadores podrían ampliarse en la línea expuesta, tal como indican los expertos de la CEE. En este sentido y refiriéndose a Francia, Lyon-Caen remarca cómo una política de empleo coherente y orientada a abordar las consecuencias sociales de la reconversión industrial, conllevaría un derecho de los trabajadores a la formación o a la readaptación profesional que posibilite su recolocación (38). Este derecho supondrá en muchos casos, una obligación correlativa para la propia empresa afectada por la reconversión y podría convertirse así en otro sustitutivo de la estabilidad en el empleo.

Si hemos planteado la redefinición de la estabilidad en el empleo como continuidad y ésta se entiende como la posibilidad real de paso de una relación de trabajo a otra equivalente, puede plantearse que esa «opción a un nuevo puesto laboral» sea también un interés protegido por la norma que estudiamos y sería una conducta lesiva de dicho interés, por ejemplo, la del empleador que da unas referencias falsas sobre un antiguo trabajador suyo con el fin de que no acceda a un nuevo puesto de trabajo.

La interpretación que se propone respecto al objeto de protección del art. 499 bis 2.º no es contraria a los principios generales de Derecho penal. Por una parte, es acorde con el texto constitucional (arts. 35 y 41 C.E.) y con la legislación laboral y es la más adecuada al

(37) Art. 499 bis. -«Será castigado con pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 600.000 pesetas: 1.º El que usando de maquinaciones o procedimientos maliciosos imponga a los trabajadores a sus servicio condiciones laborales o de seguridad social que perjudiquen los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales o convenios colectivos sindicales».

Son imaginables supuestos en los que el incumplimiento de la obligación de cotizar sea posterior a la toma por parte del empresario de la decisión del despido e incluso que áquel responda a la intención específica de perjudicar el derecho del trabajador al subsidio de desempleo, pero estos supuestos no son muy verosímiles y si se diesen vendrían a demostrar que las figuras descritas en los números 1.º y 2.º del 499 bis se superponen frecuentemente, perjudicando la protección real de los derechos de los trabajadores.

Otra cuestión diferente es que el impago de cotizaciones, con independencia de que pueda tipificarse en determinados casos en el art. 499 bis 1.º cuando perjudique los derechos de los trabajadores, siempre constituye una lesión de intereses generales y, en este sentido, la Propuesta de Anteproyecto de C.P. de 1983 incluye aquella conducta siempre que se emplee ardid fraudulento y que la deuda sea igual o superior a dos millones de pesetas entre los delitos contra el sistema de la seguridad social (Art. 291 P.A.N.C.P.).

(38) LYON-CAEN, A., «Derecho del trabajo y reconversiones industriales. Algunas reflexiones a partir del ejemplo francés», en *Relaciones laborales*, n.º 0, nov. 1984, pp. 27-42.

contexto social en que la norma va a ser aplicada (art. 3.1 C.C.) (39). Por otra parte, la redefinición de la estabilidad en el empleo no significa una ampliación del ámbito del injusto por vía interpretativa; al contrario, la concreción de los derechos protegidos reducen la ambigüedad del tipo y, en cierto modo, restringe el elenco de conductas penalmente relevantes, aunque, de hecho, siguen siendo numerosas las conductas ilícitas que encajan en esta reformulación.

De acuerdo con lo expuesto, la conducta de un empresario que injustificadamente vulnera el derecho a la estabilidad en el empleo de un trabajador puede no ser relevante penalmente si respeta los derechos «sustitutivos». Esta conclusión puede ser ciertamente lamentable, pero la realidad impone sus límites y la protección penal de los derechos de los trabajadores no puede ser incongruente, no puede ir más allá que la propia normativa laboral.

2.1.4. Conclusión

La alusión que hace el Código Penal a los «beneficios de la estabilidad en el empleo» no puede interpretarse actualmente como una rígida protección penal del mantenimiento del puesto de trabajo.

Los citados «beneficios» se concretan en unos «derechos sustitutivos» como son la indemnización y las prestaciones por desempleo. Probablemente, en el futuro surgirán nuevos derechos y garantías de los trabajadores ante la pérdida del puesto de trabajo pero, desgraciadamente parece imposible recuperar (si alguna vez ha existido) el derecho al mantenimiento en el empleo.

Esta regla general tiene excepciones para los casos en los que la estabilidad representa una garantía del ejercicio de derechos fundamentales del trabajador. En estos supuestos no caben los sustitutivos y ha de protegerse la conservación de la relación laboral.

En conclusión, se propone una interpretación restrictiva del tipo penal del n.º 2 del art. 499 bis C.P. y en concreto de la expresión «beneficios de la estabilidad del empleo». Es una exégesis condicionada por la realidad social y por la evolución experimentada por las relaciones laborales, pero no debe significar una relajación de la protección penal de los derechos de los trabajadores sino, por el contrario, una clarificación del tipo y una mayor operatividad en la persecución de las conductas lesivas de tales derechos.

(39) Este criterio sociológico de interpretación se está ya utilizando al aplicar el art. 499 bis C.P., así, por ejemplo, ningún autor pone en duda que la expresión «convenios colectivos sindicales» del n.º 1 del citado artículo ha de entenderse referida a los actuales convenios colectivos, regulados por el E.T. y —a diferencia de los convenios existentes en el régimen anterior— expresión de la autonomía de las partes. Por todos ver ZORRILLA RUIZ, «La Modernidad...», ob. cit., p. 151.

En este punto debe observarse que la, en principio, extensa protección de la estabilidad en el empleo se ha traducido en una casi absoluta ignorancia de la norma penal, que ha sido muy escasamente aplicada (40). La inconcreción del interés protegido da lugar a la aparición de figuras delictivas elásticas, que según Pedrazzi, acaban por «hacer recaer sobre los hombros del juez la función de delimitar (*ja posteriori!*) los confines del ilícito» (41). Este defecto de construcción legal que en otra clase de delitos pudiera provocar una descriminalización excesiva (42), tratándose de delincuencia socio-económica supone una descriminalización fáctica.

Aunque muy diversos factores inciden en la vigencia práctica de una norma penal —en este caso es determinante la reacción de los sindicatos y de los propios trabajadores afectados— es de esperar que los esfuerzos encaminados a la determinación de los concretos derechos de los trabajadores protegidos penalmente favorezcan una persecución más eficaz de los delitos laborales.

En el caso concreto enjuiciado en la sentencia analizada, las dolosas maniobras del empleador van dirigidas fundamentalmente a evitar el pago de la indemnización legal, persuadiendo al trabajador de que no acuda a la Magistratura de Trabajo, por lo que pone en peligro claramente el derecho del operario a percibir la indemnización legalmente establecida en caso de despido injustificado. Por ello, según la interpretación propuesta, la conducta es idónea para afectar a los «beneficios de la estabilidad en el empleo» en cuanto que afecta directamente a la prestación sustitutiva.

2.2. La conducta típica del art. 499 bis 2.º en relación a los despidos disciplinarios.

A la luz de las ideas esbozadas sobre el objeto de protección voy a referirme brevemente a la conducta típica y, en concreto, a la acción del empresario que, manifestada en el despido de un trabajador, pueda recibir aquel calificativo por resultar adecuada para lesionar el bien jurídico.

El debilitamiento del principio de estabilidad ha significado en la práctica un enorme incremento de despidos injustificados que, en principio, podrían entrar en el marco del art. 499 bis C.P., en una interpretación literal de esta norma. Pero las razones aludidas, derivadas

(40) Desde Noviembre de 1971 en que se introdujo el art. 499 bis en el Código Penal hasta hoy, el T.S. sólo ha conocido 23 casos del citado delito.

(41) PEDRAZZI, C., «El bien jurídico en los delitos económicos» en *La Reforma Penal: Delitos socio-económicos*, Ed. de Barbero Santos, Pub. de la Facultad de Derecho, Univ. Complutense de Madrid, 1985, p. 288.

(42) BUENO ARUS, F., «Los aspectos criminógenos de la Ley penal», *La Ley*, Tomo 1, 1984, p. 1076.

de la propia evolución socio-laboral y de la crisis económica, imponen una lectura en el sentido apuntado sobre los derechos que se protegen. Respecto a la conducta típica, prácticamente en todos los despidos injustificados se detectan procedimientos maliciosos, pero la cuestión es delimitar cuáles de esas maniobras o «formas maliciosas» son idóneas para afectar al abjeto de protección apuntado.

Como ya he señalado, el n.º 2 del art. 499 bis C.P. enumera una serie de conductas típicas capaces de suprimir o restringir los beneficios de la estabilidad en el empleo, estableciendo finalmente una fórmula abierta que castiga al que «de cualquier otra forma maliciosa» ataque al bien jurídico protegido.

Sería de gran interés realizar un estudio exhaustivo de las conductas tipificadas en la norma citada pero, dado que la sentencia que ha originado este comentario se refiere a un supuesto despido disciplinario, voy a limitar el análisis a las posibles actuaciones punibles del empleador dirigidas a rescindir la relación laboral en base a un supuesto incumplimiento del trabajador. Las conclusiones que se obtengan pueden extenderse a los casos en que el empresario alega la finalización del contrato por expiración del tiempo convenido (contratos temporales en los que el trabajador estime que ha habido fraude en la contratación o en el cómputo del plazo) y a los supuestos de extinción de la relación laboral por causas objetivas (el llamado «despido objetivo») ya que en ambos casos los efectos de la calificación judicial de la extinción —procedente, improcedente o nula— son similares a los previstos para el despido disciplinario.

2.2.1. Las mendacidades en la comunicación del despido.

En la resolución que se comenta el Alto Tribunal estima que el intento del procesado de lograr unos asientos apócrifos en el Diario de Navegación del buque en que había prestado sus servicios el trabajador, así como las mendacidades que constaban en la carta de despido remitida al mismo, constituyen «netas maquinaciones torticeras y maliciosas para suprimir los beneficios de la estabilidad en el trabajo»; sin embargo, a pesar de la clara diferencia entre los dos momentos fácticos, no se realiza un estudio separado de la significación de cada uno.

Respecto a las inveracidades que aparecen en la carta de despido la sentencia estima que, aunque no constituyen un delito falsario por no ser aquella documento (43), denotan una conducta especialmente reprochable. Para proceder sistemáticamente voy a repasar distintos supuestos de inveracidad en carta de despido, procurando exponer

(43) Como se ha expuesto en el apartado 1. 2 del texto y en nota 2.

el distinto grado de desvalor de la conducta y su capacidad para afectar al aspecto concreto del bien jurídico que se protege en esta figura típica del art. 499 bis C.P.

a) Inveracidad en carta de despido sin mala fé del empleador.

Hay que hacer referencia en primer lugar al caso del empresario que, creyendo de buena fé que el trabajador a su servicio incumple gravemente sus obligaciones contractuales, procede a su despido mediante la correspondiente carta. Los efectos serían idénticos tanto en la hipótesis de que el incumplimiento fuese real pero el empleador fuese incapaz de probarlo, como en el supuesto de que no hubiese existido causa alguna de sanción. En ambos casos el despido sería declarado improcedente pero la conducta del empresario no tendría ninguna relevancia penal por no ser maliciosa.

A la misma conclusión ha de llegarse en el supuesto del empleador que por error fácilmente vencible cree que el trabajador ha incurrido en motivo de despido o, del mismo modo negligente, valora equivocadamente la gravedad del incumplimiento del trabajador, cometiendo objetivamente una falsedad en la carta de despido. En puridad podría afirmarse que se ha dado un lesión injustificada de la estabilidad en el empleo, pero no existe aquí la malicia, el dolo requerido por el tipo penal, por lo que la conducta no sería típica por grave que fuese la omisión de cuidados del empleador. Por otra parte, esta conducta no afecta, por sí sola a los derechos protegidos, en la interpretación de los mismos que se propugna.

Similar a estos casos sería el del jefe de empresa que, sin actuar de mala fé, despidiese al trabajador verbalmente, sin que medie carta de despido, aunque, a diferencia de las anteriores, esta rescisión de la relación laboral sería declarada nula.

Pudiera pensarse que las hipótesis planteadas son inverosímiles en cuanto que difícilmente un empleador va a despedir injustificadamente a un trabajador y hacerlo de buena fe o negligentemente y, si así ocurriese, podría optar por readmitir al operario al apercibirse de su error. Pero, en la actual situación económica, no es extraño el supuesto de un empresario que, interesado en reducir la plantilla laboral, «aproveche» la menor oportunidad para rescindir una relación de trabajo. La actuación empresarial no es loable pero tampoco puede ser punible si ha de mantenerse una coherencia entre la normativa penal y la laboral.

b) Inveracidad dolosa en carta de despido

Diferente de las expuestas e indudablemente más reprochable es la conducta del empleador que, conocedor de la inexistencia de causas de despido, procede a éste enviando al trabajador una comunicación en la que hace constar motivos totalmente irreales. No puede alegarse en este caso la ausencia de dolo, pero no basta con ese elemento subjetivo para que el desvalor de la conducta sea susceptible

de reproche penal; es necesario que la acción sea idónea para afectar al bien jurídico protegido.

En este sentido hay que plantearse que, tal como manifiesta la sentencia analizada, la carta de despido carece de cualquier valor probatorio, siendo su única finalidad evitar la indefensión del trabajador y fijar los términos de la *litis* (44). Si la única maniobra maliciosa del empleador consiste en declarar como cierta una falta del trabajador realmente inexistente, habrá que concluir que su actuación no es punible porque la maquinación empleada no es en sí misma suficiente para lesionar los derechos del trabajador protegidos en la norma penal. Evidentemente el trabajador pierde su empleo pero no su derecho a percibir una indemnización y, como he intentado demostrar anteriormente, este es realmente el derecho que se salvaguarda en el art. 499 bis 2.º

Hay otra razón que, sin constituir una argumentación jurídica sino, en todo caso, de política-criminal, aconseja la impunidad de las conductas descritas: Los abogados laboristas saben que una gran parte de las cartas de despido que tienen como efecto rescindir una relación laboral contienen una relación de causas totalmente inexistentes, siendo la carta únicamente un formalismo exigido por la ley para evitar la declaración de nulidad (y el mayor coste que ello puede suponer al empresario por incremento de los salarios de tramitación).

Evidentemente esta conducta no es acorde con la ley e incluso muchas veces es defraudatoria de la misma en cuanto que se utiliza con una finalidad distinta de la prevista (por ejemplo, se evita la tramitación de un expediente de regulación de empleo mediante el recurso a despidos disciplinarios individuales). Sin embargo, dada la extensión numérica de esta práctica, su aceptación implícita por las partes en conflicto (45) y su falta de prohibición expresa por el E.T.—que no diferencia entre la inexistencia de causas de despido y su falta de prueba—, parece absurdo hablar de su punibilidad.

(44) El art. 100 L.P.L. establece que «no se admitirán al demandado otros motivos de oposición a la demanda para justificar el despido que los relativos a los hechos imputados en la comunicación escrita a la que se refiere el número 1 del art. 55 del E.T.».

(45) Hay que constatar que muy raramente los trabajadores o los sindicatos denuncian las prácticas descritas ante la jurisdicción penal. Los motivos hay que buscarlos, en parte, en la lentitud de estos procedimientos y en su relativa ineficacia para solucionar los problemas reales del trabajador y, por otra parte, porque los efectos previstos para el despido improcedente pueden ser un «mal menor» para el trabajador (piénsese en el supuesto de que, ante la posibilidad de que pueda prosperar un Expediente de Regulación de empleo propuesto por la empresa, en el que el trabajador percibiría una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, éste acepte la simulación de un despido improcedente con una indemnización superior). Se dan incluso casos en los que el trabajador que quiere causar baja en la relación laboral voluntariamente, propone al empleador la ficción de un despido disciplinario para acceder así a las prestaciones por desempleo.

Por supuesto, estoy refiriéndome a casos en los que el empleador no realiza ninguna otra maniobra dirigida a la privación o disminución de la indemnización legal que corresponde al trabajador.

También habría que exceptuar de la no punición los despidos que, bajo la apariencia de una sanción disciplinaria, ocultan un ataque a derechos fundamentales del trabajador. En estos despidos que la jurisprudencia laboral ha sancionado con la llamada «nulidad radical», el desvalor de la conducta se origina no tanto por la inveracidad en la carta de despido (causas inexistentes) como por el ataque subyacente a derechos básicos realizado mediante la rescisión del contrato de trabajo (despidos discriminatorios que vulneran la prohibición genérica recogida en el art. 14 C.E., o despidos antisindicales que lesionan el ejercicio del derecho reconocido en el art. 28 C.E.). Los tribunales de lo social, mostrando una fina sensibilidad hacia el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, vienen considerando que en los citados supuestos no cabe prestación sustitutiva de la estabilidad en el empleo en sentido estricto, es decir, del mantenimiento en el puesto de trabajo. La estabilidad constituye un mecanismo de salvaguarda de aquellos derechos fundamentales.

Trasladando este criterio al ámbito jurídico-penal, parece congruente interpretar que, en estos despidos, la vulneración de la estabilidad da lugar al contenido material del tipo del injusto del 499 bis 2.º

Otra cuestión es que, puesto que la jurisprudencia laboral ya ha establecido la sanción eficaz para esas conductas —la readmisión inmediata e «in natura» del trabajador—, la práctica haya conducido a que no se acuda a la vía penal porque la laboral resulta más ágil y eficaz. En mi opinión y en base al principio de *ultima ratio*, quizás la pena sea innecesaria en estos casos.

Un tema similar se plantea con los llamados despidos «en fraude de ley» (46), en los que la conducta del jefe de empresa constituye, en unos casos, un flagrante abuso de las posibilidades que la normativa laboral ofrece para rescindir el contrato de trabajo y, en otros, la defraudación de la norma que debía ser aplicada. La jurisprudencia laboral también ha establecido la obligación de readmisión en estos supuestos, haciendo gala de lo que Ojeda Avilés denomina «virtu-

(46) Al igual que la «nulidad radical», el despido fraudulento es una creación jurisprudencial. Los tribunales aplican la doctrina del fraude cuando constatan el uso de una vía normativa distinta de la apropiada, con un resultado favorable a quien lo emplea, así por ejemplo cuando se produce un despido disciplinario dirigido a miras distintas de las de castigar un incumplimiento del trabajador. Aunque las alegaciones de fraude en despidos disciplinarios eran antiguas, no han encontrado acogida hasta la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 11 de Mayo de 1982. Respecto a los efectos de este tipo de despidos, al principio la jurisprudencia se limitaba a declarar su nulidad, pero el T.S. en sentencias de 9-5-86 y 8-7-86 declaró la nulidad radical de los despidos fraudulentos, con la consecuencia de la readmisión ineludible del trabajador, sin embargo esta doctrina no ha cristalizado todavía. OJEDA AVILÉS, A., «Los despidos radicalmente nulos por fraude de Ley», en *Relaciones laborales*, 1988, pp. 9 a 27.

des salomónicas» ya que, a pesar de que la conducta del empresario podría ser tipificada por el art. 499 bis 2.º, los jueces optan por «condenar por nulidad casos que quizá debieran ser calificados como improcedentes, pero al mismo tiempo no pasar el correspondiente tanto de culpa al Ministerio Fiscal por indicios de criminalidad» (47). No obstante, esta jurisprudencia es aún oscilante y refleja las dificultades de demarcación de los ilícitos en el ámbito laboral, dada la generalización de la flexibilidad en las relaciones laborales.

Hasta qué punto estas conductas maliciosas —consistentes objetivamente en una mendacidad en la carta de despido, pero donde la conducta del empleador es más reprobable por la especial estrategia fraudulenta desplegada— integran el tipo del 499 bis 2.º es cuestionable. Hay que decidir si también aquí han de interpretarse los «beneficios de la estabilidad en el empleo» en sentido estricto. Profundizar en este punto requeriría exponer con más detalle los despidos que pueden considerarse realizados en «fraude de ley»; baste por ahora señalar la problemática que presentan, sin poder dar una respuesta definitiva válida para todos los casos.

Otro supuesto punible podría darse cuando, por las circunstancias concurrentes, la manifestación inveraz tuviera potencialidad para lograr una renuncia del trabajador a la defensa de sus derechos. Pienso en el supuesto de que los incumplimientos alegados tuvieran relación con alguna conducta irregular del trabajador en el plano personal (por ejemplo, relativo a relaciones sexuales), de tal modo que su planteamiento en un juicio público podría suponer para el operario un perjuicio en su intimidad, por lo que preferiría renunciar a la acción. En estos casos el mero modo de plantear el despido sería una forma maliciosa idónea para afectar a los derechos del trabajador.

c) Inveracidad en la carta de despido junto con otras maniobras maliciosas.

Voy a contemplar en último lugar un tipo de conductas del empleador que constituiría el nivel más grave en esta especie de medición del desvalor de las posibles actuaciones del empresario referentes a las causas y modos del despido disciplinario. Me refiero a los supuestos en los que el empleador, además de ser consciente de que no existe justificación alguna para el despido —por lo que hace constar causas falsas en la carta—, realiza algún tipo de maniobra dirigida a perjudicar al trabajador, normalmente anulando las posibilidades de defensa de sus intereses, conductas todas ellas claramente encuadrables en el art. 499 bis 2.º C.P.

Los casos más frecuentes son los de falseamiento de pruebas y, entre estos la casuística es innumerable. Pueden pensarse supuestos

(47) OJEDA AVILÉS, A., «Los despidos...», ob. cit., p. 25.

de aportación de testigos falsos e incluso de peritos inveraces, pero las maniobras más comunes son las falsificaciones documentales. Entre estas últimas se encontrarían varias de las conductas contempladas en las escasas sentencias del Tribunal Supremo que tratan sobre este delito, así por ejemplo casos en los que se realiza un contrato de trabajo temporal simulando la firma del trabajador para intentar eludir el pago de indemnización —a la que el operario tendría derecho por despido y no por finalización de contrato temporal— (Sen. del T.S. de 21 de dic. 1987) o el supuesto de la sentencia que analizo, en el que el empleador intenta que se realicen unas anotaciones apócrifas en el Libro de Navegación para conseguir así una prueba falsa sobre la supuesta disminución en el rendimiento del trabajador, con lo que el despido, podría declararse procedente y, por tanto, sin indemnización.

También serían punibles —por los mismos argumentos señalados— los casos en los que el empleador falsifica los recibos de finiquito, aunque en esos supuestos normalmente la voluntad del empleador no va dirigida a conseguir fraudulentamente la declaración de procedencia del despido, sino a eludir el pago de la indemnización o los salarios atrasados que puedan corresponder al trabajador.

Las conductas referida supondrán en muchas ocasiones, ataques a bienes jurídicos diferentes del protegido por el art. 499 bis, por lo que necesariamente habrá de apreciarse un concurso de delitos (48).

Una última consideración sobre un tipo de conducta intermedio entre los recogidos en los apartados anteriores (inveracidad en carta de despido) y los que señalan en este apartado (inveracidad junto a otro tipo de maniobras): se trata de supuestos como el que se recoge en la resolución origen de este comentario en los que el empleador, además de hacer constar conscientemente en la comunicación de despido causas inexistentes, manifiesta que dispone de una prueba concreta para acreditarlo (en el caso de la sentencia el jefe de personal afirma que en las anotaciones del Diario de Navegación se había recogido su incumplimiento laboral).

Estimo que a estas conductas deben aplicarse los mismos razonamientos realizados respecto a las simples inveraciones en carta de despido y por tanto considerarlas atípicas por no constituir un ataque idóneo para reducir o frustrar los derechos sustitutivos de la estabilidad en el empleo ya que, como se ha visto, la comunicación de despido no es más que una manifestación de voluntad del empleador que no tiene valor probatorio, es un requisito formal que inicia el trámite de despido.

Respecto a la conducta del procesado recogida en la sentencia de referencia, puede afirmarse que la misma es típica en relación al artícu-

(48) Ver, como un ejemplo, lo expuesto respecto al concurso de delitos entre el art. 306 y el 499 bis en nota 3 anterior.

lo 499 bis 2.º C.P., pero no por la mutación de la verdad que se realiza en la carta de despido, sino por las maquinaciones y gestiones encaminadas a falsificar el Diario de Navegación, comportamiento éste idóneo para lesionar el derecho del trabajador a percibir la indemnización legalmente establecida. Si estas maniobras no hubiesen tenido lugar, el hecho de hacer constar en la carta de despido la existencia falsa de una supuesta prueba, no hubiese tenido trascendencia penal.

2.2.2. *Conclusión*

En la mayor parte de los despidos calificados como improcedentes o nulos se pueden detectar maniobras del empleador, concretadas en las mendacidades contenidas en la carta de despido, sin embargo, aunque estas sean maliciosas, hay que concluir que, por sí sola, no es una acción idónea para afectar al bien jurídico.

Siempre que el empleador no acredite los incumplimientos alegados como causa de la sanción el ordenamiento laboral prevee una serie de «derechos sustitutivos», de compensaciones por la pérdida del empleo. Por ello se dará la conducta típica únicamente cuando mediante otros procedimientos maliciosos, añadidos a la simple alegación mendaz, el empresario trate de convencer al juzgador de la realidad de los hechos. Sólo en ese caso el empleador pone medios adecuados para lesionar el derecho del trabajador a percibir la indemnización.

Dado que, como he expuesto, en algunos casos la estabilidad en el empleo en sentido propio no admite la sustitución, en cuanto que es garantía de otros derechos, excepcionalmente la simple inveracidad maliciosa en la carta de despido puede completar la conducta típica, porque tiene capacidad para lesionar —o al menos poner en peligro— el mantenimiento del puesto de trabajo. La postura de defensa de este derecho adoptada por la jurisprudencia laboral cuestiona la necesidad político-criminal de penar estas conductas.

A pesar de lo establecido como criterio general sobre la conducta típica en relación al despido y de la interpretación restrictiva que se propone respecto a los derechos protegidos, queda dentro del ámbito de lo punible un amplio elenco de prácticas de los empleadores que han de ser perseguidas con más rigor y empeño del demostrado hasta el momento, si se quiere que la protección penal de los derechos laborales sea una realidad. En este punto es determinante la reacción de los trabajadores afectados y de los sindicatos, quienes, por su proximidad a la práctica laboral; constituyen el medio más eficaz de percepción y control de las conductas lesivas de los derechos de los trabajadores.

También es decisivo el celo puesto por el Ministerio Fiscal en el desempeño de su función protectora o vigilante del cumplimiento de la legalidad en este ámbito. Considero preocupante la tendencia que se detecta actualmente de no mantener la acusación pública cuando el trabajador afectado, por haber llegado a un acuerdo con el empresario

respecto a la indemnización, retira la acusación particular. Forma ésta de proceder que muy raramente se obseva en la mayoría de los procesos por delitos llamados «convencionales».

La cuestión que subyace es —como señala Ojeda (49)— el uso anti-social y el abuso por parte de los empresarios de la normativa reguladora del despido y la dificultad de una reacción adecuada frente a este fenómeno. La práctica, lógicamente, apunta hacia el recurso a soluciones no penales, lo cual es perfectamente compatible con la concepción de una protección eficaz de los derechos de los trabajadores, utilizando la vía penal sólo como instrumento subsidiario —*ultima ratio*— restringida a la represión de los ataques más intolerables a tales derechos.

ANEXO

Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, de 16 de noviembre de 1987.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. El juzgado de Instrucción núm. 1 de los de Bilbao, instruyó sumario con el n.º 99 de 1982, contra J.A.M.V., y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de dicha capital, que con fecha 13 de Octubre de 1984, dictó sentencia que contiene el siguiente hecho probado: «Primero: Resultando probado y así se declara: Que el querellante C.R.I., a la sazón capitán de buque en la plantilla de la Compañía Naviera M.N., S.A., con sede social en Bilbao se hizo cargo del buque «Valle del Cadagua» embarcando en el puerto de Cádiz el día 15 de Marzo de 1981 haciéndose a la mar siguiendo las instrucciones de la Compañía y llevando como marinero a bordo a F.M.I., también empleado de la indicada empresa. Al llegar al puerto de Amberes y en virtud de Orden de la Compañía desembarcó el indicado marinero el día 5 de Abril siguiente, desconociéndose el origen de tal Orden y conociendo en ese momento la identidad del marinero que llevaba a bordo, del que por lo expuesto no tenía ninguna referencia o informe adverso a la conducta mantenida en el buque desde que le tenía embarcado en el puerto de Cádiz. El buque continuó con su singladura, y al llegar al puerto de la Guardia —Venezuela— recibió a través del Consignatario con fecha 24 de abril de 1981 un télex remitido por el Jefe de Personal de la Empresa, el procesado J.A.M.V., mayor de edad penal y sin antecedente penales cuyo texto era el siguiente: «Asunto: *Departamento de Personal*.— Referente al caso del marinero D.F.M.I., que estuvo embarcado en este buque

(49) OJEDA AVILÉS, A., «Los despidos...», ob. cit., p.11.

durante el período 16-3 al 4-4, *deberá* hacer la siguiente anotación en el diario de navegación D.I.M.I.: durante su permanencia a bordo viene observando una disminución continuada y voluntaria en el trabajo; actualmente su rendimiento es prácticamente nulo, pese a las reiteradas advertencias verbales que se le han formulado». Conviene que esta anotación se encuadre dentro de las fechas apuntadas, es decir, 16 de marzo al 4 de abril. Sacará una fotocopia del folio en que se hace la anotación y después procederá a legalizar y legitimar ante el Consulado de España. La fotocopia deberá también estar legalizada como el original. No vale fotocopia de legalización, ojo. Finalmente, correo urgente y certificado. Sin otro particular, reciba nuestros cordiales saludos. V.M.N., S.A. Bilbao.» Horas más tarde y por idéntico conducto el procesado remitió un nuevo télex con el siguiente texto: «Tomé buena nota del mensaje de esta mañana referente al marinerero Sr. M. I. Saludos». En igual fecha y tras la recepción de ambos télex, el querellante, Capitán C.R. remitió a la atención del Sr. L. Director de la Naviera un télex con el siguiente texto: «Respecto al télex recibido de la Compañía referente al caso del marinerero F.M.I., siento muchísimo indicarle que mi conciencia y mi formación religiosa me prohíben en absoluto tal cosa, a no ser que me obliguen por escrito o télex, y ponga en el Diario de Navegación lo hago por orden de la Compañía. Saludos, Capitán Valle de Cadagua». Dicho télex fue recibido por el procesado quedándose él por ser asunto del Departamento de Personal del que era Jefe. El querellante no recibió más noticias en el sentido expresado y no efectuó la anotación que se le pedía en el libro de Navegación. Con fecha 8 de abril, y por lo tanto antes del envío de los télex a que se ha hecho referencia, el procesado J.A.M.V. remitió al marinerero F.M.L. Carta de Despido de la Empresa del siguiente tenor literal: «Muy Sr. nuestro: De acuerdo con los informes remitidos a este departamento de Personal y las anotaciones que constan en el Diario de Navegación del Buque «Valle de Cadagua», legalizadas convenientemente ante Notario, observamos que su comportamiento deja mucho que desear, por lo que le enviamos el siguiente escrito: Según los referidos informes los incumplimientos contractuales cometidos por Vd. son los siguientes: Su interés profesional, sentido de la responsabilidad y eficacia en el trabajo son pésimos. Prácticamente el rendimiento en el trabajo es nulo, pese a las continuas advertencias verbales que le han venido formulando los mandos del buque. Por todo lo expuesto, entendemos que ha incurrido usted en las causas B y E del artículo 54-2 del Estatuto de los Trabajadores que tipifica como incumplimiento grave y culpable del trabajador y por ello motivo de despido: «La indisciplina o desobediencia en el trabajo, así como la disminución continuada o voluntaria en el trabajo normal». Por todo lo cual, lamentamos comunicarle nuestra decisión de sancionarle con el Despido, que tendrá efecto a partir del día 8 de abril de 1981. Dicho despido no fue aceptado

por el interesado quién promovió acto de conciliación ante el IMAC de Vizcaya, el que se llevó a cabo el día 11 de mayo de 1981 con el resultado de que por ambas partes se reconocía la improcedencia del despido pero aceptando el letrado que representaba los intereses del marinero la extinción de la relación laboral previo pago de una indemnización de 370.000 pesetas a abonar por la naviera ante el contenido del texto que se decía constaba en el Diario de Navegación del «Valle de Cadagua», siendo esa la causa de que aceptara la conciliación y renuncia a acudir a la Magistratura en solicitud de la readmisión o de una mayor indemnización. Con fecha 1 de junio de 1981, se remitió Carta de Despido al Capitán querellante, de conformidad con el artículo 90-2.º y 34 de la Ordenanza Laboral de la Marina Mercante, despido que fue declarado procedente por sentencia de la Magistratura de Trabajo n.º 2 de Vizcaya de fecha 4 de agosto de 1981, confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 19 de noviembre, denegándose el amparo ante el Tribunal Constitucional por sentencia de 5 de octubre de 1983. Tal despido fue motivado por la venta que entonces había efectuado la Naviera de dos barcos que constituían su flota; a la vista de la difícil situación económica que atravesaba lo que supuso la aparición de un superávit en la plantilla de capitanes resolviéndose la elección sobre el querellante en base a que si bien había otro capitán seis meses más moderno que aquél, éste tenía superiores cargas familiares concretadas en tres hijos. El querellante presentó la correspondiente querrela el día 18 de noviembre de 1981, la que fue turnada al juzgado n.º 1 de los de Instrucción de esta villa».

2. La audiencia de instancia estimó que los indicados hechos probados constituían un delito de falsedad en documento oficial del artículo 303 en relación con el artículo 302-4.º en grado de provocación. De un delito de falsedad en documento privado del artículo 306 en relación con el artículo 302-4.º y 5.º en grado de consumación unidos en concurso ideal con un delito contra la libertad y seguridad en el trabajo, previsto y penado en el art. 499 bis párrafo segundo, de los que es criminalmente responsable, en concepto de autor, el procesado citado sin la concurrencia de circunstancias modificadas de la responsabilidad criminal, y dictó el siguiente pronunciamiento: «Fallamos: Que debemos condenar y condenamos al procesado J.A.M.V., mayor de edad penal y sin antecedentes penales como autor responsable de delito de *falsedad en documento oficial en grado de provocación, un delito de falsedad en documento privado consumado, en concurso ideal sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de multa de 30.000 pesetas y otra multa de 15.000 pesetas por el primer delito; seis meses y un día de prisión menor por el segundo y dos meses de arresto mayor y multa de 50.000 pesetas por el tercero, con un arresto sustitutorio*

de un día por cada dos mil pesetas que dejara de abonar en caso de insolvencia respecto de las penas de multa que se le imponen, a las accesorias de suspensión de todo cargo público y del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales con inclusión de las correspondientes a la acusación particular, así como que abone a C.R.I. la cantidad de cien mil pesetas, como indemnización de perjuicios. Declaramos la solvencia de dicho procesado aprobando el auto que a este fin dictó el Juzgado instructor. Y para el cumplimiento de la pena principal y responsabilidad subsidiaria que se impone le abonamos tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa».

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

SÉPTIMO. La reforma penal de 15 de noviembre de 1971, introdujo en el Código Penal, concretamente en el Título XII del libro II, un nuevo Capítulo, el VIII, con el epígrafe, «De los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo», dedicándole un solo artículo, el 499 bis, el cual consta de tres números, subdividido, el último, en tres párrafos. Esta reforma tiene su antecedente penal en el Decreto de 15 de febrero de 1952, el que consideraba delito a la cesión ilegal de mano de obra, y su precedente administrativo, en el artículo 1 del Decreto de 17 de diciembre de 1970, corroborado y ratificado, con posterioridad a la introducción del artículo 499 bis, en el artículo 19 de la Ley de 8 de abril de 1976; siendo la «ratio legis» de la novedad, según el último párrafo del apartado 5 de la Exposición de Motivos de la Ley de 15 de noviembre de 1971, la protección penal de las condiciones de trabajo, seguridad social y estabilidad en el empleo, frente a las defraudaciones de que, con frecuencia, son objeto aconsejando la experiencia, la elevación del rango de la naturaleza de la infracción, y, con ello, la energía del castigo; por su parte, la doctrina científica, coetánea a la reforma, después de augurar la ineficacia de la novedad legislativa gracias a la ambigüedad e indecisión de los términos legales y de asegurar que sería más eficaz, para la tutela de los intereses de los trabajadores, la libertad sindical y la existencia de unos poderosos sindicatos no verticales —logros conseguidos posteriormente— dedicados a la promoción y protección de los dichos intereses, estima, en una primera opinión, que el bien jurídico protegido, es la *seguridad jurídica* de los trabajadores, garantizando el respeto a las condiciones establecidas en el contrato de trabajo, con sus secuelas de seguros sociales, mientras que, con mayor rigor y firmeza, dicha doctrina científica, termina asegurando que lo que protege el artículo 499 bis es una pluralidad de bienes jurídicos, en el núm. 1.º la *libertad* de trabajo, en el 2.º la *seguridad* y estabilidad del mismo, en el núm. 3.º las *disposiciones*

administrativas sobre tráfico de mano de obra, en el párrafo segundo de dicho número los *derechos de crédito* de los trabajadores, y, finalmente en el párrafo tercero del antedicho núm. 3.º, se trata de obviar el óbice que supone el principio «societas delinquere non potest», centrando o polarizando la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en los *administradores o encargados* del servicio que hubieran cometido los hechos antes previstos; y, por último, la jurisprudencia, que se ha ocupado del tema, en sentencias del 13 de junio de 1975, 24 de febrero, 23 de marzo y 13 de abril de 1976 y 20 de mayo y 28 de junio de 1977, 22 de junio de 1979, 2 de febrero y 30 de abril de 1980, 18 de mayo de 1981, 14 de octubre de 1982 y 14 de marzo de 1985, bautiza, a las infracciones estudiadas, con la denominación de delitos de explotación —sentencia del 13 de abril de 1976— o de delitos de explotación del hombre por el hombre —sentencia 13 de junio de 1975—, afirmando que, el bien jurídico protegido, es la seguridad jurídica del trabajador en el mantenimiento del empleo y demás condiciones de trabajo, y que, la reforma, propende a cohibir y castigar las maquinaciones o acechanzas artificiosas tendentes a lograr un fraude de Ley, dando apariencia de legalidad a lo que realmente no lo es —sentencia de 28 de junio de 1977—, añadiendo que se trata de tutelar el conjunto de expectativas y beneficios derivados del contrato de trabajo, así como la humana y social dignidad del operario, especialmente en lo que concierne a la realidad y fijeza de las condiciones pactadas de trabajo y a la permanencia en la actividad deseada, criminalizando, la reprochable conducta, culpable y antijurídica, producto del «deshumanizado dominio opresivo del poderoso» y que se encamina a suprimir o restringir, maliciosamente, los beneficios de estabilidad en el empleo y demás condiciones de trabajo reconocidas a los obreros en disposiciones legales o en convenios colectivos —sentencia de 13 de abril de 1976—, y terminando por aseverar que, la penalización, no rige para todas las infracciones de las condiciones laborales, sino sólo para las más intolerables —sentencia de 13 de junio de 1975—.

OCTAVO. En el número 1.º del precepto estudiado se plasma la primera figura, a la que se puede denominar «*imposición de condiciones ilegales de trabajo*», cuyo *sujeto activo* es el empresario individual o colectivo, y el *pasivo*, el trabajador por cuenta ajena, la *dinámica comisiva*, el *imponer*, a los dichos operarios, coactivamente, o mediante maquinaciones, engaño, artificio, impostura, falacia, mendacidad, o cualquier otro procedimiento malicioso, condiciones laborales o de seguridad social inconvenientes o perjudiciales, y el *resultado apetecido*, la burla o elusión de los derechos reconocidos a los trabajadores en disposiciones legales o convenios colectivos, lo que, tratándose pues de norma penal en blanco, obliga, para integrar el precepto, a acudir a la compleja legislación laboral.

NOVENO. En el núm. 2.º del precepto analizado, los sujetos activo

y pasivo, son los mismo que en el caso anterior, y la dinámica comisiva, con fórmula legal abierta, puede consistir en, cesión de mano de obra, simulación de contrato, sustitución o falseamiento de empresa o cualquier otra forma maliciosa, que consiga suprimir o suprima o restrinja los beneficios de la estabilidad a los trabajadores, concedidos por disposiciones legales.

DÉCIMO. En el caso enjuiciado, el acusado, mediante los dos tételx de que se ha hecho ya mención, trató de lograr unos asientos apócrifos, en el Diario de Navegación del buque del que había sido tripulante determinado marineru, con el fin de lograr un aparente justificado despido disciplinario del mismo, suprimiendo su estabilidad en el trabajo, y antes de dicha orden cursada al Capitán del «Valle de Cadagua», en la que se decía: «de acuerdo con... y las anotaciones que constan en el Diario de Navegación del buque «Valle de Cadagua» legalizadas convenientemente ante Notario...»; constituyendo, las mendacidades y órdenes aludidas, netas, maquinaciones torticeras y maliciosas para suprimir los beneficios de la estabilidad del trabajo de dicho marineru, si bien, llegado el momento del acto de conciliación celebrado en el IMAC, se acordara, un convenio amistoso, merced al cual, el marineru accedió al despido, que ambas partes estimaron improcedente, mediante la percepción de una indemnización de 370.000 pesetas, que aceptó ante la convicción de que era cierta la anotación del Diario de Navegación, renunciando, gracias a ello, a la estabilidad de su empleo y a acudir a Magistratura en reclamación de la declaración de injustificado despido, o, en todo caso, mayor indemnización. Así pues, y puesto que, de modo malicioso, se logró suprimir los beneficios de la estabilidad en el trabajo de un asalariado, procede desestimar conjuntamente los motivos sexto y séptimo del recurso, basados en idéntico precepto adjetivo que el anterior, por aplicación indebida del n.º 2.º del artículo 499 bis del Código Penal, máxime cuando, la declaración de hechos probados, ya cuida de resaltar que, si se llegó a un acuerdo amistoso y a que, el marineru, admitiera la extinción del contrato laboral, ello se debió a que, él creyó que era cierto lo de las anotaciones en el Diario de Navegación del buque de autos, con lo cual no puede sostenerse que, libremente y sin consentimiento viciado por dolo, accediera a terminar voluntariamente la relación labora existente.

UNDÉCIMO. El motivo octavo, contradice lo declarado probado en la sentencia recurrida, lo que, a tenor de lo dispuesto en el número 3.º del artículo 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debió determinar la inadmisión de dicho motivo, y se dice que contradice la narración histórica porque supone que, el marineru, accedió voluntariamente a dar por extinguido el contrato laboral mediante una indemnización, siendo así que, si se avino a ello, lo fue porque le arrebataron las anotaciones alegadas, aunque inexistentes, en el Diario de

Navegación. Debiéndose desestimar el indicado motivo, basado en los mismos fundamentos sustantivos y adjetivos que el anterior.

DUODÉCIMO. La carta de despido, como se ha dicho antes, no es documento apto e idóneo para la perpetración de falsedad en documento privado, pero ello no es óbice para que, las inveracidades o mendacidades que se insertaron en su texto, determinaran la conciliación con avenencia, la renuncia del trabajador, mediante una indemnización a proseguir en el desempeño de su tarea, y la abdicación de su derecho a acudir a Magistratura de Trabajo en demanda de declaración de despido improcedente, y, en su caso, de una mayor indemnización. Por lo cual, y habiéndose conseguido suprimir sus derechos de estabilidad en el trabajo mediante maniobras engañosas, fue certera la determinación del Tribunal inferior al subsumir el comportamiento del acusado en el n.º 2.º del artículo 499 bis del Código Penal. Razones por las que es rechazable el motivo noveno, amparado en los mismos fundamentos sustantivos y adjetivos que fundaron los inmediatamente anteriores.

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

Revista de libros

ARROYO ZAPATERO, Luis: «Manual de Derecho Penal del Trabajo», Ed. Praxis, Madrid, 1988

Las relaciones entre Derecho penal y Derecho del trabajo han sido poco tratadas por parte de la doctrina y jurisprudencia penal. Es la doctrina laboral quien en los años cuarenta introduce, por vez primera, en nuestro país la expresión «Derecho penal del trabajo», que ya en los años treinta había sido acuñada en Italia y Alemania con los términos *Diritto penale del lavoro* y *Arbeitsstrafrecht*.

Ante la presencia del aspecto penal del trabajo, los tratadistas del Derecho laboral advierten una serie de relaciones entre Derecho penal y Derecho del trabajo, así Hernaiz Márquez (1) señalaba como «el Derecho del trabajo guarda una destacada conexión con el Derecho penal, en cuanto una parte del laboral trata de las sanciones y responsabilidades que pueden presentarse a resultas de la relación entre trabajadores y empresarios, dándose por algunos una extensión tal a esta especial materia que hasta llegan a hablar de un Derecho penal laboral».

Estas iniciales observaciones van a permitir, por de pronto, fijar un concepto de Derecho penal del trabajo por parte de la doctrina laboral. Para Pérez Leñero (2) el concepto de Derecho penal del trabajo ha de ser forzosamente una ampliación o derivación del general de Derecho penal, si su denominación quiere ser estrictamente científica. Según esto, Derecho penal del trabajo es, para Pérez Leñero, «el conjunto de normas jurídico-laborales que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado conectado con el delito laboral como presupuesto, la pena laboral como consecuencia jurídica».

Por su parte García Abellán al considerar que el trabajo, como determinante de una cierta conducta que, dadas específicas premisas puede devenir antijurídica, culpable y punible, condiciona a la ley penal en el sentido de mantener tanto su estructura externa como la propia sustancia del ilícito, acorde con los principios generales del Derecho penal, define el Derecho penal común del trabajo como «el conjunto de ilícitos que, con causa en el trabajo, recogen conductas antijurídicas de empresarios o trabajadores que tanto afectan a las normas reguladoras del traba-

(1) HERNAIZ MÁRQUEZ, *Tratado elemental de Derecho del trabajo*, 6.ª ed., Madrid, 1953, p. 32.

(2) PÉREZ LEÑERO, *Derecho penal del trabajo español*, en «Anuario de Derecho penal», 1949, p. 488 y ss.

jo mismo como a las referidas al status laboral de los elementos personales de la producción» (3).

En el ámbito penal, sin embargo, salvo en mínimas excepciones doctrinales, no se han planteado los problemas y conflictos derivados de la falta de protección penal de los intereses y derechos de los trabajadores. A colmar esta laguna viene el «Manual de Derecho penal del trabajo» del profesor Arroyo Zapatero, que recoge las diversas figuras que giran en torno a la protección de los derechos laborales por medio del Derecho penal, preocupación constante en el autor, como lo demuestra su Tesina de Licenciatura, sobre el artículo 499 bis del Código penal y su Tesis Doctoral, sobre la responsabilidad penal en accidentes de trabajo.

El Manual consta de una primera parte dedicada a la «Introducción al Derecho Penal del trabajo» y a continuación agrupa en tres bloques o partes la diversidad de manifestaciones de ataques a los derechos de los trabajadores: Delitos contra los derechos e intereses económico-sociales de los trabajadores, la protección penal de la seguridad y la higiene en el trabajo y la protección penal de la libertad sindical y del derecho de huelga. Como anexos se incluyen una relación de disposiciones relativas a la materia penal laboral y una relación de sentencias seleccionadas, dictadas por el Tribunal Supremo en materia de delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo (art. 499 bis del C.P.), apropiación indebida de la cuota obrera de la Seguridad Social (art. 535 del C.P.) y homicidio y lesiones imprudentes en accidentes de trabajo.

En la introducción define Arroyo Zapatero, con un buen criterio, el Derecho penal del trabajo como «el conjunto de preceptos penales (criminales) creados para garantizar la efectividad de las normas declarativas y ordenadoras destinadas a tutelar a los trabajadores». Ese conjunto de preceptos penales, a los que alude el autor, tienen su punto de partida en la Ley de Reforma del Código Penal, de 15 de noviembre de 1971, que introduce en nuestro Código el artículo 499 bis, y su culminación en el año 1983 con la Ley de Reforma Urgente y parcial del Código Penal, de 25 de junio de 1983, que incorpora dos nuevas figuras: el artículo 177 bis y el 348 bis.

En la segunda parte, «*Delitos contra los derechos e intereses económico-sociales de los trabajadores*», se examina el artículo 499 bis, introducido por la Ley 44/1971, de 15 de marzo, sobre la reforma del Código Penal, con el nomen iuris de «*Delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo*» y que tiene su precedente en el Decreto-Ley de 15 de febrero de 1952, por el que se establecen responsabilidades de carácter civil y penal por incumplimiento de leyes laborales y de previsión social. Las diversas figuras que contempla el artículo 499 bis: 1.—Imposición de condiciones laborales o de Seguridad Social ilegales; 2.—Alteración ilegal de las condiciones de trabajo; 3.—Tráfico ilegal de mano de obra; 4.—Migraciones fraudulentas; y 5.—Crisis fraudulentas de empresa, son objeto de un minucioso estudio por parte del autor, quien contempla como problemas comunes a las distintas figuras: 1.—El bien jurídico protegido, que no es la libertad o la seguridad puestos de manifiesto en la rúbrica, sino que el bien jurídico protegido se concreta en los intereses del trabajador considerado como parte del contrato de trabajo y como miembro de una clase social o grupo con una posición concreta en el

(3) GARCÍA ABELLÁN, *Derecho penal del trabajo. Sistema de legislación española*, Madrid, 1955, p. 223 y ss.

mercado de trabajo, y 2.—El sujeto activo y el problema de las personas jurídicas, en el sentido de que autor típico de estos delitos, salvo en los supuestos de tráfico de mano de obra y migraciones fraudulentas, sólo puede ser quien tenga un poder efectivo de resolución a los efectos de concertar las condiciones de trabajo o para alterarlas con las personas jurídicas debido a la existencia en nuestro Código penal del art. 15 bis.

Dentro de esta segunda parte se dedica un capítulo, el cuarto, a la protección penal de la Seguridad Social y en concreto a la *apropiación empresarial de la cuota obrera*. Como muy bien se indica, la apropiación empresarial de la cuota obrera es una de las diversas formas de aparición del fraude a la Seguridad Social, pues hay otras formas de defraudar a la Seguridad Social, como por ejemplo, la elusión del pago de la cuota empresarial, que requieren una elaboración más detenida que contemple tanto su tratamiento de Derecho penal vigente como de *lege ferenda*. La apropiación empresarial de la cuota obrera es desde el año 1971 (4) incardinada por nuestra jurisprudencia en la figura delictiva de la apropiación del artículo 535 del Código Penal lo que ha llevado a un sector de la doctrina (5) a calificar de «discutible» la tesis de aplicar el artículo 535, y a optar por la atipicidad de la conducta. Los problemas que plantea esta calificación radican, principalmente, en la interpretación del «título de posesión del empresario», cuestión que es resuelta por Arroyo en el sentido de considerar que la disposición de la Ley General de la Seguridad Social comporta una «recepción jurídica» de la cuota obrera en el patrimonio del empresario que sustituye a una recepción material, pues por razones de economía, tiempo y contabilidad, no se entrega al trabajador materialmente la totalidad del salario para que éste entregue la cuota correspondiente a la Seguridad Social, sino que, por el contrario se hace *ope legis* al empresario depositario y gestor del pago, con lo que puede decirse que *recibe de la Ley* la cuota patrimonial correspondiente al salario de su trabajador y que es esta parte de dicho salario en el momento en que hace entrega a éste de su salario líquido.

La parte III, «*Protección penal de la Seguridad y la Higiene en el trabajo*», es dedicada al estudio, en primer lugar, de la *responsabilidad penal en accidentes de trabajo: homicidio y lesiones imprudentes*, donde se pone de manifiesto el elevado número de accidentes de trabajo generadores de muerte y lesiones en la vida laboral, de los 670.002 accidentes de trabajo durante la jornada de trabajo en 1987, 1.812 fueron mortales y 11.358 graves, así como 3.062 enfermedades profesionales. A continuación, es objeto de análisis el deber de seguridad del

(4) Véase la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de octubre de 1971, que rechaza la argumentación mantenida hasta entonces por la sentencia de 26 de marzo de 1955, que fundamentaba la denegación de la figura de la apropiación indebida en la idea de que las cantidades detraídas «no formaron en ningún momento parte de otro patrimonio de donde salieran para serle entregadas a él (s.c. el empresario) por título alguno que determinase *ab initio* su obligación de devolverlas a aquéllos a quienes se refería la retención, sino que constituían la porción correspondiente a sus obreros de los salarios de éstos... y su falta de ingreso no supone un incremento patrimonial de su haber de patrono, sino una infracción de sus deberes de contribuyente».

(5) Cfr. por todos, MARTÍNEZ PÉREZ, *Apropiación de la cuota obrera de la Seguridad Social y apropiación de las cantidades retenidas en el IRPF*, en «Protección penal de los derechos de los trabajadores», Jornadas Organizadas por Jueces para la Democracia, Universidad de Santiago de Compostela, 1985, p. 71 y ss.

empresario, distinguiéndose tres grandes grupos de deberes: en primer lugar, los deberes relativos a las condiciones materiales de la empresa y a los riesgos derivados estrictamente de las mismas (deber de instalar los dispositivos de salvamento y socorro para aminorar la gravedad de los resultados en los supuestos de producción de accidentes, cualquiera que sea la causa; deber de proporcionar a los trabajadores los medios de protección personal de carácter preventivo adecuados a los trabajos que realicen, etc.); en segundo lugar, deberes relativos a las personas que van a intervenir en la actividad laboral y a los riesgos que de dicha intervención puedan surgir (prohibición de emplear a mujeres o jóvenes en los trabajos a éstos prohibidos; deber de instrucción al personal, fundamentalmente a los trabajadores, pero también a los encargados, antes de que comiencen a desempeñar cualquier puesto de trabajo, acerca de los riesgos y peligros que en él pueden observarse para preverlos o evitarlos, etc.), y, en tercer lugar, deberes relativos al ejercicio del poder de dirección en el curso de la actividad laboral (deber de vigilancia sobre la evolución de seguridad en el trabajo; deber de hacer cumplir las normas de seguridad, incluso coactiva o imperativamente, etc.).

Respecto a los sujetos del deber de seguridad en el trabajo, formula Arroyo como principio general, el que en el seno de la empresa, y además del titular de la misma, pueden ser sujetos de imputación del específico deber de cuidado de seguridad en el trabajo y, en consecuencia, autores típicos de los delitos imprudentes de homicidio y lesiones en accidentes de trabajo, aquellas personas que por delegación del empresario han asumido en el esquema organizativo de la empresa puestos que implican la facultad de mando sobre otros trabajadores y facultad de resolución en la concreta esfera funcional que tienen a su cargo. Pero esta imputación del deber de seguridad, incuestionada en principio en relación al empresario y sus encargados, se discute respecto de algunos sujetos que se encuentran dentro de la misma empresa, como pueden ser los componentes de los comités de seguridad e higiene, los vigilantes de seguridad y los encargados o responsables de seguridad o de aquellos otros sujetos que se hallan al margen de la propia relación laboral, como los fabricantes, vendedores y arrendadores de máquinas y aparatos adquiridos por el empresario laboral y utilizados en sus centros de trabajo.

Otra cuestión que se aborda en relación con el cumplimiento del deber de seguridad en el trabajo, es la relacionada con el grado de diligencia exigible en tal cumplimiento. Labor, que en opinión del autor, se debe transferir al juez, quien debe tomar en cuenta a la hora de calificar la diligencia del empresario en el cumplimiento de su deber de seguridad dos principios fundamentales: A mayor riesgo corresponde la exigencia de mayor cuidado y el cuidado a aplicar por el empresario debe abarcar también la previsión de conductas imprudentes de sus trabajadores, particularmente en los supuestos de trabajo propensos al riesgo.

En cuanto al deber de cuidado del empresario ante las imprudencias de sus trabajadores el autor sostiene que el cuidado que le es exigible al empresario debe ser tal que tome en cuenta las hipotéticas conductas de sus trabajadores. Las medidas de seguridad a adoptar y el grado de vigilancia a prestar deben tender a asegurar al trabajador frente a sus propias imprudencias.

Ahora bien, para que surja la responsabilidad criminal no basta la mera conducta imprudente, es necesario que se produzca el resultado lesivo concreto — muerte o lesiones— y, aún más, que la conducta imprudente y el resultado se

encuentren en una determinada relación. A este fin, se recoge en el Manual una referencia a la relación de causalidad, a la de adecuación y a la del fin de protección de la norma con abundantes referencias jurisprudenciales. Pero además, hay que tener en cuenta que pocas veces hay exclusividad de culpa, ya sea ésta del empresario, ya de los encargados, y que, por lo general, la responsabilidad de los superiores no se comunica a los dependientes y, por el contrario, la responsabilidad de los encargados sí suele comunicarse a aquéllos de quienes éstos dependen. Presta Arroyo, por tanto, especial atención a tres tipos de problemas: 1.— Condiciones de exoneración del empresario respecto de los accidentes imputables en primer lugar al encargado; 2.—La delegación total del poder de dirección del empresario en el encargado; y, 3.—Sujetos concurrentes no cualificados o no suficientemente cualificados por el deber de la seguridad.

Por lo general, como contempla el autor, el empresario o encargado objetivamente imputable reúne las facultades subjetivas comunes al círculo de personas que realizan esas actividades, es decir, la previsibilidad y la cognoscibilidad objetiva y subjetiva suelen coincidir. No obstante, y dentro del problema de la gradación de la imprudencia en accidentes de trabajo, se constata una considerable benevolencia en las calificaciones, como por ejemplo, la no aplicación de la agravación por negligencia profesional del párrafo 5.º del artículo 565, efectuadas por los Tribunales inferiores, la cual es denunciada con suma frecuencia por el Tribunal Supremo; se trata por lo general de conductas que en opinión de la Sala 2.ª son manifiestamente temerarias, pero que el Tribunal de instancia calificó de simple *antirreglamentaria*. Este fenómeno pone de relieve uno de los problemas más importantes con que se enfrenta una efectiva protección penal de seguridad en el trabajo: la debilidad de la persecución y de la represión penal llevada a cabo por los tribunales frente a los delincuentes subsumibles en la categoría socio-profesional de «cuello blanco» se mantiene incluso cuando los bienes jurídicos lesionados son la vida y la salud de las personas.

El Capítulo VI está dedicado al estudio del artículo 427 del Código Penal, conocido como de «*lesiones laborales*». La Ley Orgánica de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal de 1983 introdujo una modificación en dicho artículo que es calificada por Arroyo como de «dudosa transcendencia», ya que se limitó a sustituir la expresión «Leyes de trabajo» por la de «Leyes y Reglamentos de Seguridad e Higiene y de Trabajo», y el término «corporal» por el de integridad «física». Dentro de este capítulo y después de unas consideraciones introductorias, critica el autor las tesis de interpretación del tipo subjetivo del artículo 427 ofrecidas por Beristain, R. Diego y Bajo Fernández ya que lo específico del 427 y lo que justifica su existencia, es que tipifica las lesiones doloso-eventuales. Por tanto, es la reconstrucción del artículo 427 como delito de lesiones laborales doloso-eventuales lo que permite la recuperación de tan denostado precepto. Sin embargo, termina Arroyo con una reflexión político-criminal sobre el 427 en orden a la próxima reforma de nueva planta del Código. De las diferentes alternativas que el Derecho comparado presenta para la protección penal de la seguridad en el trabajo, el legislador de 1983 ha escogido la más correcta: la de un tipo incriminador de las conductas que, vulnerando las normas de seguridad, comportan peligro para la vida o la salud de los trabajadores: artículo 348 bis a). El nuevo delito es instrumento más que suficiente para satisfacer las necesidades de intervención penal en este campo. El artículo 427 aparece así como superfluo y, aún

más, de seguir inaplicado por los Tribunales, sus efectos serán perturbadores y redundará en descrédito de la Justicia penal. Por todo ello, el menor futuro que se le puede desear es su desaparición.

A continuación se analiza en el Manual de Derecho penal del trabajo el artículo 348 bis a): *Los delitos contra la seguridad en el trabajo*, introducido dentro del capítulo dedicado a los «Delitos de riesgo en general» por la Reforma de 1983, si bien, no carece de precedentes en nuestro Derecho, como por ejemplo, el artículo 578 del Código Penal de 1928. La propia rúbrica pone de manifiesto que el bien jurídico protegido es la seguridad en el trabajo, que se configura de esta manera, no sólo como bien jurídico protegido sino también como contenido de un deber impuesto al empresario por el ordenamiento. La conducta consiste en infringir las normas reglamentarias de seguridad e higiene en el trabajo poniendo con ello en peligro la vida o integridad física de los trabajadores, siendo tres las modalidades típicas de realización de la conducta: no exigir, no facilitar los medios y no procurar las condiciones. El legislador hace acompañar a estas tres modalidades un elemento común, de carácter normativo: la infracción grave de las normas reglamentarias. La atribución del calificativo a la infracción es, desde el punto de vista de Arroyo, desafortunada, debido a que la valoración no puede proyectarse sobre el rango legal de la norma de seguridad, sino que ha de hacerse sobre el resultado de la infracción de la norma.

En cuanto al tipo subjetivo, el tipo del artículo 348 bis a) admite en principio tanto la comisión dolosa como la imprudente y aunque de *lege ferenda* se deba propugnar la incriminación de la conducta imprudente, de *lege data* parece aconsejable contraer el castigo penal a la comisión dolosa del delito contra la seguridad en el trabajo, manteniendo como ilícito administrativo aquellas conductas en las que el sujeto sabe que infringe la norma, pero no cree que de ello derive peligro alguno, o desconoce o malinterpreta la norma de seguridad, o no se representa en absoluto el peligro, etc.

Por último, en la parte dedicada al estudio de la *protección penal de la libertad sindical y del derecho de huelga* se procede a un riguroso estudio de las conductas atentatorias contra la libertad sindical y el ejercicio del derecho de huelga. Esta cuarta y última parte consta, a su vez, de tres capítulos. El capítulo primero, octavo del Manual, está dedicado a *los delitos contra la libertad sindical*, artículo 177 bis del Código Penal. Dentro de él se examinan temas como el bien jurídico protegido, puesto que el artículo 177 bis, además de hacer una referencia a un doble aspecto de la protección: libertad sindical y derecho de huelga, limita la tutela penal de la libertad sindical y del derecho de huelga a los supuestos de ejercicio «legítimo»; también se aborda el tema de los sujetos, sujeto activo puede ser cualquier persona no estableciendo limitaciones a este respecto el artículo 177 bis, y sujetos pasivos del delito lo serán los titulares del bien jurídico protegido —libertad sindical y derecho de huelga— que en nuestro caso son los trabajadores por cuenta ajena en general, tanto individual como colectivamente considerados. También serán titulares del derecho los integrantes de las fuerzas e institutos armados, cuerpos sometidos a disciplina militar, funcionarios públicos, organismos sindicales, etc. pero, en todo caso, quedan excluidos los empresarios y los trabajadores que no lo sean por cuenta ajena. La conducta típica consiste tanto en el «impedir» como el «limitar» los derechos protegidos en el artículo 177 bis del Código Penal. Ahora bien, la amplitud de situaciones

que pueden ser abarcadas por la genérica redacción del precepto confirma el juicio sobre su ambigüedad. De ahí que el autor, siguiendo en parte la sistemática adoptada por Del Rey Guanter, distinga los siguientes grupos de casos: a) Ambito de las relaciones individuales de trabajo; b) Ambito de la actuación del sindicato como tal; c) Ambito de la condición y ejercicio de los cargos de representación sindical; y, d) Ambito del ejercicio del derecho de huelga. En cuanto al tipo subjetivo, se contempla la admisión de formas de comisión imprudente, aunque razones político-criminales aconsejan su exclusiva consideración como delito doloso.

En el capítulo segundo, noveno del Manual, se examina *la responsabilidad penal en la huelga y en el cierre patronal*, el artículo 222 del Código Penal. Tras unas consideraciones introductorias sobre la evolución de la huelga —delito a la huelga—, derecho constitucional y las consecuencias penales de la constitucionalización del derecho de huelga, se estudian los elementos objetivos y subjetivos del tipo del artículo 222, conforme a ellos, la exigencia típica de que se dé una efectiva paralización del trabajo, una huelga de las características enunciadas, excluye del artículo 222 las conductas consistentes en el aviso o advertencia de recurrir a la huelga, en las que la verificación de la misma se somete a la condición de realización de la reclamación que se hace a los poderes públicos. A continuación se procede a una enumeración de las características fundamentales que han de revestir las huelgas punibles, y se realiza una aproximación al concepto y problema que plantean las huelgas políticas y, tras ello, se aborda el examen de las diversas tipologías básicas de huelgas políticas que la realidad sindical ofrece en orden a su calificación jurídico penal como subsumibles en el artículo 222: a) Huelga de demostración o protesta; b) Huelgas reivindicativas; c) Huelgas en servicios públicos esenciales; y, d) Huelga y estados de alarma, excepción y sitio.

Por último, se aborda el tema de la relevancia penal del cierre patronal, entendido como la decisión empresarial de clausura temporal del lugar de trabajo con el fin de ejercer presión sobre los trabajadores para mantener las condiciones de trabajo existentes o crear otras más favorables a la empresa, que no se agota en el artículo 222, sino que «como tal» puede constituir otros delitos. El que el cierre patronal sea en determinados supuestos un comportamiento lícito, o no lo sea, comporta, como es lógico, consecuencias jurídico-penales diferentes, pero en todo caso, el cierre supone un compeler a los trabajadores a realizar lo que no quieren y, en consecuencia es irrelevante la justicia o injusticia —legalidad o no— de su huelga. El cierre patronal será, en consecuencia, punible como coacción cuando no esté justificado por el ejercicio de un derecho. Para determinar los supuestos en los que el cierre patronal está permitido recurre Arroyo a dos instancias: los supuestos previstos en el artículo 12 y en las condiciones subjetivas concurrentes de los artículos 13, 2 y 14 del Real Decreto Ley 17/1977 y la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 que considera solamente lícito el cierre patronal como expresión del «poder de policía» y esto ocurre cuando se adopta exclusivamente «para preservar la integridad de las personas, los bienes y las instalaciones y limitado al tiempo necesario para remover tales causas y para asegurar la reanudación de la actividad» a la que está obligado.

En fin, el capítulo tercero, décimo del Manual, versa sobre los *piquetes de trabajadores y el delito de coacciones*, artículo 496 del Código Penal cuyos párrafos 2.º y 3.º fueron introducidos por la Ley de Reforma de 19 de julio de 1976. Se analiza, en este último capítulo, la naturaleza del fenómeno de los piquetes;

el fundamento de su reconocimiento por el Derecho, los límites penales del comportamiento lícito de los mismos, las condiciones que determinan su incriminación como coacciones o amenazas, la configuración que los mencionados párrafos del 496 hacen de una coacción agravada, la justificación de la agravación y la relevancia al respecto del reconocimiento del derecho de huelga. Para el autor el hecho de los piquetes como instrumento de organización de la huelga, como agentes de la información y persuasión de los trabajadores, es una condición que necesariamente acompaña al ejercicio del derecho de huelga y forma parte del contenido esencial del derecho fundamental. Asimismo de entre las funciones de los piquetes se resalta la de persuasión a los demás trabajadores para que se sumen a la huelga. Sin función de persuasión y sin derecho a llevarla a cabo no es efectivo el derecho de huelga, siendo, precisamente, en las condiciones y modos de ejercer esa influencia y esa persuasión en donde se sitúa el conflicto y donde puede surgir la necesidad de tutela penal. Por otra parte, y en cuanto al tema de la naturaleza del conflicto entre huelguistas y no huelguistas concluye Arroyo su exposición afirmando que es un conflicto entre un derecho fundamental, el de huelga (artículo 28.2), y un derecho o libertad genérica, no cualificada o, a lo sumo, de menor cualificación que el derecho de huelga. Por último, se examina el sentido de la introducción, por la Ley de 19 de julio de 1976, «sobre los derechos de reunión, asociación, expresión de las ideas y libertad de trabajo», de los nuevos párrafos del artículo 496. Se exponen y analizan, a continuación, las diferencias del tipo agravado de coacciones a la huelga, tipo del párrafo 2.º del artículo 496, con el tipo básico del párrafo 1.º, que llevan a Arroyo a declarar como el precepto contenido en el párrafo 2.º del artículo 496 se opone —materialmente— a lo establecido en la Constitución (artículo 14, en relación con el artículo 28, 2.º) y, en consecuencia, debe estimarse derogado por la misma, efecto jurídico éste para cuya apreciación están legitimados los jueces ordinarios. Además, a este juicio de inconstitucionalidad se suma, reforzándolo, la función político-criminal que en la práctica cumple la figura del párrafo 2.º del artículo 496, como precepto obstáculo para la realización del derecho de huelga. Termina el autor su exposición con una referencia al problema que plantean las coacciones al cierre patronal, manifestando que, el que se tutele tan sólo al empresario frente a las coacciones para que inicie o continúe un cierre patronal, y no para que mantenga abierta o proceda a la apertura de la empresa pone de relieve, aún más, el sinsentido material y político-criminal del precepto.

Creo, sin lugar a dudas, que podemos celebrar la aparición de esta obra en la literatura penal. Queda así cubierta la necesidad sentida desde hace años entre nosotros, de una elaboración sistemática de lo que con acierto se denomina Derecho penal del trabajo.

ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ
Ayudante de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha

FERRE OLIVE, Juan Carlos: «El delito contable», Editorial Praxis, Barcelona, 1988, XVII + 244 págs.

La reforma del ordenamiento fiscal ha sido, sin duda alguna, uno de los aspectos más relevantes en la evolución legislativa española de la última década. En el período de la transición política a la democracia, el legislador fue consciente de la necesidad de implantar, prácticamente *ex novo*, un sistema fiscal eficaz, que sirviese de instrumento para la consecución de los fines redistributivos propios del Estado social de Derecho y, ya desde 1977, procedió a adoptar un nuevo marco normativo que hiciese posible la consecución de tales fines.

La utilización del Derecho penal para lograr la efectividad del nuevo sistema fiscal ha sido característica constante de ese proceso, siendo fácil apreciar cómo, en los momentos de reforma sustancial de la normativa fiscal, se ha procedido, en paralelo a la modificación del ordenamiento penal: en su día, la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal, fue el cauce por el que se introdujo por vez primera en el Código penal la represión del denominado «delito fiscal»; años después, coincidiendo en un mismo diseño político, y en un mismo momento temporal, se produjo una importante modificación de la Ley General Tributaria (Ley 10/1985, de 26 de abril), y se reformó el Código penal en materia de delitos contra la Hacienda Pública (Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril).

Resulta evidente que el reconocimiento constitucional, en el artículo 31.1, del deber ciudadano de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con las respectivas capacidades económicas, mediante «un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad», justificaba suficientemente ese recurso a la técnica de tutela penal. Sin embargo, puede ser más cuestionable que la configuración, en estos años, de los tipos penales dirigidos a la represión de las conductas que lesionasen este interés constitucional haya resultado, en todo caso, plenamente admisible en el Estado democrático de Derecho: así, el establecimiento de presunciones *contra reo* (como hacía el hoy ya derogado artículo 319), la utilización de la técnica normativa de los tipos penales en blanco, o la vulneración de los principios de *ultima ratio* y subsidiariedad en la criminalización de determinadas conductas, han sido denunciados, desde diferentes perspectivas de estudio, como defectos más destacables de esta normativa.

La doctrina penal española, en efecto, ha dedicado especial atención a estas figuras que, bajo la rúbrica de delito fiscal, primero, y de delitos contra la Hacienda Pública, en la actualidad, han reprimido la inobservancia de deberes de conducta que el legislador ha estimado inexcusables para la plena efectividad del sistema fiscal. Los trabajos de los profesores Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo, Bajo Fernández, Arroyo Zapatero, Boix Reig, Bustos Ramírez, Martínez Pérez, Lamarca Pérez, Gracia Martín o Ayala Gómez, entre otros, son significativa muestra de este interés doctrinal.

Compartiendo esta misma preocupación, el profesor de la Universidad de Salamanca Ferré Olivé dirigió en su día los trabajos de investigación precisos para la elaboración de su Tesis Doctoral hacia el delito contable tipificado en el artícu-

lo 350 bis del Código penal, figura que no había sido hasta entonces objeto de atención monográfica. El resultado de esta investigación, que mereció la máxima calificación académica en el acto de colación del grado de Doctor, y que aparece ahora publicado, constituye, sin duda, una aportación fundamental para la comprensión de un delito que plantea serios problemas conceptuales. No se olvide, en efecto, que los tipos diseñados en el artículo 350 bis del Código son delitos formales que se cometen en relación con la contabilidad mercantil o fiscal de unos determinados sujetos (los obligados a llevar tales libros o registros); que su estructura responde a la técnica de los tipos penales en blanco, de tal manera que la descripción de la acción típica necesita inexcusablemente ser completada con remisiones a normas de otro sector del ordenamiento jurídico, cuya jerarquía normativa no se corresponde necesariamente con el rango de ley: que su punición es independiente del cumplimiento o incumplimiento de las demás obligaciones que imponga a los contribuyentes el ordenamiento tributario; y, entre otros problemas, que las conductas penadas en el artículo 350 bis del Código pueden constituir, al tiempo, objeto de una sanción administrativa, de conformidad con lo previsto en la Ley General Tributaria.

El libro del profesor Ferré ofrece un estudio profundo, sistemático y riguroso sobre el delito contable, en el que no se elude la consideración de ninguno de aquellos problemas. Así, en el Capítulo Primero (rotulado «Aproximación al delito contable»), el autor, tras considerar los antecedentes legales y jurisprudenciales del tipo objeto de su estudio, aborda directamente la distinción entre el ilícito penal y el administrativo, cuestionando la pretendida identidad ontológica entre ambos, pero concluyendo que, en el caso de los intereses protegidos por el delito contable, el Estado puede llevar a cabo la tutela de esos bienes jurídicos tanto a través de la criminalización como de la descriminalización (págs. 24 a 26 y 56). Con esta afirmación, Ferré entiende que las conductas que el artículo 350 bis del Código considera punibles afectan realmente a un bien jurídico, que, tras un intenso estudio (págs. 33 a 55), concreta en la Hacienda Pública entendida en su aspecto dinámico, es decir, como sistema de recaudación de ingresos y realización del gasto público.

Desde estos presupuestos, el autor realiza un exhaustivo análisis del artículo 350 bis del Código, que comienza con el estudio del tipo objetivo (o, más concretamente, del tipo objetivo de cada una de las cuatro modalidades de anomalías en la llevanza de la contabilidad recogidas en tal precepto), materia a la que dedica, descendiendo de los problemas generales a los específicos, los Capítulos Segundo y Tercero del libro. En el Segundo, plantean —y resuelve— algunos de los problemas más característicos de esta figura delictiva: la utilización de las normas en blanco en la descripción de los tipos (técnica que, no obstante la polémica doctrinal, Ferré considera ajustada a Derecho y, más aún, perfectamente adecuada a las necesidades de represión de los delitos socioeconómicos); la configuración del delito contable como delito especial (que Ferré configura, además, como delito doblemente especial, tanto por la referencia que el párrafo primero del precepto realiza a los obligados a la llevanza de contabilidad mercantil, libros o registros fiscales, como porque las cuatro modalidades contenidas en el mismo restringen, a su vez, el ámbito de posibles sujetos activos del delito), y la determinación de los conceptos de «contabilidad mercantil» y de «libros o registros fiscales» utilizados en la descripción del tipo. Tras esta exposición de

los problemas que afectan, conjuntamente, a las diversas modalidades recogidas en el artículo 350 bis del Código, Ferré profundiza, ya en el Capítulo Tercero, en el detalle de cada uno de los cuatro apartados que configuran el delito contable (y que, respectivamente, hacen referencia al incumplimiento absoluto de la obligación contable, a la anotación de operaciones reales con cifras falsas y a la anotación de operaciones ficticias), agotando, en un destacable esfuerzo, la explicación de sus contenidos y la solución de los problemas que respectivamente plantean.

Finalmente, en los Capítulos Cuarto y Quinto, el autor analiza, por un lado, el tipo subjetivo y el tipo negativo del delito contable, y, por otro, la culpabilidad, penalidad y las formas especiales de aparición de este delito. Se cierra así una exposición detallada, muy documentada y rigurosa, que, sin duda alguna, constituye ya referencia inexcusable en el estudio de los delitos contra la Hacienda Pública.

ESTEBAN MESTRE DELGADO

*Profesor Ayudante de Derecho penal
Universidad de Alcalá de Henares*

KAISER, Günter: «Introducción a la Criminología» (7.ª edición), traducción de José Arturo Rodríguez Núñez, bajo la dirección de José María Rodríguez Devesa, Editorial Dykinson, Madrid, 1988, 408 páginas.

La primera versión castellana de esta obra, realizada por J. Belloch-Zimmermann sobre la 2.ª edición alemana, fue publicada por Espasa-Calpe en 1978. Entre la multitud de obras sobre Criminología escritas o traducidas a nuestra lengua, la *Introducción* de Kaiser aparecía como una obra construida con datos reales, de ámbito nacional, pero cuyo sistema, método y conclusiones ofrecían un indudable interés universal. La Editorial Dykinson publica ahora una nueva versión, hecha sobre la 7.ª edición alemana, *reelaborada y completada*, por José Arturo Rodríguez Núñez, bajo la dirección de José María Rodríguez Devesa, el inolvidable Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense, muerto inesperadamente el 1 de diciembre de 1987, cuya pérdida sus amigos y discípulos nunca podremos dejar de lamentar. Como un gesto emotivo que se comparte y agradece, esta nueva versión de la *Introducción a la Criminología* de Kaiser aparece dedicada a la memoria del querido y admirado Maestro.

El libro de Kaiser, en sus 400 páginas, contiene una parte general y una parte especial de la Criminología. El autor nos da de ésta un concepto amplio: conocimiento empírico del delito, del delincuente y de la víctima, y de los mecanismos de control y de prevención del delito, incluida la ejecución de las sanciones criminales y el tratamiento del delincuente. Lejos de adscribirse a una Criminología de la conducta desviada, Kaiser entiende que el concepto de delito manejado por

los criminólogos ha de ser el concepto legal. Sus métodos requieren necesariamente la interdisciplinariedad y la recogida de datos estadísticos.

Una breve incursión por la historia del pensamiento criminológico y de sus diversas orientaciones (biológica, sociológica, psicológica, psicoanalítica) lleva al autor a aceptar las modernas tendencias, que incluyen en el análisis criminológico los procesos sociales y los mecanismos de control. Porque es claro que, si delito es la conducta valorada por la ley como tal, delincuente para la Sociedad es la persona que ha sido *seleccionada* por los operadores legales como responsable de la comisión de delitos y *estigmatizada* con una pena.

El estudio del problema del delito es el estudio de la *criminalización*, sin que ningún concepto material previo nos pueda aclarar por qué una Sociedad, o mejor, un poder político determinado, en un momento también determinado, considera necesario penalizar unas conductas y despenalizar otras, en un constante cambio, para mantener los valores estimados como fundamentales. El estudio del delincuente lleva consigo el reconocimiento de que en la comisión de delitos juegan un papel la disposición y el medio, aunque ninguna teoría pueda explicar el exacto alcance de los factores genéticos o de los factores de la personalidad. Como también es importante, aunque no único, el proceso de socialización de la persona, del que han sido mediadores decisivos la familia, la escuela y el lugar de aprendizaje profesional. De aquí que, sin atribuirles naturaleza causal, sea frecuente que en los delincuentes conocidos coincidan algunas características, como perturbaciones familiares, fracaso profesional, etc.

Me parece digno de relieve que Kaiser considere que «en un plazo previsible, no puede llegarse a prescindir del principio de que no hay pena sin culpabilidad», porque da sentido a las teorías de la prevención y contribuye a limitar las posibilidades de intromisión estatal. Personalmente, no he comprendido el afán de un sector de los modernos criminólogos de rechazar la culpabilidad por no ser científicamente comprobable y atenerse a un concepto *prefabricado* de prevención general para justificar la pena y su medida. Sin embargo, es claro que el mundo de los valores no es el mundo de los conocimientos científicos, sino el de las *creencias*, y que la creencia generalizada en un determinado ámbito de libertad y en su consecuencia, la culpabilidad, es más respetuosa con la dignidad humana y fundamenta más aceptablemente la pena que un concepto de responsabilidad objetiva y de la sanción como un puro mecanismo de control social basado en la idea de lo que el poder considere socialmente necesario (*neodespotismo ilustrado*), el cual, para evitar confesar que desde tal perspectiva la potestad de penar carece de límites, tiene que asumir forzosamente el criterio de la proporcionalidad, que sin la culpabilidad quedaría vacío, como afirma Kaiser.

El control del delito, como forma de prevenir la delincuencia que actúa directamente sobre los delincuentes potenciales y los reincidentes (prevención secundaria y terciaria), comporta una *filosofía* de la pena y ha de ser analizado en el funcionamiento de los operadores de la Justicia penal. Aquí se resumen las teorías de la reacción social (*labeling approach*), la estigmatización y la prevención general, y sus deficiencias para explicar la conducta delictiva y el contenido de la norma penal. El carácter de *ultima ratio* del Derecho penal ha de sostenerse en defensa del mayor ámbito posible de libertad y de respeto a los derechos humanos, y en tal defensa adquieren un sentido innegable, con el principio de culpabilidad antes aludido, la prevención especial y el tratamiento del delincuente. Tam-

bién se rechazan las posturas radicales de despenalización que conducen al *contractualismo* y al autoauxilio, y, con ello, a la menor protección de los que carecen de medios. No se puede prescindir de la pena impuesta estatalmente, aunque se haya de mejorar el funcionamiento de la policía y de los tribunales, ni de la pena privativa de libertad, aunque se admita gustosamente el ámbito creciente de las penas o medidas alternativas. Y lo que legitima la privación de libertad no es la custodia en sí, sino la finalidad de reinserción. Kaiser defiende un derecho al tratamiento frente al contrario derecho a ser diferente.

Otros capítulos de esta *Introducción* se refieren al papel de la víctima en la persecución del delito, al proceso penal y sus necesarias reformas, a la prognosis criminal, a la criminalidad y la estadística como medio de conocimiento, a la cifra negra y las teorías actuales sobre el delito (aprendizaje, socialización diferencial, anomia y conflicto), ninguna de las cuales puede por sí sola explicar por qué la criminalidad es como es. No obstante, el autor se decanta por las teorías de la socialización y el conflicto social diferenciados, que cubren el campo preventivo, comprenden las estructuras criminógenas y posibilitan el encuentro con las teorías de la pena, de la resocialización y de la prevención general positiva.

A continuación, la parte especial del libro examina, con multitud de datos y gráficos, la situación actual, en los países de habla alemana, de la criminalidad juvenil, criminalidad de los extranjeros, criminalidad violenta, criminalidad sexual, criminalidad contra la propiedad, criminalidad de cuello blanco y criminalidad de tráfico, pasando revista a sus estructuras, evolución, caracteres de los autores, causas explicativas y perspectivas.

Se deduce de cuanto se lleva expuesto que el interés, considerable, de la obra de Kaiser para el lector español radica esencialmente en su valor metódico, su amplia información en teorías y datos reales, su equilibrio expositivo y su capacidad de síntesis, que hacen de la misma un excelente comienzo para el estudio de la Criminología. A lo que se ha de añadir el interés de las estadísticas y de la amplia bibliografía que acompaña a cada capítulo, que no, por referirse casi exclusivamente al ámbito alemán, dejan de tener importancia general. La Criminología es un saber que se refiere a hechos, pero a hechos dotados de una especial valoración y seleccionados desde el poder para una finalidad social específica. Todo esto queda aquí suficientemente de relieve y orienta al lector atento para no dejarse manipular por las ideologías interesadas.

La traducción del libro está a tono con el carácter del mismo y permite fácilmente la lectura de un discurso que se adivina no fácil, por lo compendioso, en el original. También se debe mencionar la excelente presentación y lamentar las siempre enojosas erratas, cuya ausencia debe cuidarse especialmente en una obra de tantos méritos.

Revista de revistas

«JURISTISCHE ARBEITSBLÄTTER»

I. BEITRÄGE (Colaboraciones)

SONNEN, Bernd-Rüdeger/HANSEN-SIEDLER, Thomas: Die Abgrenzung des Versuchs von Vorbereitung und Vollendung (La delimitación de la tentativa respecto de los actos preparatorios y de la consumación). I 17-27.

Para el planteamiento del trabajo, los autores parten de datos estadísticos del porcentaje de delitos que en el año 1986 fueron conocidos por la policía y registrados en la estadística criminal policial. De estos datos destacan que un alto porcentaje, en aumento respecto de años anteriores, corresponde a delitos en grado de tentativa, sobre todo en homicidio y asesinato. Cifra que según los autores hay que suponerla más elevada teniendo en cuenta, por una parte, la cifra oscura, debido a que se trata sólo de delitos que han llegado a conocimiento policial y, por otra, la dificultad que entraña la propia definición del delito intentado referida al homicidio. Sonnen y Hansen-Siedler advierten que los problemas que claramente ha expuesto Sessar en una investigación empírica sobre los delitos de homicidio intentados, son extensibles a todos los delitos intentados.

Al referirse ya en concreto a la delimitación de la tentativa respecto de los actos preparatorios impunes, parten del significado práctico de dicha delimitación: principio general de impunidad de los actos preparatorios; excepcionalmente, adelantamiento de las barreras de protección en algunos tipos penales por diferentes causas (distinción de tres grupos de casos). Aparte de estos tres grupos de casos excepcionales, advierten los autores, la importancia práctica de la delimitación radica sobre todo en que la frontera entre actos preparatorios y tentativa decide la respectiva cuestión de impunidad o punibilidad.

Tanto el tenor literal de la norma como su génesis y finalidad contribuyen a precisar tal delimitación: el legislador exige una combinación de criterios objetivos y subjetivos, así como una relación con el tipo en concreto. Sobre esta base entienden que no puede encontrarse ninguna fórmula de delimitación válida con carácter general, si bien esto no quiere decir que ésta carezca totalmente de sentido, pues puede tener una función de orientación. Recogen diversas opiniones doctrinales que ponen de manifiesto la necesidad de contemplar en este sentido cons-

telaciones de casos o casos concretos a los que habría que adaptar la formulación general. Así se pone de manifiesto en el análisis de la más moderna jurisprudencia, que los autores recogen sistematizándola en diferentes grupos referidos respectivamente a chantaje violento, homicidio, falsificación de moneda, y casos especiales: omisión y participación.

La última parte del trabajo se refiere a la delimitación con la consumación. Normalmente esta delimitación no plantea problemas, porque la consumación no significa otra cosa que la realización completa de todas las características del tipo legal. Sin embargo, a pesar de esta claridad formal de definición de consumación, aparecen dificultades de delimitación con el estadio de la tentativa en algunos delitos. A saber, en aquellos en que es discutida la característica típica que determina la propia consumación: por ejemplo, apropiación, daño patrimonial.

A continuación exponen los autores el significado de la consumación. La delimitación tentativa-consumación tiene consecuencias jurídicas significativas desde diferentes puntos de vista: punibilidad/impunidad, desistimiento, atenuación según los §§ 23 II, 49 I. Termina el trabajo con una exposición de ejemplo prácticos relativos a casos problemáticos en cuanto a la cuestión consumación/tentativa: hurto, estafa y chantaje violento.

HELLMANN, Uwe: Die Strafbarkeit des Vermieters wegen unberechtigter Eigenbedarfskündigung (La punibilidad del arrendatario por rescisión injustificada). 2-73-81.

WURKNER, Joachim: «Was darf die Satire»? (¿Qué permite la sátira?). 4 183-193.

Se trata de un artículo sobre las relaciones entre la libertad artística (art. 5 III 1 GG) y la protección penal del honor según el § 185 StGB centrado en el enjuiciamiento de caricaturas políticas, especialmente de la que fue objeto el Primer Ministro de Baviera, Franz Josef Strauß. El autor comienza ofreciendo una amplia relación bibliográfica, doctrinal y jurisprudencial, sobre los límites de la libertad artística. El planteamiento del problema se aborda desde el análisis del concepto arte y desde la delimitación del ámbito de protección marcado por la libertad artística.

ROTH, Gerald: Grundfragen der Hehlereitbestände (Cuestiones fundamentales de los tipos de receptación). Primera parte, 4 193-207; Segunda parte, 5 258-261.

Constituye este trabajo un amplio estudio de los §§ 259-262 StGB. Los dos problemas fundamentales los centra el autor, por una parte, en el contenido de injusto (en la determinación de la función de protección: teoría de la «perpetuación» e intereses generales de seguridad) y en el problema de la impunidad del sujeto previo que da lugar a la receptación. En la parte objetiva del tipo analiza en primer lugar el objeto de la receptación (cosa, obtención por el acto previo, existencia de una situación posesoria antijurídica y la relación temporal entre receptación y acto previo), en segundo lugar vuelve otra vez sobre el problema del sujeto anterior que da lugar a la receptación en el sentido de si es, o no,

también equiparable al autor de la receptación, y, en tercer lugar, se refiere Roth a las modalidades concretas del tipo (comprar, conseguir, vender, etc.). En el tipo subjetivo, la atención se centra en el estudio de la exigencia legal «ánimo de enriquecimiento». El trabajo concluye con cuestiones relativas a concurso.

NEUMANN, Ulfrid: Der strafrechtliche Nötigungsnotstand —rechtfertigungs— oder Entschuldigungsgrund? (El estado de necesidad juridicopenal por coacción: ¿causa de justificación o de exculpación?). 6 329-335.

El catedrático de Saarbrücken plantea la cuestión de si el sujeto obligado por otro a cometer un delito actúa justificadamente desde los puntos de vista del estado de necesidad o, por el contrario, en todo caso, con una causa de exculpación. En su propuesta de solución Neumann considera que hay que establecer una diferenciación en función de los dos siguientes aspectos. En primer lugar, por la orientación a la cualidad del bien atacado y el protegido; esto es, el mal que se trata de evitar (causa de justificación de estado de necesidad por coacción cuando por parte del coaccionado le son amenazados bienes jurídicos altamente personales), y, en segundo lugar, cuando la coacción afecta a la lesión de bienes jurídicos colectivos (estado de necesidad disculpante).

WALTER, Michael: Einführung in die Fragestellungen und gegenstände der Wahlfachgruppe Kriminologie/Strafrechtspflege (Introducción a los problemas y objeto de estudio de los grupos de asignaturas optativas Criminología y Ciencia del Derecho penal). 7 377-385.

Se expone en este artículo la relación entre la Criminología y el Derecho penal, sobre todo en el sentido de que la Criminología no constituye un área independiente de estudio, sino más bien una contemplación «desde fuera» del Derecho penal.

PRITTWITZ, Cornelius: Die Ansteckungsgefahr bei AIDS.—Ein Beitrag zur objektiven und subjektiven Zurechnung von Risiken— (El peligro de contagio en caso de SIDA. Una colaboración acerca de la imputación objetiva y subjetiva de riesgos). Primera parte: 8/9 427-440. Segunda parte: 10 486-502.

De este amplio artículo del Prof. Prittwitz, dividido en dos partes, interesa destacar el resumen de los resultados que él mismo extrae en forma de tesis, y que son los siguientes:

1.º Si el portador del virus desconoce su infección o advierte de la misma a su pareja, se excluye de antemano la punibilidad, porque en tal caso no se trata de una puesta en peligro ajeno por parte del portador del virus, sino de una puesta en peligro propio, por parte del compañero.

2.º Si, por el contrario, el portador del virus tiene conocimiento de la infección, se trata de una puesta en peligro ajeno, proveniente de él. Bien es verdad que el compañero que no se protege a sí mismo y por propia iniciativa también

es imprudente en estos casos. La responsabilidad que tiene de correr un riesgo determinado de poder infectarse no se puede convertir sin embargo en una responsabilidad de un mayor riesgo de contagio, conocido por el portador del virus.

3.º Si el portador del virus protege a su pareja según las normas establecidas del «safe sex», se trata entonces de un riesgo permitido por el ordenamiento jurídico. Las permisiones estatales o extrapenales imputables al Estado limitan el campo de creación de riesgos punibles.

4.º Prohibiciones extrapenales no pueden, por el contrario, definir el ámbito de creación de riesgos punibles jurídicopenalmente.

5.º Aunque la probabilidad de contagio durante un contacto sexual único podría ser mínimo, no se puede considerar el riesgo de contagio —frente a las posibles consecuencias— como tan pequeño que podría llamarse penalmente «permitido».

6.º Los casos de «puesta en peligro ajeno no permitidos» sólo son punibles de lege lata cuando el portador del virus-HIV ha actuado de forma manifiesta con dolo de infectar a su pareja.

7.º Una precisa reconstrucción de la jurisprudencia y de la doctrina arroja que según la doctrina dominante los portadores del virus no tienen por regla general ningún dolo de contagio.

8.º A resultados diferentes llegan los tribunales (de primera instancia) que hasta ahora se han ocupado de estos casos y parte de la doctrina, sólo en cuanto consideran que la posibilidad de contagio conocida en principio por el portador del virus y su imposibilidad de dominio es suficiente para achacar dolo eventual.

9.º La nueva concepción propuesta por Herzberg, que sin más parece conducir a la afirmación del dolo de contagio, es rechazable. Tiene razón Herzberg en que todo habla en contra del dolo eventual en los casos en que hay una protección fáctica contra el peligro de contagio. La conclusión inversa de que la mera falta de protección fundamenta el dolo no consigue ser compatible con los criterios vigentes de imputación objetiva.

10.º También según la teoría aquí desarrollada para delimitar el dolo eventual de la culpa consciente (teoría de los indicios), todo habla a favor de que los portadores del virus no tienen por regla general ningún dolo de contagio.

11.º Desde un punto de vista político-criminal hay que rechazar la creación de un tipo de delito (delito de peligro) contra el SIDA: el Derecho penal no puede aportar nada en favor de la lucha contra el SIDA, antes bien, podría ser muy perjudicial.

SCHMIDT-SALZER, Joachim: Zivilrechtliche und strafrechtliche Produktverantwortung (Responsabilidad civil y penal por los productos o mercancías). 10 465-474.

THAETER, Ralf: Die unendliche Geschichte «Codekarte» (La interminable historia de las tarjetas de cajeros automáticos). 11 547-551.

Los resultados y consecuencias a los que llega el autor en su trabajo se resumen en lo siguiente: Los casos de cajeros automáticos no son abarcados por los §§ 242 (hurto) o 246 (apropiación indebida) StGB, porque el dinero así conseguido no es ajeno, y por tanto falta ese elemento del tipo, el objeto del hecho. Este tipo de conductas con cajeros automáticos representa, según su estructura,

un delito contra la propiedad. En atención a la tipicidad, estos casos se incluirían en el § 263 a StGB. No obstante, dicho párrafo atenta parcialmente contra el principio de seguridad o certeza; sin embargo, debería ser considerado por los tribunales de acuerdo con el artículo 100 GG, porque en cualquier caso, después del 1-8-1986, es, a juicio de Thaefer, un precepto de considerable importancia para resolver los casos citados.

GLAREMIN, Friedhelm/BECKER, Jörg: Das Adhäsionsverfahren und die gerichtliche Einstellung des Strafverfahrens gemäß § 153 a StPO (El procedimiento de adhesión y el sobreesimiento del proceso penal de acuerdo con el § 153 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). 12 602-605.

II. AUFSÄTZE IN ZEITSCHRIFTEN. ÜBERSICHT: STRAFRECHT

(Revista de artículos sobre Derecho penal)

Período: agosto a octubre 1987: (Weinhold, Elke / Suhr, Christian)

HERZBERG: Anstiftung zur unbestimmten Haupttat-BGHSt 34, 63, JuS 1987, 617-662. (Inducción a un delito principal indeterminado). 1 32-33. «Bedingter Vorsatz und objektive Zurechnung beim Geschlechtsverkehr des Aidsinfizierten-AG München, NJW 1987, 2314», JuS 1987, 777-783 (Dolo eventual e imputación objetiva en las relaciones sexuales de infectados de SIDA). 1 33-34.

HERZOG/NESTLER-TREMEL: Aids und Strafrecht -Schreckensverbreitung oder Normstabilisierung? Strafverteidiger 1987, 360-371 (SIDA y Derecho penal. ¿Propagación del miedo o estabilización de la norma?). 1 34.

SEIER: Umfang und Grenzen der Nothilfe im Strafrecht, NJW 1987, 2476-2483 (Alcance y límites de la legítima defensa de terceros en Derecho penal). 1 34.

SCHMOLLER: Überlegungen zur Neubestimmung des Mordmerkmals «heimstüchisch» ZStW 99 (1987), 389-423 (Consideraciones acerca de la nueva determinación de la característica «alevoso» del asesinato). 1 34-35.

ROXIN: Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen, NStZ 1987, 345-350 (La eutanasia en el «campo de tensión» entre la participación en el suicidio, la interrupción permitida de un tratamiento y la muerte a petición de la víctima). 1 35-36.

KÜPPER: Strafvereitelung und «sozialadäquate» Handlungen, GA 1987, 385-402 (El hacer fracasar la condena penal, § 258 StGB, y acciones «adecuadas socialmente»). 1 36.

WORMS: § 264 a StGB —ein wirksames Remedium gegen den Anlageschwindel?, wistra 1987, 242-248 u. 271-276 (¿El § 264 a StGB, un remedio adecuado contra el fraude de inversiones?). 1 36.

LABSCH: Grundprobleme des Mißbrauchstatbestandes der Untreue, Jura 1987, 343-352 u. 411-419 (Problemas fundamentales del tipo de gestión desleal). 1 36.

KRATZSCH: Zum Erfolgsunrecht der schweren Brandstiftung, JR 1987 360-364 (Acerca del injusto del resultado del delito de incendio grave). 1 36.

Período: noviembre 1987 a enero 1988. (Teske, Doris)

PUPPE: Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, ZStW 99 (1987), 595 ss. (La relación entre falta de cuidado y resultado en los delitos imprudentes). 4 212.

HOYER: Das Rechtsinstitut der Notwehr, JuS 1988, 89 ss. (El instituto jurídico de la legítima defensa). 4 212-213.

FREUND: Funktion und Inhalt des Begriffs des Unfalls bei der Verkehrsunfallflucht, GA 1987, 536 ss. (Función y contenido del concepto de accidente en el caso de huida del lugar del accidente). 4 213-214.

JANKER: Heimliche HIV-Antikörpertests —strafbare Körperverletzung? NJW 1987, 2897 ss. (Test encubierto de anticuerpos-HIV, ¿lesión corporal punible?). 4 214.

MICHEL: Forum: Aids-Test ohne Einwilligung —Körperverletzung oder Strafbarkeitslücke? (Forum: Test del SIDA sin consentimiento, ¿lesión o laguna de punibilidad?). 4 214-215.

WOLSKI: Zur Typizität des «gefährlichen Werkzeugs» i. s. § 223 a StGB, GA 1987, 527 ss. (Acerca de la tipicidad del «instrumento peligroso» a efectos del § 223 a StGB). 4 215.

SCHMITT: Strafrechtliche Probleme als Folge von Neuerungen im Bankwesen, JuS 1987, 640 ss. (Problemas juridicopenales como consecuencia de innovaciones en la banca). 4. 215.

Período: febrero a abril 1988. (Spannhorst, Burkhardt)

HOYER: Das Rechtsinstitut der Notwehr, JuS 1988, 89-96 (El instituto jurídico de la legítima defensa). 7 386-387.

MÜLLER-CHRISTMANN: Problematik des Vermögensschadens beim Betrug im Falle eines vereinbarten Rücktrittsrechts, JuS 1988, 108-114 (Problemática del daño patrimonial en la estafa en el caso de un convenido derecho a la renuncia). 7 386.

KÜPPER: Die Kreditkartenentscheidung des BGH unter Geltung des § 266 b StGB n. F., NSTZ 1988, 60-62 (La decisión del BGH sobre tarjetas de crédito bajo la vigencia de la nueva redacción del § 266 b StGB). 7 387.

TURNER/GALLANDI: Die Leistungsfähigkeit des Betrugstatbestandes oder: Bedarf es immer spezialisierterer Vorschriften im Wirtschaftsstrafrecht?, JuS 1988, 258-261 (Operatividad del delito de estafa o: ¿se necesitan continuamente preceptos más especializados en el Derecho penal económico?). 7 387.

STREE: Probleme der Sachbeschädigung, JuS 1988, 187-193 (Problemas del delito de daños). 7 387-388.

PFLÜGER: Der Abschluß des Strafverfahrens beim Tod des Angeklagten, NJW 1988, 675-678 (La conclusión del proceso penal en caso de muerte del acusado). 7 388.

LAUBENTHAL/MITSCH: Rechtsfolgen nach dem Tod des Angeklagten im Strafverfahren, NStZ 1988, 108-114 (Consecuencias jurídicas en el proceso penal tras la muerte del acusado). 7. 388.

RIEß: Zweifelfragen zum neuen Strafbefehlverfahren, JR 1988, 133-136 (Cuestiones dudosas sobre el nuevo procedimiento de condena penal). 7 389.

Período: mayo a julio 1988. (Harms, Eleke/Buchholz, Bernd Klaus)

HERZBERG: Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten, JZ 1988, 573 ss.; 635 ss. (El «querer» en el delito doloso y su distinción de la conducta conscientemente imprudente). 10 506-507.

ROXIN: Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafaussließungsgründen, JuS 1988, 425 ss. (Causas de justificación y causas de exculpación en su delimitación con otras causas de exclusión de la pena). 10 507.

BLOY: Prinzipien der objektiven Erfolgszurechnung beim vorsätzlichen Begehungsdelikt, JuS 1988, 41 ss. (Principios de la imputación objetiva del resultado en los delitos dolosos comisivos). 10 507.

HERZBERG: Gesamtbetrachtung und Einzelakttheorie beim Rücktritt vom Versuch: Entwurf einer Synthese, NJW 1988, 1559 ss. (Contemplación global y teoría de la acción particular en el desistimiento de la tentativa: Proyecto de una síntesis). 10 507-508.

BERGMANN: Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch, ZStW 1988, 328 ss. (Contemplación de la acción individualizada o contemplación global en el desistimiento de la tentativa). 10 508.

LENCKNER: Strafrecht und ziviler Ungehorsam-OLG Stuttgart, NStZ 1987, 121 JuS 1988, 349 ss. (Derecho penal y desobediencia civil). 10 508-509.

TENCKHOFF: Grundfälle zum Beleidigungsrecht, JuS 1988, 199 ss., 457 ss. (Casos fundamentales sobre la ofensa desde el punto de vista jurídico). 10 509.

KÜPER: Vorstellungspflicht und «Feststellung der Person» bei § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB, JZ 1988, 473 ss. (Deber de presentación e «identificación de la persona» en virtud del § 142.1.1 StGB). 10 509.

HAFT: Grundfälle zu Diebstahl und Raub mit Waffen, JuS 1988, 364 ss. (Casos básicos relativos a hurto y robo con armas). 10 509-510.

BERGMANN-FREUND: Zur Reichweite des Betrugstatbestands bei rechts- und sittenwidrigen Geschäften, JR 1988, 189 ss. (Acerca del alcance del tipo de estafa en negocios antijurídicos e inmorales). 10 510.

WINKELBAUER: Die Behördliche Genehmigung im Strafrecht, NStZ 1988, 201 ss. (La autorización oficial en Derecho penal). 10 510-511.

GEPPERT: Das Beweisverbot des § 252 StPO, Jura 1988, 305 ss., 363 ss. (La prohibición de prueba del § 252 StPO). 10 511

III ERLÄUTERTE ENTSCHEIDUNGEN. (Comentarios de Sentencias).

SONNEN, Bernd-Rüdeger:

- Inverkehrbringen von Falschgeld. § 146 StGB (Expendición de dinero falso). 1 53-55.
- Konkurrenzlehre-Klammerwirkung durch eine verbindende Gesetzesverletzung, § 52 StGB. (Concurso-efecto oclusivo por una violación de la ley vinculada a otra). 3 167-169.
- Falsche Verdächtigung durch unrichtige Angaben über Beweismittel § 164 StGB (Acusación falsa mediante declaraciones incorrectas sobre medios probatorios). 3 169-171.
- Bestechlichkeit durch Annahme von Geldzuwendungen zur Weiterleitung an politische Parteien, § 332 StGB (Corruptela por aceptación de donaciones de dinero para transmisión a partidos políticos). 4 232-235.
- Abgrenzung vom unbeendeten zum beendeten Versuch bei Vorliegen eines festumrissenen Tatplans, § 24 StGB (Delimitación de tentativa acabada e incabada ante la existencia de un plan firmemente perfilado). 5 297-299.
- Verdeckungsabsicht und niedrige Beweggründe als Mordmerkmale, § 211 StGB (Finalidad de encubrir —otro delito— y móviles «bajos» como catacterísticas de asesinato). 7 405-408.
- Wegnahme und Mißbrauch einer codierten eurocheque-Karte, §§ 242, 246, 263 a StGB (Sustracción y utilización indebida de una tarjeta-eurocheque codificada). 8/9 461-494.
- Strafbefreiender Rücktritt vom versuchten Totschlag (Exención de pena por desistimiento en tentativa de homicidio). 11 582-584.

— Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung bei ärztlichem Eingriff (Causa de justificación del consentimiento presunto en caso de intervención médica). 12 639-640.

MÜLLER, Andreas: Unterschlagung durch Weiterbenutzung sicherungsübereigneter Sachen. § 246 StGB (Apropiación indebida por utilización posterior de cosas cedidas a título de garantía). 1 56. Sentencia del BGH de 17-03-1987 -1StR 693/86 = NJW 1987, 2242 s.

SOLBACH, Thomas: Zulässigkeit einer Venenpunktion zum Zwecke einer Austestung des entnommenen Blutes auf AIDS-Antikörper ohne vorherige Aufklärung des Patienten. §§ 223, 223 a, 226 a StGB (Admisibilidad de una punción venosa con la finalidad de un análisis de la sangre extraída sobre anticuerpos del SIDA, sin habérselo dicho previamente al paciente). 2 112-116.

SOLBACH, Günter: Öffentliche Aufforderung zu Straftaten, §§ 111, 303 StGB (Exhortación pública a hechos delictivos). 6 355-357. Nötigung: Berücksichtigung der Fernziele von Straßenblockieren, § 240 StGB (Coacción: Consideración de la finalidad de bloqueo de calles). 10 524-527.

PENACK, Angelika: Antrag auf Entscheidung des Revisionsgericht nach § 346 Abs. 2 StPO (Instancia de resolución al Tribunal de casación, a tenor del § 346 StPO). 3 171-172. Überwachung des Fernmeldeverkehrs durch Zählervergleichseinrichtung; Verwertungsverbot (Control de telecomunicaciones a distancia mediante la instalación de contadores paralelos; prohibición de su utilización). 5 299-301.

IV. JA-ÜBUNGSBLÄTTER (Casos prácticos)

KRÜGER, Rolf/HELMKE, Regina:

- JA-Klausur 1/88: Strafrecht. «Rollende Blockade» (Bloqueo rodante). 1 10-16.
- Typische Klausurprobleme im Zusammenhang mit dem Tatbestand der Hehlerrei, § 259 StGB (Típicos problemas de examen en relación con el tipo de encubrimiento/receptación, § 259 StGB). 3 33-42.
- JA-Klausur 8/88: Strafrecht —«Wer war der Fahrer?»— (¿Quién era el conductor?). 7 104-110.

KRÜGER, Rolf/MOHR, Friedrich:

- JA-Problemübersicht: Ärztliche Abrechnungsmanipulationen (Manipulaciones en la liquidación de cobros y cuentas por parte de los médicos). 10 129-135.
- JA-Klausur 11/88: Strafrecht: «Der Venüelentausch» (Cambio de etiquetas identificativas en pruebas de alcoholemia). 11 151-157.

SCHNEIDER, Wilhelm-Friedrich: JA-Klausur 4/88: Strafrecht (Zwischenprüfung) (Derecho penal. Examen parcial). 4 56-60.

MATZAT, Martin: Aus der mündlichen Prüfung —Strafrecht— (Del examen oral. Derecho penal). 5 77-80.

KRÜGER, Rolf/MOHR, Friedrich: JA-Problemübersicht: Ärztliche Abrechnungsmanipulationen. 10 129-135.

ALDEJOHANN, Matthias: Aus der mündlichen Prüfung (Strafrecht) (Del examen oral. Derecho penal). 11 157-160.

V. JA-INFORMATION/BERICHTE. (Información/Noticias).

- Ab sofort: «Grüne Seiten» für Referendare (Desde ahora mismo: «Páginas verdes» para licenciados. Se trata de una nueva sección dentro del apartado de casos prácticos -JA/Übungsblätter, dirigida a licenciados o pasantes de abogados. Se inicia en el número 12 de 1988). 1 I.
- Rechtsvergleichender Sommerkurs in Urbino. (Curso de verano de Derecho comparado en Urbino). 1 I-II.
- Summer Program in United States Law and Legal Institutions an der University of Wisconsin Law School, Madison (Curso de verano sobre Derecho e instituciones jurídicas de los Estados Unidos de América en la Escuela de Derecho de la Universidad de Wisconsin, Madison). 1 II-IV.
- Rechtsvergleichende Kurse der internationalen Fakultät für Rechtsvergleichung in Straßburg (Curso de Derecho comparado de la Facultad Internacional de Derecho comparado en Straßburg). 1 XII-XIV.
- Anerkennung ausländischer juristischer Prüfungen (Reconocimiento de exámenes de Derecho realizados en el extranjero). 2 XII.
- Juristische Staatsprüfungen in Nordrhein-Westfalen 1986 (Exámenes de Estado, de Derecho, en Nordrhein-Westfalen 1986). 3 I-XII.
- Juristische Intensivkurse im Bayerischen Wald un Griechenland (Cursos intensivos de Derecho en Bayerischen Wald y Grecia). 4 XI.
- Sommerkurs «Introduction to English Law», London 1987 (Curso de verano «Introducción al Derecho inglés», Londres, 1987). 4 XII-XV.
- Aufbaustudium für Ausländer (Estudios preparatorios para extranjeros. Posibilidad de consecución del grado de Magister legum en la Facultad de Derecho de la Universidad de Regensburg). 4 XX.
- Juristen-Verieinigung «Lebensrecht» tagt (Reunión de la asociación jurídica «Derecho a la vida»). 4 XX.
- Pflichtwahlpraktikum beim Rechtsanwalt in Paris (Pasantía con abogado en París). 4 XX-XXVIII.
- Jurist muß Deutsch können (Un jurista debe saber alemán). 5 XII.
- Studie der Prüfungsämter zur Vergleichbarkeit der Ergebnisse der juristischen Staatsprüfungen (Estudio de los negociados de examen para la comparación de los resultados de los exámenes de Estado relativos a Derecho). 10 I-X.

- «Erasmus» geht ins zweite Jahr («Erasmus» entra en su segundo año). 10 XVI.
- Rechtsvergleichender Kurs in Straßburg (Curso de Derecho Comparado en Estrasburgo). 10 XVIII-XXIII.
- 25 Jahre DAAD-Programm für ausländische Juristen (25 años del Programa del DAAD para juristas extranjeros). 10 XXXVI-XXXVIII.
- Akademie für Internationales Recht in Den Haag: Kurs im Internationalen Privatrecht 1988. (Academia de Derecho Internacional en La Haya: Curso de Derecho Internacional Privado). 11 I-V.
- Entziehung des Doktorgrades für Autor des «Auswitz Mythos» rechtskräftig (Retirada legal del título de Doctor para el autor de «El mito de Auschwitz»). 12 XVI.

VI. AUS GESETZGEBUNG UND FORSHUNG (De la legislación e investigación).

(*) Se trata de una nueva rúbrica, cuya aparición se prevé tres veces por año, acerca de la legislación actual, de proyectos de investigación jurídica empírica).

STREMPER, Dieter/WEIS, Hubert:

I. Gesetze (Leyes)

- Opferschutzgesetz (Ley de protección de la víctima). 2 81-82. Ley de 18 de diciembre de 1986; entrada en vigor, 1.º de abril de 1987.
- Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus (Ley para la represión del terrorismo). 2 82. Ley de 19 de diciembre de 1986; entrada en vigor, 1.º de enero de 1987.
- 24 Strafrechtsänderungsgesetz-§ 168 StGB (Ley 24 para la reforma del Derecho penal, § 168 StGB). 2 82. Ley de 13 de enero de 1987; entrada en vigor, 22 de enero de 1987 (Penalización de la utilización de embriones humanos y fetos con fines comerciales, en particular para cosmética).
- Strafverfahrensänderungsgesetz 1987 (Ley para la reforma del Derecho procesal penal 1987). 2 82-83. Ley de 27 de enero de 1987; las partes esenciales de esta ley entraron en vigor el 1.º de abril de 1987, mientras que otras normas lo hicieron ya el 30 de enero de 1987.
- Änderung der Strafprozeßordnung (Modificación de la Ley de enjuiciamiento Criminal). 11 552. Ley para Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 17 de mayo de 1988. Modificación del § 140 StPO y § 60 OWiG, relativo a ciegos, sordos y mudos. Entrada en vigor de la Ley, 26 de mayo de 1988.

II. Gesetzentwürfe (Proyectos de Ley)

- Änderung des Grundgesetzes -Staatsziel «Umweltschutz» (Reforma de la Constitución -Finalidad del Estado «Protección del medio ambiente»). 6 336-337.
- AIDS-Bekämpfung (Lucha contra el SIDA). 6 337.

III. Empirische Rechtsforschung. (Investigación jurídica empírica)

(*) Se trata, como indica su enunciado, de investigaciones empíricas en el ámbito jurídico que aportan orientaciones y datos para la elaboración de proyectos de Ley, y que controlan los efectos de determinadas leyes tras su entrada en vigor.

- *Empirische Untersuchung zur Rechtswirklichkeit der Untersuchungshaft* (Investigación empírica de la realidad jurídica de la prisión preventiva). 2 85-86.
- *Empirische Rechtsforschung zu Frauen in der Justiz* (Investigación jurídica empírica sobre las mujeres en la justicia). 11 554-556.

JAVIER DE VICENTE REMESAL
Profesor Titular de Derecho penal.
Universidad de León.

NOTICIARIO

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 don José Luis de la Cuesta Arzamendi, en la Universidad del País Vasco, y don Borja Mapelli Caffarena, en la Universidad de Sevilla (Facultad de Derecho de Huelva).

LA ENSEÑANZA UNIVERSITARIA DE LA CRIMINOLOGIA EN EL MUNDO DE HOY XL CURSO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA San Sebastián, 16-21 octubre 1989

Del 16 al 21 de octubre de 1989 se celebrará en San Sebastián el XL Curso Internacional de Criminología, sobre «La enseñanza universitaria de la Criminología en el mundo de hoy», organizado por el Instituto Vasco de Criminología y la Sociedad Internacional de Criminología.

Se prevé la asistencia, entre otros, de los Profesores siguientes: V. Baeza, A. Baratta, A. Beristain, J. Bustos, G. Canepa, R. Cario, M. Cobo del Rosal, J. L. de la Cuesta, N. Christie, E. Echeburúa, J. M. Escrivá, E. Fattah, C. Fejnaut, A. García-Pablos, V. Garrido Genovés, L. Garrido Guzmán, U. Gatti, J. M. Gondra, L. González Guitián, E. Giménez-Salinas, K. I. Ivanovich, G. Kellens, P. Landreville, P. Larrañaga, J. Llompарт, F. Muñoz Conde, E. Neuman, R. Ottenhof, T. Padovani, G. Picca, J. Pinatel, M. Polaino, Schüller-Springorum, D. Szabó, H. Willians y E. R. Zaffaroni.

Se estudiará (en conferencias, mesas redondas y seminarios de trabajo) la Enseñanza de la Criminología en: Africa, América del Norte, América del Sur, Benelux, Canadá, España, Francia, Italia, Japón, Países Arabes, Países Escandinavos, Países Socialistas, Reino Unido y R. F. Alemana.

Se pueden remitir comunicaciones libres (así como las inscripciones)(*) al: Instituto Vasco de Criminología, Paseo Manuel de Lardizábal y Uribe, núm. 2. 20009 San Sebastián (España). Teléfono (943) 217211. Fax núm. (943) 212653.

Tarifa Base, 15.000 ptas. Miembros de la Sociedad Internacional de Criminología, 10.000 ptas. Estudiantes matriculados en Diploma Superior de Criminología, 8.000 ptas.

Idiomas: Euskera, Castellano, Francés, Inglés.

Agencia Oficial del Curso: Mundo Tres, Plaza Buen Pastor, 7. 20005 San Sebastián (España). Teléfono (943) 292266.

(*) Las plazas son limitadas y se respetará el orden de inscripción.

INDICE

Págs.

SECCION DOCTRINAL

<i>Alcance y función del Derecho penal</i> , por Diego-Manuel Luzón Peña	5
<i>La acción «libera in causa»</i> , por Mercedes Alonso Alamo	55
<i>Consecuencias del principio «non bis in idem» en Derecho penal</i> , por Gabriel Garcías Planas	109
<i>Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad</i> , por Ujala Joshi Jubert	125
<i>La atenuante de arrepentimiento activo: artículo 9.9 del Código Penal</i> , por María- Lourdes Mozota Fatas	141

SECCION LEGISLATIVA

<i>Disposiciones</i>	161
----------------------------	-----

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

<i>Circular núm. 1/1989. El procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre</i>	215
<i>Consultas</i>	285

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , sección dirigida por San- tiago Mir Puig; <i>Resultados de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública</i> , por Mirentxu Corcoy Bidasolo	331
<i>Jurisprudencia constitucional</i> , por Antonio González-Cuéllar García	359
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por José Luis Manzanares Samaniego	379
<i>La estabilidad en el empleo. Reflexiones sobre su alcance como objeto de protección del artículo 499 bis CP</i> , por Miren Ortubay Fuentes	413

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

<i>Revista de libros</i>	447
<i>Revista de revistas</i>	461

NOTICIARIO

<i>Nuevos catedráticos de Derecho penal</i>	473
<i>La enseñanza universitaria de la criminología en el mundo de hoy</i>	473

