

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XLV
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMXCII

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 Titular de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

Consejo de Reducción:

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 Valencia

JUAN BUSTOS RAMIREZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Barcelona

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ

Magistrado Jubilado de la Sala 2ª 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 2ª del Tribunal Supremo

MANUEL GARCIA MIGUEL

Ex-Presidente de la Sala 2ª 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

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 FARBO 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, 5.000 ptas. Extranjero, 5.400 ptas.

Precio del fascículo suelto: España, 1.980 ptas. Extranjero: 2.400 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 XLV
FASCICULO I



ENERO-ABRIL
MCMXCII

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

N.I.P.O.: 051-92-011-0

I.S.B.N.: 274-0

I.S.S.N.: 0210-3001

Depósito Legal: M. 126-1958

Artes Gráficas Suárez Barcala, S.L.
La Guitarra, 14. Getafe (Madrid)

La victimología ante las persecuciones a Ignacio de Loyola y los jesuitas

ANTONIO BERISTAIN

Catedrático Emérito de Derecho Penal. Miembro del Consejo de Dirección
de la Sociedad Internacional de Criminología. San Sebastián

1. NECESIDAD DE LAS NUEVAS PERSPECTIVAS VICTIMOLOGICAS

Nuestro tema —homenaje a Ignacio de Loyola y a los jesuitas perseguidos— resulta difícil por sus magnitudes tan extraordinarias en varios sentidos, por sus contradicciones paradójicas y por su futuro tan discutible. No ha habido otra comunidad católica que haya suscitado tanta acrimonia, oposición y odio. Ninguna ha recibido tantos golpes por parte de los adversarios de la Iglesia. Ninguna, en el interior mismo de la Iglesia, ha conocido tantas pruebas, inclusive la mayor: la supresión dictada por el Papa. Sin embargo, también se puede afirmar que a ninguna han dirigido tantos elogios y alabanzas las mayores autoridades del ámbito religioso, incluso los romanos pontífices, y las primeras figuras del mundo de la cultura (como Miguel de Cervantes y Francisco de Quevedo y Villegas, por citar sólo dos ejemplos que constantemente en sus obras abogan con admiración por la Compañía e insisten en el carácter ortodoxo de la orden, los resultados positivos de sus colegios y universidades, así como la entrega y el desinterés de sus miembros) y de la política (Gendreau-Massaloux, pp. 386 y s.; Guillerrou, pp. 5, 59 y ss.; Mir, pp. 154 y ss.).

Conviene ya desde ahora dejar constancia de la duplicidad del objeto que estudiamos: las persecuciones que sufren tanto Ignacio de Loyola como sus seguidores con las valoraciones jurídica y religiosa al res-

(Nota) Agradecemos a la editorial que nos haya permitido la publicación de este artículo, aparecido en J. Caro Baroja (Director), A. Beristain (Compilador), *Ignacio de Loyola, Magister Artium en París, 1528-1535*, San Sebastián, 1991, pp. 95-134.

pecto. Aquí se mezclan esos dos campos: el de los jueces y el de los teólogos. Aquél es del César y éste de Dios. Ambos tienen su autonomía, que a veces se ha querido olvidar; su hermenéutica propia y peculiar. Ambos resultan difíciles de relacionar y de integrar, aunque pueden y deben ir integrándose y armonizándose a la luz de la Victimología, hacia un mañana fecundo y quizá sorprendente.

Antes de septiembre de 1973 (cuando se celebró en Jerusalén el Primer Simposio Internacional de Victimología), o mejor dicho, antes del Tercer Simposio Internacional de Victimología, en septiembre de 1979, (cuando en Münster de Westfalia un nutrido grupo de criminólogos fundamos la Sociedad Internacional de Victimología) (Beristain, 1990, pp. 210 y ss.; Neuman, pp. 309 y ss.; Rodríguez Manzanera, pp. 369 y ss.), nadie podía hablar en sentido específico de la Victimología, ni hacer científicamente consideraciones o investigaciones victimológicas acerca de un conflicto o un delito o una persecución.

Después de esas fechas, en cambio, todo el que desee conocer y/o estudiar un conflicto, un delito, una persecución, un encarcelamiento, una pena de muerte, un extrañamiento, un destierro, la disolución de una asociación religiosa, etc. (de esto vamos a hablar, referido a Ignacio de Loyola y la Compañía de Jesús a lo largo de cuatro siglos), tiene que hacer referencias a la moderna ciencia victimológica. Sin esas referencias a los innovadores conocimientos acerca de la víctima, quedarán muchos temas en la oscuridad. Sin la culta perspectiva victimológica, cualquier estudio permanece superficial y carente de la hoy indispensable dimensión científica; si falta la reflexión victimológica, faltarán puntos de vista importantes. Sin esta nueva manera de mirar a la víctima y al victimario, parecerá absurdo lo que se diga respecto a tal o cual persecución; como a muchos, que no conocen las coordenadas básicas de la Victimología, les parece absurdo lo que escribe Gibran Khalil Gibran (p. 53): «El asesinado es censurable por su propio asesinato. Y el robado no está exento de culpa por haber sido robado. Y el justo no es inocente de los actos del malvado. Sí, el culpable es, a menudo, la víctima del ofendido, y más a menudo aún, el condenado soporta el fardo por el inocente y por el irreprochable.»

Los historiadores de las persecuciones de los jesuitas carecían, antes de 1979, de la pupila que hoy resulta imprescindible para explicar y valorar debidamente los motivos y los resultados de tantas persecuciones. La mayoría de las nuevas coordenadas científicas victimológicas que se han elaborado en los últimos dos decenios eran desconocidas antes de 1979 (aunque algunos hallazgos científicos hodiernos no vayan mucho más allá que los del sentido común de ayer). Por tanto, no podían tomarlas en consideración los comentaristas, los jueces, los teólogos y los historiadores. Únicamente, quizá tal o cual persona excepcional (adelantándose por intuición a su tiempo) tuvo en cuenta alguno de estos recientes descubrimientos, hoy al alcance de todos.

Aunque parezca paradójico, los victimólogos, al mismo tiempo que iluminan a los sujetos activos y pasivos de estas persecuciones, pueden también aprender de ellos y de sus reflexiones, si las analizan con método actual. Los especialistas de la moderna ciencia victimológica pueden y deben estudiar desde nuevas perspectivas las persecuciones que sufrió San Ignacio de Loyola y las que han sufrido a lo largo de estos 450 años de su historia los jesuitas.

Por otra parte, los testimonios y juicios subjetivos y «no-científicos» de esas personas perseguidoras y perseguidas pueden encender nuevas luces en el campo de la Victimología y de la Criminología (y también de la Teología). Entre las ciencias afines a la Victimología se debe incluir —aunque no suele decirse— a la Ciencia de lo Sagrado.

Ignacio de Loyola sufrió persecuciones y, «teológicamente», se glorió de ellas. También sus compañeros desde el primer momento hasta hoy han sufrido muchas persecuciones y se han gloriado de ellas. Con frecuencia se considera esta realidad histórica y esta valoración teológico-jurídica como algo claro y que no necesita discusión ni matización. Para probarlo se aducen mil consideraciones ascéticas, místicas, etc. A los mártires se les canoniza sin objeción alguna del «abogado del diablo». Y, sobre todo, la cita de las bienaventuranzas parece convincente: «Bienaventurados los que padecen persecución por causa de la justicia, porque suyo es el reino de los cielos. Bienaventurados seréis cuando os insulten y persigan y con mentira digan contra vosotros todo género de mal por mí. Alegraos y regocijaos...» Juan J. Mateos se aparta de esta versión tradicional y de la Biblia de Jerusalén. Su traducción dice: «Dichosos los perseguidos por su fidelidad, porque suyo es el reino de Dios. Dichosos vosotros cuando os insulten, os persigan y os calumnien de cualquier modo por causa mía. Estad alegres y contentos...» Esa fidelidad, explicita Mateos, es la fidelidad a la opción contra la riqueza, honor y poder expresada en la primera bienaventuranza. Son las dos únicas en presente y son complementarias: hacer la opción contraria a los valores de la sociedad injusta y perseverar en ella. Tal actitud y praxis irrita a la sociedad y causa la persecución.

Si reflexionamos un poco más comprenderemos que esta postura evangélica se presta a lecturas diversas y aun opuestas; a interpretaciones literales y/o precientíficas, etc. Los partidarios del superhombre nietzscheano la critican de masoquista. Otros la equiparan al opio del pueblo. Otros la consideran contraproducente, pues piensan que toda persona, si es buena de verdad, si es generosa y comprensiva, encontrará aceptación y será querida por lo demás; nunca o casi nunca será perseguida.

La cosmovisión teológica y bíblica plasmada, resumida, en esta bienaventuranza precisa serías reflexiones a la luz de las investigaciones victimológicas. Existe bastante discrepancia de criterios entre la opinión de los victimólogos y la opinión de los desconocedores de esta

ciencia joven. Muchos cristianos admiran, sin reservas, a las personas perseguidas, encarceladas y (con menos reservas aún) a las martirizadas por los adversarios del cristianismo. En los sermones y en la literatura religiosa se honra, sin dudas y sin paliativos, a todas las personas y a todas las instituciones religiosas que sufren persecuciones inferidas por personas o por instituciones que no sean los superiores religiosos. (Muchas veces también éstos acusan a los jesuitas; de esta manera se complica más la cuestión). En el campo jurídico no se han tomado en consideración todavía, casi nada o nada, las investigaciones y los hallazgos de los victimólogos. Menos aún en el campo teológico, religioso, moral, etc. Como prueba, baste constatar que en los dos valiosos tomos (660 y 664 pp.) del *Diccionario de conceptos teológicos* que Peter Eicher compila (Herder, Barcelona, 1990), no se comenta, ni tan siquiera se cita, estudio alguno sobre víctima o Victimología. Ni aparecen estos términos en sus índices temáticos, ni en la amplia bibliografía de los capítulos acerca de *cruz-sufrimiento, justificación-justicia, mal, pecado-culpa, penitencia-perdón, redención-soteriología, sacrificio*.

Dada mi especialización criminológica y victimológica, considero oportuno formular en las páginas siguientes algunas reflexiones que nos inducen a discrepar en puntos importantes de las opiniones más generales, tanto entre los teólogos como entre los juristas. Quizá encontremos que algunas figuras eminentes del cristianismo (como S. Ignacio y, en su tanto, el superior general Mucio Vitelleschi), ya muchos siglos antes del nuestro habían intuido algo de lo que nosotros, los victimólogos, decimos hoy como nuevo. En tal supuesto, lo que la Victimología enseña como descubrimiento no es totalmente nuevo, pero, sí añade nueva luz y más claridad a lo que aquellas figuras eminentes predijeron, y que sólo muy pocos de sus contemporáneos entendieron.

A continuación vamos a resumir telegráficamente las coordenadas básicas del nuevo saber victimológico que consideramos indispensables en aras de una iniciación actual para comenzar —sólo comenzar— el análisis e interpretación científicos de las persecuciones a Ignacio y la Compañía de Jesús, de las que hablaremos después.

2. COORDENADAS BASICAS DE LA VICTIMOLOGIA

Nadie niega que los jesuitas, como su fundador, han sufrido muchas persecuciones; es decir, con frecuencia han sido víctimas. Pero, conviene dar algún paso hacia adelante, apoyados en el bastón de investigaciones victimológicas, para poder calibrar sus factores etiológicos: si han sido víctimas de persecuciones inmerecidas, o parcialmente merecidas, o quizá consecuencia justa de sus actuaciones reprochables. También para analizar sus resultados y para formular otras matizaciones respecto al pasado y al futuro. Este se anuncia muy desconcertante a pri-

mera vista, como explica Hassemer («Consideraciones sobre la víctima del delito», trad. R. Cantarero, en *Anuario de Derecho Penal*, 1990, pp. 240 y ss.).

Por desgracia, se ha estudiado poco los casos de victimación a personas individuales por motivos religiosos, menos aún a personas jurídicas religiosas. En estas páginas queremos saber si a esas persecuciones se les pueden aplicar algunas de las teorías e investigaciones victimológicas de estos veinte últimos años y, al contrario, qué pueden aprender los victimólogos de ese colectivo tan perseguido, y de sus acusadores.

Generalmente, los investigadores en Victimología (J. L. de la Cuesta, F. Dünkel, A. García-Pablos, W. Hassemer, G. Landrove, E. Neuman, T. Peters, L. Rodríguez Manzanera, J. L. Sangrador, H. J. Schneider, J. M. Silva, E. R. Zaffaroni, por citar sólo algunos que han escrito en lengua castellana) rechazan la opinión, hasta hoy generalmente admitida, de que el delito y la victimación correspondiente (en nuestro caso la persecución, el «martirio», etc.) es resultado de la acción de sólo el delincuente, de sólo una parte, de «la otra» parte, la otra persona, la otra institución (Beristain, 1990, pp. 421 y s.). Hoy, contra lo que se pensaba hasta hace veinte años, nadie discute que muchas veces (aunque no siempre), cuando se produce un delito, una victimación, una persecución, etc., conviene admitir que ese resultado ha sido provocado también (en parte) por la víctima, aunque jurídicamente (en algunos casos) se la deba considerar inocente, no culpable, o, incluso, héroe (Beristain y Neuman, pp. 62, 80, 95, 160, 177; J. Jiménez, en Ellacuría y Sobrino, T. II, pp. 485 y ss.).

El cuadro siguiente (similar al de Dünkel, p. 167; al de Landrove, pp. 39 y ss., y al de Neuman, pp. 69 y ss.) sintetiza algunos tipos de víctimas con diversos grados de culpabilidad.

Jesús María Silva (p. 80) considera acertadamente a muchas víctimas como protagonistas del correspondiente delito: «Si bien un cierto número de preceptos (de la legislación penal) tienen en cuenta a la víctima, su situación o su conducta, ésta sigue sin entenderse como uno de los protagonistas del hecho criminal, junto a su autor, y no se extraen, por tanto, las consecuencias debidas de esta circunstancia.» En sentido parecido explica Antonio García-Pablos (p. 195) cómo en «la *génesis* y en la *dinámica criminal* la víctima desempeña o suele desempeñar un rol activo (*interacción* delincuente-víctima), facilitando, provocando, motivando o favoreciendo el comportamiento delictivo. No es un mero objeto, neutro y pasivo (“víctima inocente”), ni una pieza fungible y aleatoria sobre la que casualmente recae el delito». El Tribunal Supremo español, desde hace ya más de veinte años, en caso de que la víctima sea parcialmente culpable del delito procura compensarlo de tal manera que determina la reducción del importe de la responsabilidad civil, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1967, de 20 de junio de 1963, de 23 de octubre de 1974, de 22 de

GRADO DE CULPABILIDAD			
VICTIMA	TIPO	PARTICIPACION	EJEMPLO
Víctima completamente inculpable	Víctima «ideal»	Ninguna participación activa	<ul style="list-style-type: none"> — Bomba en establecimiento público — Persona privada de conocimiento que es robada en calle céntrica no peligrosa — Persona dormida en cochecama, en tren no peligroso, que es robada
Víctima parcialmente culpable	Víctima por ignorancia o imprudencia	Mayor o menor contribución al hecho	Mujer que fallece al provocarse el aborto
	Víctima con escasa culpabilidad	Mayor o menor contribución al hecho	Mujer que entrega al falso conyacente matrimonial su libreta de ahorro
	Víctima voluntaria	Mayor o menor contribución al hecho	Causación de la muerte de enfermo/a incurable, por su propio deseo (homicidio-suicidio)
Víctima completamente culpable	Víctima provocadora	Contribución exclusiva de la víctima al hecho victimizante no punible	Agresor que muere «víctima» del agredido que se defiende legítimamente
	Víctima propiciadora del delito	Contribución predominante de la víctima al hecho punible	Estafador estafado Borracho que fanfarronea en el bar con dinero y le hurtan la cartera
	Falsa víctima (delito simulado)	Denuncia falsa	Una mujer quiere vengarse de un hombre y le acusa de violación

junio de 1979, de 1.º de junio de 1981, y, posteriormente, con más frecuencia.

Afortunadamente, ya algunos legisladores proponen tomar en consideración la posibilidad de «suspender condicionalmente la pena si la víctima ha provocado al autor para cometer o si ha facilitado la realización del hecho» (Schneider, p. 390).

También coincide la inmensa mayoría de los especialistas en admitir que, generalmente, las víctimas suelen tener cierta predisposición a ser victimizadas, cierta *personalidad* propia de las víctimas, paralela a la personalidad criminal que describe en sus diversas publicaciones Jean Pinatel.

Consecuentemente, se considera la victimación como algo dinámico, como un proceso, como una carrera victimal, paralela a la *carrera criminal* de los delincuentes (Düinkel, p. 172). Y, más frecuentemente, carrera criminal de grupos de delincuentes más que de individuos aislados (Hobe, pp. 257 y s.).

La teoría del *labelling approach*, y las teorías psicoanalíticas subsiguientes que surgieron mirando al delincuente, pueden tener también aplicación a la victimación primaria, secundaria y terciaria. Refiriéndolo a nuestro tema, si un jesuita explica doctrinas supuestamente heréticas, por ejemplo, la teología de la liberación o la no obligatoriedad radical de la *Humanae Vitae* (Häring, pp. 61 y s.), la autoridad encargada de velar por la pureza de la doctrina le amonestará y condenará (probablemente sin proceso legal). Con el transcurso del tiempo, como efecto de interacciones comunitarias y de etiquetaje, ese jesuita se afianzará más en su doctrina, se alejará más del «magisterio». Y, consecuentemente, será más perseguido (victimación secundaria). No sólo será víctima de la persecución (o condena) de la autoridad encargada de evitar las herejías, sino también de la consiguiente reacción amplificadora de las estructuras del poder. Por fin, será víctima de la reacción de sí mismo contra ese segundo etiquetaje. Debido a su victimación primaria y secundaria «exitosa», probablemente concebirá una imagen de sí mismo como objeto desamparado del «cosmos» religioso, que le abocará a la victimación terciaria. A los profetas es normal que se les persiga, y a los que se persigue es lógico que lleguen a ser profetas o pseudoprofetas (Lohfink, pp. 183 y s.).

Si San Ignacio critica y echa en cara a la tripulación de la nave —la Negrona— que le lleva de Venecia a Chipre (en su peregrinación a Jerusalén) por su comportamiento (actos de homosexualidad) en público, a nadie le extraña que ellos reaccionen y le amenacen con dejarle en el próximo puerto o tirarle al mar (*Autobiografía*, núms. 43 y 44).

También se puede hablar de un proceso de casualidad o de sorteo, de jugarse la victimación a los dados. En ciertos conflictos sociales la victimación puede depender de una mera «casualidad», según un sector de victimólogos de los que discrepo pues opino que el chivo expiatorio

no es víctima cazada al azar. En la lucha por el protagonismo en la Universidad de París, en el siglo XVI, podían salir ganadores los hugonotes o los católicos, los jesuitas o los dominicos, a tenor de lo que indica Guillerrou (pp. 52 y ss.).

Hay estilos de vida (*life stile*) que abocan a una victimación grupal, o casos especiales de víctimas colectivas, según Neuman (1984, pp. 68 y ss.). Como indica Bolle (p. 55), hay víctimas de la política y de las persecuciones subsiguientes. Estas doctrinas se pueden quizá aplicar a algunas persecuciones colectivas. La manera común de comportarse los jesuitas («Nuestro modo de proceder», que repetían Ignacio de Loyola y Pedro Arrupe y/o la supuesta «obediencia ciega») puede fácilmente abocar a victimaciones de comunidades enteras.

Ciertos criterios ignacianos (*idem dicamos, idem sentiamus omnes*, digamos y sintamos todos lo mismo; si la madre Iglesia dice que es blanco, aunque yo lo vea negro, diré blanco; el jesuita debe obedecer como un bastón de hombre viejo...) y ciertas costumbres (obediencia a las órdenes del superior que conoce la opinión prácticamente unánime en contra; costumbre de que el superior lea toda la correspondencia epistolar, de que tres veces cada día, durante la oración a la mañana, al mediodía y a la noche, un delegado del superior entre en la habitación de cada uno para ver si está haciendo la oración) permiten a los enemigos de los jesuitas afirmar que lo que hace un jesuita se puede decir que lo hacen todos. El Dictamen de Campomanes basa la expulsión de todos los jesuitas (y no la de sólo los más significativos) por esta generalización-identificación corporativa. Según él, lo que hacen algunos pocos jesuitas que merecen ser expulsados de España se puede y debe atribuir a todos los demás. Por eso, el extrañamiento no debe limitarse sólo a las personas concretas autoras de las acciones reprochables.

También descubre la moderna Victimología que ese mayor o menor factor etiológico subyacente en la víctima, generalmente no se debe equiparar con la imputación objetiva y subjetiva del delincuente, ni debe dar pie para pretender considerar culpable a la víctima, ni para mermar el reproche al delincuente. Se trata, más bien, de una categoría nueva, de un concepto criminológico nuevo: una interrelación factorial cocausante que no merece tipificación penal, ni sanción judicial para la víctima; pero, debe influir en modificar la Política criminal y el control social. Es un hilo importante (hasta ahora escondido, invisible) del tejido comunitario sistémico, que en el futuro aportará cambios notables (Beristain, 1990, pp. 233 y ss.).

Después de estas elementales nociones victimológicas, vamos a recordar algunas persecuciones que sufrió Ignacio de Loyola y cuál fue su manera de reaccionar ante ellas y, a continuación, algunas de las muchas persecuciones sufridas por los jesuitas (sin pretender lograr una visión del conjunto y prescindiendo de los jesuitas presos en las pocas cárceles que se instalaron después de la muerte de San Ignacio, dentro

de las casas de la Compañía de Jesús, como informan Rivera Vázquez, p. 553, y Mir, pp. 148 y ss.), y cuál ha sido la valoración que han merecido en los mismos jesuitas, en sus amigos y en sus enemigos (simplistas y apologéticas algunas, otras sensatas). También intentaremos formular someras reflexiones desde la perspectiva de la moderna ciencia victimológica.

Nos limitamos a la exposición de algunas victimaciones (suficientes como ejemplo indiciario) porque, como es lógico, resulta imposible hablar de todas. Uno de los fines de estas páginas es honrar la memoria del fundador de la Compañía de Jesús y los trabajos (y las persecuciones) de ésta en provecho de las personas y de la sociedad, lo cual puede ir ligado con (y quedar patente en) cierta victimación.

Además, si tuviéramos espacio, nos interesaría tomar en consideración el problema tan oscuro del mal, su existencia o no (sólo en cuanto opuesto al bien), su discutida epistemología y su poder en el mundo, así como del deber que tenemos de combatir las estructuras injustas de la sociedad. Quienes a ellas se enfrentan sufrirán la persecución desde el poder y, más aún, desde quienes abusan legalmente o ilegalmente del mismo (Aguirre y Vitoria, en Ellacuría y Sobrino, T. II, pp. 539 y ss., 559 y ss.).

3. PERSECUCIONES A IGNACIO DE LOYOLA Y SU VALORACION

«Las contradicciones que ha habido y hay no son cosa nueva para nosotros; antes, por la experiencia que tenemos de otras partes, tanto esperamos se servirá más Cristo nuestro Señor en esa ciudad cuanto más estorbos pone el que procura siempre impedir su servicio, y para este fin mueve a unos y otros, que es de creer con buenas intenciones y malas informaciones repugnan a lo que, por no entenderlo, tienen por digno de repugnarlo.»

San Ignacio a Pedro Camps, Roma, 29 agosto 1555.

Muchas persecuciones padeció el fundador de la Compañía. No se pretende ahora exponer todas, sino que basta recordar algunas. Tampoco queremos exponer toda la doctrina ignaciana al respecto, pues supera nuestros límites. Únicamente recordaremos algunos comentarios que pueden, quizá, cobrar nueva coloración a la luz de la Victimología y también —paradójicamente— iluminar a los victimólogos de hoy.

Basta leer su *Autobiografía* y algunas de sus cartas y los Ejercicios espirituales para conocer las muchas persecuciones que sufrió el peregrino ya desde el comienzo de su conversión y cuál es su opinión

al respecto. Algunas veces le persiguen por creer que enseña doctrinas heréticas. Otras, porque reprocha públicamente «algunas suciedades y torpezas manifiestas». Otras, por considerar que su vestido es impropio o escandaloso. Otras, porque le toman por loco...

El primer proceso a Ignacio (y sus cuatro compañeros) concluyó con la sentencia dictada el día 21 de noviembre de 1526. Se la comunicó Figueroa diciéndoles (*Autobiografía*, núm. 58) «cómo se había hecho pesquisa y proceso de su vida por los inquisidores, y que no se hallaba ningún error en su doctrina ni en su vida... Mas, no siendo ellos religiosos, no parecía bien andar todos de un hábito...». Cuatro meses después de dictada esta sentencia, «Figueroa tornó a hacer pesquisas» (*Autobiografía*, núm. 59) motivadas por «las sólitas causas» y también por «que una mujer casada y de cualidad tenía especial devoción al peregrino; y, por no ser vista, venía cubierta, como suelen en Alcalá de Henares, entre dos luces, a la mañana, al hospital; y entrando se descubría, y iba a la cámara del peregrino». Pero, ante la inocencia de las personas llamadas a declarar, Figueroa decidió dejar a todos en paz y no seguir adelante, ni dictar sentencia alguna (García-Villoslada, 1986, p. 285).

Fue procesado por tercera vez en Alcalá de Henares, el 6 de marzo de 1527, el Inquisidor lo tuvo en prisión preventiva aproximadamente mes y medio («cuarenta y dos días», según la *Autobiografía*, núm. 62). Al final de este tiempo la severísima sentencia, dictada el primero de junio de 1527, le obligaba a cambiar su hábito de peregrino por el de ropas de uso común, y le prohibía predicar en público y en privado, bajo pena de excomunión.

Posteriormente, volvió a ser privado de libertad y procesado por la autoridad eclesiástica. Esta vez en Salamanca, año 1527, donde permaneció veintidós días en la prisión episcopal (no en la inquisitorial), que estaba ubicada probablemente en una de las torres de la catedral. Sobre el proceso salmantino Ignacio habló en persona al Papa Paulo III en Frascati, en 1538; y, sobre todo, al portugués Gonçalves de Cámara, entre 1533 y 1555, en la conocida *Autobiografía*. La sentencia de Salamanca puede decirse que está calcada de la del vicario Figueroa, en Alcalá.

Mientras estaba en la cárcel le visitaron muchas personas. Entre otras, don Francisco de Mendoza y Bobadilla, el futuro cardenal de Burgos (*Autobiografía*, núm. 69) y se interesó por él. Otras personas también intentaron que saliese de la cárcel, por medio de influencias, sobre todo doña Teresa Enríquez, «la loca del Sacramento», a lo cual él se negó diciendo: «Aquel por cuyo amor aquí entré, me sacará, si fuere servido de ello». A don Francisco de Mendoza le respondió en sentido parecido y concluyó con la frase famosa: «Pues yo os digo que no hay tantos grillos ni cadenas en Salamanca, que yo no deseo más por amor de Dios» (*Autobiografía*, núm. 69).

Muchos años después, desde Roma, el 15 de marzo de 1545 (*Epp.* I, 296-298), Ignacio escribe una carta al rey de Portugal, Juan III. Considera oportuno informar personalmente al monarca portugués de su inocencia, a pesar de todas las persecuciones levantadas, incluso por las autoridades políticas y eclesiásticas. Pretende evitar que a Juan III le lleguen noticias que desfiguren la realidad de su vida y doctrina. Después de hablarle de sus procesos en Alcalá y Salamanca, añade: «En París, donde después fui siguiendo el estudio, hicieron otro (proceso). Y en todos estos cinco procesos y dos prisiones», le indica al rey que no quiso tomar abogado ni procurador alguno, sino fiarse sólo de Dios. Pero, en los procesos que ponían en duda la conducta o la doctrina (y que podían causar desdoro) de sus compañeros, S. Ignacio emplea todos los medios a su alcance, incluso con notario y testigos, para que se declare pública y formalmente su inocencia.

«Después del proceso de París, dende a siete años, en la misma universidad hicieron otro; en Venecia, otro; en Roma, el último contra toda la Compañía. En estos tres postreros, por ser yo ajuntado con los que son de la Compañía..., porque no se siguiese ofensa a Dios N.S. en difamar a todos los della, procuramos que la justicia tuviese lugar» (*Obras Completas*, 1977, p. 699). Continúa la carta expresando que todas las sentencias le han declarado inocente, y que él desea sufrir oprobios y falsos testimonios y todas otras injurias, pero «sin ofensa de prójimos».

De modo semejante, en su *Autobiografía*, núm. 78, en el capítulo VIII, recuerda que «Levantáronse en París grandes murmuraciones, máxime entre españoles, contra el peregrino». Lo mismo dice después (*Autobiografía*, núm. 81): en París «se habían levantado grandes rumores acerca de él», y añade que urgió para que se aclarase el proceso en París «para poder mejor atender a sus estudios». Era el verano de 1528, cuando «tenía intención de entrar por San Remigio (el primero de octubre empezaban las clases en la Universidad) de aquel año en el curso de Artes» en la Universidad de París.

Al terminar sus estudios, el año 1535 en París, «estando el peregrino para partir, oyó que le habían acusado al inquisidor, y que se había hecho proceso contra él... volvió a instar para que quisiese seguir adelante en el proceso (el inquisidor) hasta dictar sentencia. Y excusándose el inquisidor, fue él con un notario público y con testigos a su casa y tomó fe de todo ello» (*Autobiografía*, núms. 86, 98).

Podemos decir que San Ignacio sufrió otras persecuciones, aunque sin los formalismos procesales, por ejemplo cuando fue tenido por loco, según él mismo nos lo narra. El año 1524, después de llegar a Venecia, partió de Ferrara a Génova (*Autobiografía*, núm. 51), pasó por un camino peligroso entre los ejércitos franceses e imperiales. Los soldados le tomaron por espía, le desnudaron para ver si llevaba algún documento. Le llevaron al capitán, al cual él, «sin hacer ningún

modo de cortesía, responde pocas palabras». «Y el capitán le tuvo por loco, y así lo dijo a los que lo trajeron: —Este hombre no tiene seso» (*Autobiografía*, núm. 53).

Años después, en Roma, al escribir las Constituciones, en el *Examen* (núm. 101) que se ha de proponer a los que desean ingresar en el noviciado, explica S. Ignacio cómo y por qué él y los jesuitas deben desear «pasar injurias, falsos testimonios, afrentas, y ser tenidos y estimados por locos (no dando ellos ocasión alguna dello), por desear parecer e imitar en alguna manera a nuestro Criador y Señor Jesucristo». Insiste en esta doctrina en *MHSI, Mon. Ign. Epp.* I, 86-88, 296-298; VII, 446-447; VIII, 452-453; IX, 382-384, 450.

Según S. Ignacio, se ha de amar el ser perseguido por dos motivos: por imitar a Cristo (este motivo lo repiten todos los comentaristas) y porque el sufrir es «la vía que lleva a los hombres a la vida». Este segundo motivo suele explicarse poco y con superficialidad. No se ha estudiado suficientemente cómo el sufrimiento —debidamente entendido y sin caer en masoquismo— es una vía de conocimiento y una vía de percepción..., que lleva a la vida profunda, espiritual y mística.

Desde París, en carta a Isabel Roser, el 10 noviembre 1532, indica claramente que aceptar las persecuciones y sufrimientos son vías, medios, de conseguir gracias..., «pienso que un servidor de Dios en una enfermedad sale hecho medio doctor para enderezar y ordenar su vida en gloria y servicio de Dios N.S.». En estas palabras Ignacio refleja el recuerdo de su conversión en la casa solariega de Loyola: «Estas enfermedades y otras pérdidas temporales son muchas veces de mano de Dios nuestro Señor porque más nos conozcamos...» (*Obras Completas*, p. 651).

Lo mismo explica en los *Ejercicios espirituales* (núm. 87), cuando la décima adición (*sic*) de la primera semana indica que las penitencias externas «trayendo cilicios..., flagelándose...» «... se hacen por tres efectos...3.º Para buscar y hallar alguna gracia o don que la persona quiere... o por solución de alguna dubitación en que la persona se halla».

Falta en los comentaristas convincentes explicaciones de sí, o por qué, o hasta qué punto, el flagelarse o el ayunar, por ejemplo, puede ayudar a ver mejor la solución de tal o cual duda. Algo de esto estudian y discuten recientemente pioneros especialistas del problema de la drogodependencia. Como ciertas posturas del cuerpo y ciertas técnicas respiratorias ayudan a hacer oración, con «semejante» motivo ciertos dolores físicos voluntariamente infligidos o ciertas privaciones corporales, según algunos (no según todos los) especialistas, pueden ayudar a ver mejor los problemas del espíritu. (Cfr. Sudbrack, «Begegnung mit der Drogue: Warnung von Funktionalismus», en *Méditation: Theorie und Praxis*, Würzburg, 1971, pp. 64-70, y «Die

Drogenerfahrung», en *Herausgefordert zur Meditation*, Freiburg im Breisgau, 1977, pp. 153-156.)

Se cita con frecuencia la respuesta (antes indicada) a don Francisco de Mendoza, pero los comentaristas de la vida y la obra de Ignacio de Loyola interpretan con suma brevedad y/o unilateralidad esta postura interior del preso y encadenado. Aquí y ahora nos interesa destacar que Ignacio ve el hecho de estar en la cárcel encadenado desde dos puntos de vista distintos y, en cierto sentido, opuestos: desde el personal-evangélico, por una parte, y desde el general y común de los humanos, por otra. Cuando en Salamanca vive su experiencia personal, él no se siente víctima, él no se encuentra perseguido...; en su realidad, para él no hay persecución alguna; sólo hay una ocasión maravillosa de parecerse a Jesucristo; sólo hay una dicha; sólo hay una identificación con Cristo preso y una vía de conocimiento profundo. Pero, cuando él escribe muchas de sus cartas y se refiere a los procesos, y las cárceles de otras personas, ve los acontecimientos desde perspectivas y con conclusiones muy semejantes a las de las personas que andamos lejos de la mística y de la cosmovisión de las bienaventuranzas. Recordemos que cuando le procesan a él nunca acude a procurador o abogado alguno; pero, cuando procesan a sus compañeros, o su acusación puede afectar a éstos, aprovecha y agota todos los cauces legales de defensa, incluso exige la presencia de un notario que dé fe (*Autobiografía*, núm. 86), se traslada inmediatamente desde Ruán a «París sin comer bocado en ninguna parte desde que salió de aquella ciudad, ni creo que entró en ninguna casa, y a la entrada en París también tomó por testimonio de cómo, sin entrar en ninguna casa, se depositaba en las puertas de la Inquisición...» (*Monumenta Ignatiana, series quarta*, T. I, p. 735).

Otra vez (*Autobiografía*, núm. 98), en Roma, comenzaron «después las persecuciones..., empezaron a perseguir Mudarra y Barreda, diciendo que el peregrino y los compañeros eran fugitivos...». La autoridad eclesiástica «mandó que se impusiera silencio en toda aquella causa, pero el peregrino no lo aceptó diciendo que quería la sentencia final...», para lograrlo Ignacio fue a Frascati y no paró hasta hablar con el Papa y lograr que se dictase sentencia, el día 18 de noviembre de 1538, que puede verse en *MI, Scripta*, I, 627-629, y en *Fontes documentales*, doc. 108.

Algo parecido encontramos en el primer sacerdote de los compañeros de Ignacio en el Colegio universitario de Sainte Barbe, Pedro Fabro. Este afirma que nadie le ha perseguido. Textualmente, el sábado después de Ceniza de 1545 (*Fabri Monumenta*, p. 678), escribe: «Como me hubiese recogido a orar, en cuanto acabé de comer, acabada la oración, me vino a la memoria la aflicción de cierta persona, que me había abierto su corazón; y como empezase a discurrir por varias contradicciones y aflicciones, que por causa de lo temporal padece

una gran parte de los hombres, sentí en mi alma cierta compunción con lágrimas de verme que vivo en este mundo sin ninguna contrariedad. Porque todos los demás, que hay en el mundo, a lo que a mí me parecía, sufren varias molestias; mas yo no hallo quien me contrarie.»

En cambio, sabemos por el mismo Fabro y sus contemporáneos que, en realidad, según nuestra manera de ver las cosas, le habían perseguido muchas personas y con mucha fuerza. Entre otros, testimonia en este sentido S. Francisco de Sales, que, en su *Introducción a la vida devota* (cap. XVI), escribe: «El gran Pedro Fabro, viniendo un día de Alemania, donde había hecho grandes servicios a la gloria de Nuestro Señor, y pasando a este obispado, contaba que habiendo atravesado muchos lugares de herejes, había recibido mil consuelos saludando, luego que llegaba a cada parroquia, a los ángeles protectores de ella; los cuales había conocido sensiblemente haberle sido propicios, así para librarle de las emboscadas de los herejes, como para darle muchas almas blandas y dóciles a recibir la saludable doctrina.»

De modo semejante, Guillermina de Arenthon, en el Testimonio registrado en el proceso informativo de 1626 (*Fabri Monumenta*, p. 771), indicó que Fabro había sido «perseguido y acechado en treinta ocasiones diferentes por muchos asesinos destinados a matarle».

Fabro, como Ignacio y tantos otros jesuitas, adopta dos posturas distintas frente a la carencia de alimentos, la peste, la enfermedad, la muerte... Procura evitarlas en los otros; pero, para sí las ve con afecto y, a veces, con deseo. En su *Memorial* (*Fabri Monumenta*, p. 569), ansía con ardor «poder llegar a ser verdadero ministro de Cristo consolador, de Cristo ayudador, de Cristo salvador, de Cristo médico, libertador, enriquecedor, fortificador», para evitar «las enfermedades, llantos, calamidades, hambres, pestes, angustias de todas clases...» Y cuando se encuentra con casos desesperados, «imposibles»... fiando no en sus propios méritos, sino en los de Cristo, siente en su corazón frecuentemente «una fe y una caridad tales, que serían capaces de milagros».

En cambio, para él desea esos o similares sufrimientos, y envidia a los mártires. Por eso, en carta al Rector de Coimbra, P. Santa Cruz (*Fabri Monumenta*, p. 371), el 16 de noviembre de 1545, le manifiesta: «Los mártires de la India nos empujan al alto, y son así un reproche vivo para la flojedad de aquellos que, vistos sus años de cristianismo, deberían ser perfectos y pluscuamperfectos». Y, escribiendo a Simón Rodríguez (*Fabri Monumenta*, p. 373), el mismo día, le dice: «En oyendo hablar de los seiscientos mártires de la India no sé lo que sintió mi alma en Jesucristo. Mucho holgaría en que por acá tuviésemos de las reliquias de sus cuerpos y sangre los que estamos viejos en la fe de Cristo, y mucho más ver las reliquias de sus espíritus.»

S. Ignacio ante el sufrimiento ajeno, o la sospecha del sufrimiento, se emociona y conmueve profundamente. Así, cuando la víspera de Nuestra Señora de marzo, en la noche, el año 1522, acercándose a

Montserrat le alcanza un alguacil y le pregunta si ha dado sus vestidos ricos a un pobre, S. Ignacio responde que sí y «le saltaron las lágrimas de los ojos, de compasión del pobre a quien había dado los vestidos; de compasión, porque entendió que lo vejaban, pensando que los había hurtado» (*Autobiografía*, núm. 18).

En pocas palabras: tanto Ignacio como sus primeros compañeros fueron víctimas de numerosas persecuciones provenientes —principalmente— de su manera de entender y practicar la fidelidad al Evangelio, manera no común en aquella época (como en otras), y para cuyo análisis victimológico los informes de sus coetáneos y, más aún, sus propios escritos (cartas, declaraciones en los procesos, texto de las Constituciones y de los Ejercicios espirituales) ofrecen consideraciones de rico contenido jurídico y religioso. Jesús nace para sufrir «injurias y afrentas, para morir en cruz» (*Ejercicios*, núm. 116).

4. LOS JESUITAS EN LA UNIVERSIDAD DE PARÍS, DE SANTIAGO DE COMPOSTELA Y DE SALAMANCA

Después de la muerte de San Ignacio, la Compañía siguió con la misma fuerza de expansión universal, pero aguantando (¿y/o motivando?) también la misma lluvia de persecuciones más o menos violentas.

Dado que estas páginas forman parte del homenaje que la Universidad del País Vasco y la Universidad de La Sorbonne ofrecen a Ignacio de Loyola y los jesuitas, parece oportuno traer a la memoria algo de las victimaciones o conflictos que brotaron en la Universidad parisina, en la de Santiago y en la de Salamanca contra los jesuitas.

En general, los jesuitas en la segunda mitad del siglo XVI fueron bien recibidos en las provincias francesas. Pero, chocaron contra una continua muralla de amargas críticas desde los galicanos y calvinistas fuertemente atrincherados en el Parlamento y en la Universidad de París. Encontraron dificultades para obtener el reconocimiento legal de su existencia corporativa en el país. Por fin, les fue permitido establecerse en él, pero no como Compañía de Jesús, sino como Sociedad del Colegio de Clermont, con condiciones vejatorias y contrarias a sus *Constituciones*. Sin embargo, se sometieron a ellas el 15 de septiembre de 1561.

También hubo problemas sobre si la Sociedad del Colegio de Clermont podía dictar clases públicas. A ello se oponía la Universidad de París, que albergaba numerosos profesores adversos al papado y partidarios de Calvino. Después de abundantes discusiones y disgustos, los jesuitas obtuvieron la aprobación oficial como profesores; pero, no lograron su pretendida incorporación dentro del sistema organizativo de la Universidad de París. Según decisión del Parla-

mento francés, emitida el 5 de abril de 1565, se declaró a los jesuitas libres para enseñar, aunque se les negó el derecho a incorporación dentro de la Universidad.

Estas «componendas», estas concesiones parciales para poder enseñar a los universitarios se prolongaron hasta finales de siglo. El 7 de enero de 1595 murió en la hoguera el bibliotecario del Colegio de Clermont, el P. Jean Guignard, acusado de complicidad en el atentado contra la vida del rey, por la sola razón de que el delincuente Jean Chastel había asistido a las clases de Filosofía del Colegio de Clermont y en la habitación del bibliotecario de este Colegio se habían encontrado libros sobre el tiranicidio y en favor de La Liga. Con esta ocasión, el Parlamento ordenó que la Compañía abandonara París inmediatamente.

Algunos victimólogos calificarán este fatal final como casual, «una fortuita ocasión» (Bangert, p. 156), pero otros (entre los cuales me incluyo), negamos las casualidades también en Victimología, negamos «el juego de los dados victimológicos».

Para el historiador jesuita William V. Bangert (p. 94), las dificultades que sufrieron los jesuitas en la Universidad de París provenían de la «pugna por la supremacía en el reino (de Francia) entre católicos y hugonotes». Para otros historiadores, era la oposición de un organismo de enseñanza nacional, oficial, frente a la iniciativa privada de una Orden religiosa católica.

En cambio, para Alain Guillerrou (pp. 45 y s.) «es una oposición en sentido inverso, clérigos y doctores reclutados a dedo, pequeño mundo cerrado, muy celoso de sus prerrogativas y apegado a sus tradiciones que nada renovaba, frente a un grupo de fuerza joven y orientada hacia el porvenir, deseoso de modernizar la enseñanza y que atraía a un buen número de alumnado».

Similares conflictos y/o persecuciones «acompañaron» a los jesuitas durante los siglos XVI y XVII en Galicia. Su docencia universitaria, especialmente en la Universidad de Santiago, tan ligada desde sus orígenes con la Compañía, encontró grandes obstáculos.

La Universidad de Santiago de Compostela, algo así como (aunque muy distinto que) la Universidad de La Sorbonne, fue campo de dificultades y luchas desde que llegaron los primeros jesuitas y durante muchos decenios. Ya el año 1577 surgen enfrentamientos fuertes por las Clases (Facultad) de Gramática en la citada Universidad. Desde este año hasta 1648, la Universidad de Santiago se opuso tenazmente al deseo de los jesuitas. Estos querían explicar Gramática dentro de su Casa y no en la Universidad porque, leyendo en la Universidad, «no podrían tener tanta mano con los estudiantes como leyendo fuera de ella, en sus escuelas» (Rivera Vázquez, p. 238).

La postura de los jesuitas cambió en 1588, cuando Felipe II les ordenó y mandó que enseñasen en su Casa la Gramática (Rivera Váz-

quez, p. 239). Frente a esta exigencia los jesuitas, concretamente el Provincial de Castilla, Gil González Dávila, se opuso con gran libertad de espíritu, con un escrito razonando su negativa, dirigido a la Universidad. También desobedecieron al mismo monarca en 1593, y, con más razón, pues les mandaba enseñar Gramática dentro de la Universidad (Rivera Vázquez, p. 242).

Diversos acontecimientos posteriores (sobre todo respecto a lo económico) motivaron que el 10 de septiembre de 1648, de mutuo acuerdo, se firmase un contrato por el que, entre otros puntos, la Universidad ahora pide a los jesuitas que enseñaran, en su Colegio, Gramática y Artes. Este Colegio, a pesar de su autonomía pedagógica, formaba parte de la Universidad.

A finales del siglo xvii (en 1692), encontramos que continúan los problemas; los jesuitas luchan por ampliar su influencia, pero los dominicos se enfrentan. Durante el claustro del 11 de mayo de 1696 se produjo el verdadero estallido, resultado de largas batallas en el seno del claustro universitario. Con riqueza de detalles, Evaristo Rivera Vázquez S.J. adjetiva algunas posturas de personas y de instituciones con calificativos que interesan a los victimólogos. Dice que Cabeza de León desenfoca el problema, al decir que la posición de los jesuitas fue «de muy poca gallardía». El P. Beltrán de Heredia, dominico, dirige copiosamente «sus dardos contra la malévola actuación de los jesuitas» (p. 263). El mismo Rivera admite «que la Compañía cometió errores y procedió muchas veces impulsada por el apasionamiento o manejando tácticas discutibles». Desde la perspectiva victimológica parecen inteligentes algunas posturas de este historiador, como cuando escribe «esta pugna apasionada no puede reducirse a un pulso entre buenos y malos, como si éstos fueran los jesuitas, que se rebelaban contra la Universidad y aquéllos los dominicos, que eran sus adalides. Unos y otros eran lo mismo. A todos les perdió, en el fondo, su vanidad intelectual y su corporativismo como solía suceder» (p. 256).

Algún año antes, 1673, surgieron enfrentamientos entre el Ayuntamiento de La Coruña y el Cabildo contra los jesuitas, estando por medio los dominicos y franciscanos acerca de la cátedra de Gramática. Estos conflictos se alargaron hasta el 5 de julio de 1683, cuando se firmó la paz definitiva (Rivera Vázquez, p. 416).

En el mismo Galicia, y durante estos años, los jesuitas sufren otras persecuciones. Por ejemplo, la prisión de los Padres Marcen y Labata como consecuencia del conflicto con la Inquisición, iniciado por las acusaciones de dos beatas contra el P. Briviesca, por supuestos abusos en la confesión, que acabó con el menoscabo de la fama de ortodoxia y ortopraxis de la Compañía, que ésta tanto cuidaba. Otros numerosos pleitos o conflictos de carácter público mantuvieron los jesuitas ante la jurisdicción eclesiástica y la secular en diversas ins-

tancias. La tremenda polémica de los jesuitas y el cabildo de Santiago (durante los años 1706-1721) se inició por discutir si el jubileo de Santiago podía conmutar los votos privados no reservados, etc.

También merece comentarse el, para algunos historiadores, abuso de poder del Padre General Claudio Aquaviva contra el P. Hernando de Mendoza. Este, según M. Mir, escribió un largo informe presentado al Rey de España, Felipe III, sobre el estado de la Compañía, en que pasa detallada revista a los —según él— siete defectos capitales que entonces la aquejaban en España. Felipe III invitó a Aquaviva a venir a España, pero éste declinó la invitación. El rey acudió al Papa, Clemente VIII, que mandó al superior general acceder al deseo del monarca. Pero no lo pudo hacer porque cayó gravemente enfermo (Bangert, pp. 113 y s.; Mir, pp. 168 y s.; Rivera, pp. 296 y s.).

No fueron tampoco pequeños los conflictos en, y con, la Universidad de Salamanca ya en vida de S. Ignacio, y hasta 1767, como comenta Benigno Hernández Montes (pp. 391 y ss.).

5. EXTRAÑAMIENTO DE LOS JESUITAS ESPAÑOLES A ITALIA (1767)

«The most celebrated victims of the wideread efforts to create “royal” churches were the Jesuits.»

W. J. Callahan, en *Introduction*.

La expulsión de los jesuitas de España, en el año 1767 (algo así como la de otros países y la subsiguiente disolución casi universal, en 1773), surgió como efecto de factores etiológicos complejos, contradictorios y oscuros para los historiadores. Más oscuros para los que no dominamos la historia. Basta leer algunos de los múltiples estudios de los especialistas para comprender la necesidad de volver sobre este tema desde (y hacia) la perspectiva de la moderna y futura Victimología. Ahora me limito a unas breves consideraciones sobre algunas publicaciones y documentos importantes, merecedores de nuevas lecturas.

En el Archivo de Simancas (Sección Gracia y Justicia, Legajo 688) pueden leerse decenas de dictámenes de la inmensa mayoría de los obispos españoles del siglo XVIII, que argumentan, con más o menos objetividad, muchos y diversos motivos para aconsejar al Rey Carlos III la expulsión de los jesuitas, y/o para alabarle después de haberla llevado a cabo, respondiendo a las consultas que les había formulado el monarca, especialmente el 22 de octubre de 1769, por medio del ministro Manuel Roda. A esta última petición respondieron 56 prelados; cua-

renta y dos aplaudían —y con expresiones muy agresivas algunos— la decisión real, media docena se manifestaban adversos y los demás se manifestaban indiferentes.

En favor de la expulsión se manifiestan con amplitud los Obispos de Pamplona (22-XI-1769), de Albarracín (2-XI-1769), de Canarias (28-II-1770), de Tortosa (23-XI-1769), de Málaga (7-XI-1769), de Córdoba (16-XI-1769), de Segorbe (1-XII-1769), de Barbastro (14-XI-1769), de Sigüenza (14-XI-1769), de Barcelona (7-XI-1769) y el arzobispo de Burgos (15-XII-1769). Más breves son los anteriores escritos de Joseph, obispo de Palencia («la Compañía... buscaría la suya, no la gloria de Dios... que su pública enseñanza sería para ganar la juventud y en ella el favor de las familias poderosas»). También Josef, obispo de Barcelona, el 31 de marzo de 1767 escribe al monarca «... aún es mayor el mal de lo que yo pensaba, pues...» estudian autores «cuyas obras, como es notorio, en algunas provincias de la cristiandad se han quemado por mano del verdugo, por contener aserciones que relajan las costumbres, perturban la pública quietud, fomentan las venganzas y autorizan los enormes sacrilegios atentados contra las sagradas personas de los soberanos». (Patentes están la exageración y pasiones de éste y otros prelados regalistas. Pero una lectura inteligente encuentra un fondo común digno de tenerse en cuenta.)

Similarmemente, pero con más brevedad, se expresan en sus anteriores dictámenes el obispo de Palencia, el 31 de marzo de 1767, «... el empeño con que los jesuitas han defendido el probabilismo con todas consecuencias, sin excluir las más bárbaras e inhumanas, y de las crueles persecuciones que han movido a los prelados y doctores, que se han opuesto a sus máximas abominables»; el obispo de Salamanca, Felipe, el 5 de mayo de 1767 y el mismo, el 10 de abril de 1767; el obispo de Tarazona, Joseph, el 2 y 3 de julio de 1767, etc. En el *Anexo I* se fotocopia esta carta, que no es la más agresiva.

Con más unilateralidad, si cabe, se expresa el Dictamen fundamental de Campomanes. Exagera y deforma la realidad en grado hoy inconcebible. Si lo que afirma reflejara la realidad, la Compañía de Jesús era la asociación más criminal conocida. Campomanes no ve valor alguno positivo en los jesuitas; únicamente en puntos muy aislados y sin importancia, como el de que se ganaban los ánimos de los indios en las reducciones.

A la luz del Dictamen, de sus comentaristas y de otros documentos que se encuentran en el archivo de Simancas se pueden asumir las acusaciones que, según sus adversarios, motivaron la expulsión de la Compañía:

1. Los jesuitas luchan por conseguir el máximo poder político y social (Motín de Esquilache). «Los jesuitas... corruptores de la moral, que quieren obtener el dominio sobre los pueblos y las naciones, a través de los grandes de la tierra, a los que facilitan una vida muelle y

anticristiana, haciendo concesiones inadmisibles, mediante el probabilismo, que conduce a la justificación de la laxitud moral» (cita crítica y atinada, en Caro Baroja, p. 519).

2. La Compañía «con su obediencia ciega, no cabe en un Estado moderno (léase: absolutista)». (Cfr. Miguel Batllori, 1972, p. 472.)

3. La Compañía posee excesivas riquezas, especialmente en América y Filipinas. En Méjico, algunos jesuitas se negaron a pagar diezmos de sus posesiones al obispo Palafox.

4. La Compañía difunde doctrinas (probabilismo, tiranicidio, etc.) que ponen en peligro la monarquía española.

5. La Compañía pretende un *predominio universal* amenazante. Es patente que la Compañía, como corporación, no destaca por su humildad.

6. La Compañía en España es muy parecida a la de Portugal y Francia, de donde fueron expulsados en 1759 y 1764, respectivamente.

7. Los jesuitas, en sus colegios, exaltan la supremacía de la Santa Sede.

8. Todas las órdenes religiosas se oponen a la Compañía de Jesús. Ciertamente, se oponían muchísimos dominicos, carmelitas, franciscanos, benedictinos y agustinos. Para el superior general de éstos, Francisco Javier Vázquez, los jesuitas son un «enjambre de abejas infernales».

9. La Compañía oculta sus defectos y vicios de todos sus miembros. (Cfr. Cejudo y Egido, en Campomanes, pp. 19 y ss.; Olaechea, pp. 163 y ss., 186 y s., 193 y s.; Rivera Vázquez, p. 629.)

En nuestros días, A. Guillermou (p. 62) ve la expulsión de los jesuitas firmada por Carlos III como algo lógico en la mentalidad del monarca ilustrado, pues, entre otras razones, son los artífices de la famosa república guaraní de América del Sur, que, según él, no sólo hace tambalear la seguridad de los colonos por miedo a que mengüe su prosperidad y el temor a las consecuencias que pueden redundar de las condiciones de vida que ofrecen a los indígenas, sino también por su insurrección ante la misma autoridad metropolitana, llegando incluso a la batalla sangrienta.

Por la parte opuesta, la defensa que hizo de los jesuitas el P. Francisco de Isla S.J. (1703-1781) (y que publica, prologa y anota Conrado Pérez S.J., en León, el año 1979) no logra el deseado rigor científico. Por ejemplo, cuando en su número 418 escribe: «Cuatro, pues, fueron las causas del referido extrañamiento: Primera, la complicidad en el motín de Madrid; segunda, el espíritu de fanatismo y de sedición; tercera, la falsa doctrina, y cuarta, el intolerable orgullo que se ha apoderado de este cuerpo.» Basta leer el Dictamen de Campomanes para saber que expone otros motivos, no sólo estos cuatro. Además, el P. Isla adopta un estilo exageradamente libre y apasionado cuando critica todas las acusaciones del Dictamen de Campomanes.

Sobre este tema del extrañamiento ofrece un resumen documentado Ricardo García-Villoslada (1980, pp. 136-153). Según él, «no era un mero choque cultural; en el fondo, era un conflicto de dos opuestas concepciones religiosas». Quizá convenga añadir que era el conflicto de dos cosmovisiones diversas, dos concepciones de lo político y lo espiritual, de lo científico y de lo humano, del poder y de la obediencia. Da por supuesto García-Villoslada, como la totalidad de comentaristas amigos de los jesuitas, que, sin duda, el criterio del romano pontífice en este campo tiene que ser más acertado y más decisivo y más digno de respeto que el criterio del rey y sus consejeros. Por eso, escribe (pp. 142): «Tristes obispos aquellos que se convierten en obedientes ejecutores de los preceptos del rey (aunque sean contra el papa).» Poco después (p. 147), García Villoslada añade sobre los autores de la expulsión: «Se profesaban católicos y no se guiaban por sentimientos antirreligiosos; pero, consciente o inconscientemente, ponían sus aficiones personales sobre los intereses de la Iglesia. Les faltaba a los principales —cosa grave en un católico— sentido eclesial y lo que San Ignacio llamaba “sentir con la Iglesia”.» Quizá sea excesivo afirmar que se trataba de aficiones personales; quizá eran convencimientos que brotaban de lo más sincero de su conocer y sentir. Además, al que discute y/o niega o se opone o actúa contra la voluntad del papa, no siempre le falta sentido eclesial. Cuando B. Häring critica a la Iglesia romana, en su libro *Mi experiencia con la Iglesia*, no le falta sentido eclesial. No parece científico afirmar como evidente que la opinión y la voluntad del papa en este tema eran más acertadas que la opinión y la voluntad de Carlos III y/o sus consultores.

J. Cejudo y T. Egido, en su muy documentada Introducción al Dictamen de Campomanes (pp. 30 y s.), se refieren a la resistencia jesuítica frente a la Ilustración; transcriben algunas líneas de Campomanes, verdaderamente exageradas, pero que en el fondo expresan algo hoy innegable: que los jesuitas se opusieron excesivamente a la Ilustración. Nuestros dos historiadores, en su Introducción, después de copiar el número 203 del Dictamen: «De este sistema observado por los jesuitas ha dimanado la ignorancia, la superstición, la corrupción de la moral y la debilidad, por no decir abatimiento, en que se puso esta gloriosa nación, temiendo todas las gentes imparciales e ilustradas el ostracismo con que siempre les alejaban de los empleos, mientras los jesuitas influyeron directamente en el gobierno», lo critican preguntándose: «¿Se trata de una convicción personal... o de un recurso forense?», y aduciendo el testimonio de Fernán Núñez, monárquico a ultranza, ilustrado que ha tratado con revolucionarios franceses, «colegial» de los jesuitas que, al meditar sobre las actitudes de éstos en el exilio, se encargará de acentuar la dedicación y eficacia con que, incluso desde el destierro, se han empleado en defender a su patria y en «ilustrarla con sus escritos». En nota a pie de página declaran que evitan todo juicio de valor... Según mi criterio, desde una visión global, parece más serio reconocer

que los jesuitas y la Iglesia fueron excesivamente adversos a la Ilustración. La cita de Fernán Núñez prueba muy poco o nada.

Merecen especial atención las conclusiones a que llegan estos dos comentaristas de Campomanes (p. 39): «La expulsión de los jesuitas, epílogo de la crisis provocada —o justificada— por los motines primaverales de 1766 no obedeció a actitudes religiosas o irreligiosas; sobre un fondo de intereses económicos, de reivindicaciones sociales, emerge la dinámica política como explicación definitiva.» Para estos historiadores, los jesuitas fueron atrapados en el fuego cruzado del conflicto entre la alta nobleza, con la que la Compañía era identificada, y los representantes de la clase media, cuya «revolución burguesa» estaba soportando el rey Carlos III. El autor de esta empresa fue el Fiscal de la Corona Española, Pedro Rodríguez de Campomanes.

Aparentemente, la Compañía nace ligada al poder religioso (su cuarto voto da pie para tildarlos de papistas), e incluso al poder laico, según muchas cartas de Ignacio de Loyola a los monarcas de su tiempo y su estrecha vinculación con los reyes, como confesores, reales... Sin embargo, la postura de los jesuitas ante el problema de los ritos chinos y la reducciones del Paraguay muestran que ellos obedecen a Dios y a su conciencia antes que a los hombres. Muchos jesuitas, y sobre todo Francisco Suárez y sus seguidores, se ganaron la enemistad de los monarcas por su tan atinada como revolucionaria doctrina sobre la autoridad civil, según la cual los gobernantes no reciben su autoridad directamente de Dios, sino a través de la mediación del pueblo (Cfr. G. Furlong S.J., «The jesuit Heralds of Democracy and the New Despotism», en *The Expulsion of the Jesuits from Latin America*, ed. M. Möerner, New York, 1965, pp. 44 y ss.).

El Dictamen del Fiscal don Francisco Gutiérrez de la Huerta, presentado y leído en el Consejo de Castilla, sobre el restablecimiento de los jesuitas, Madrid, 1845 (Cfr. Conrado Pérez Picón, en *Isla*, p. XIX), concluye que el Dictamen de Campomanes pinta un cuadro del cual «pudiera muy bien inferirse que la historia de la Compañía de Jesús, desde su fundación hasta el momento de ser abolida, era la historia de los crímenes, de los maleficios, de las impiedades, de los sacrilegios y de los parricidios; que en este cuerpo no había residido jamás el ejercicio de ninguna de las virtudes sociales ni religiosas, y que desde su fundación, tan lejos de producir utilidad ni fruto alguno saludable en los Estados que la admitieron y abrigaron, había sido la causa permanente y doméstica de los trastornos, subversiones y escándalos que les afligieron de tiempo en tiempo».

Aunque la mayoría de los documentos rebosan exageraciones, podemos deducir que los jesuitas fueron víctimas injustamente extrañadas. Pero que no eran tan inocentes como el P. Isla y sus muchos amigos pretendían. Ni los apasionados acusadores eran tan calumniadores; eran políticos regalistas y eclesiásticos filojansenistas.

A la luz de la Victimología, la expulsión (y la extinción general del 21 de julio de 1773) de la Compañía aparece con colores muy diversos, necesitada de interpretaciones matizadas y que, sin estudios en profundidad de las circunstancias históricas, eclesiales, económicas y sociales en las que tuvo lugar, resulta temerario sacar conclusiones. Quizá lo más prudente sea considerar ese extrañamiento como resultado de dos *cosmovisiones* religiosas (en sentido propio, no restringido) opuestas, y espurias, a tenor de los criterios actuales; como resultado del indispensable *aggiornamento* del necesario cambio de sistema político-social.

Omitimos, por limitación de espacio, el comentario a las posteriores expulsiones de los jesuitas de España (y de otros países). Nos limitamos a subrayar que la de 1868, de la que con tanta documentación informa M. Revuelta (pp. 25-273), se diferencia en un detalle, importante para los victimólogos (Cuesta, 1990, p. 18; Beristain, 1990, pp. 223 y ss.), de las otras expulsiones de Carlos III, de las Cortes del Trienio y del Conde de Toreno. En todas ellas se había asignado una pensión a los jesuitas expulsos o suprimidos en justa compensación por la nacionalización de sus temporalidades, en cambio, el gobierno provisional desamortizó y exclaustró a los jesuitas sin señalarles pensión alguna (salvo a un reducidísimo número de ellos) (Revuelta, p. 103). Estas y otras «sanciones legales» a la Compañía desde el poder merecen algunas reflexiones en capítulo aparte.

6. ANTE EL ABUSO DEL PODER RELIGIOSO Y DEL PODER POLITICO

«They disobeyed legislative and executive edicts that they argued were not only violation of moral or religious dictates but also in violation of constitutional and international law.»

The Tree of Liberty. A Documentary History of Rebellion and Political Crime in America, edited by Nicholas N. Kittrie and Eldon D. Wedlock, John Hopkins University Press, Baltimore, 1986, p. 509.

Nadie duda que algunas persecuciones sufridas por Ignacio y los jesuitas han surgido también por su oposición (más o menos pública, más o menos merecida) a un sector de la jerarquía eclesiástica y/o a los abusos del poder eclesiástico.

No mucho se ha escrito acerca de cómo reaccionaba San Ignacio y cómo han reaccionado los jesuitas ante los *abusos del poder eclesiástico*. Ignacio de Loyola, ante posibles o patentes excesos de la autoridad religiosa, no se manifestaba, sino que, al contrario, si la Iglesia decía que algo es blanco, aunque a él le pareciese negro, él públicamente

decía que era blanco, a tenor de la Regla número 10, «Para el sentido verdadero que en la Iglesia militante debemos tener» (*Ejercicios espirituales*, núm. 352, «no hablar contra malas costumbres de nuestros mayores»). En cambio, *en privado*, trabajaba y procuraba con la mayor eficacia para conseguir que todos reconocieran que era negro.

En esta cuestión sería oportuno comparar las dos posturas tan opuestas de Ignacio y de Erasmo, con miras a concluir cuál de ellos ha resultado más beneficioso para el fin común que ambos pretendían. Quizá ambos han sido igualmente oportunos y necesarios. Como indica el refrán, hacen falta gotas de miel, pero también gotas (no barriles) de vinagre. A veces no basta defender al débil, sino que es indispensable, también, denunciar y acusar al prepotente.

Muchos superiores de la Compañía de Jesús han seguido el criterio del fundador. Baste el reciente ejemplo de Pedro Arrupe, con ocasión de sus divergencias, no públicas, pero sí conocidas, con la suprema jerarquía y el papa Pablo VI. Semejantemente, Teilhard de Chardin se sometió a los incultos censores eclesiásticos que le prohibían publicase sus valiosísimas obras científicas. Sin embargo, otros jesuitas han imitado el ejemplo de su fundador sólo a medias. Excepcionales jesuitas se han enfrentado públicamente contra los abusos del *poder eclesiástico*, con más o menos moderación. Por ejemplo, Friedrich von Spee, en su *Cautio Criminalis*; el P. Isla, en su *Fray Gerundio de Campazas, alias Zotes*; José María Díez Alegría, en su *Yo creo en la esperanza...* Y, en algún caso aislado, incluso Karl Rahner, en su artículo «Yo acuso», escrito sin permiso de sus superiores, consciente de que si lo pedía se lo negarían. Últimamente, podemos citar en este sentido a Ignacio Ellacuría y sus compañeros, especialmente Jon Sobrino.

Sin duda, en todos los tiempos ha habido algunos jesuitas con vocación profética que han echado en cara a un sector de la jerarquía eclesiástica su heterodoxia y heteropraxis. Sabiamente lo defiende y aun fomenta en sus publicaciones N. Lohfink S.J. (pp. 183-192) y otros escritores de la Compañía. Ya el fundador había deseado que los siguientes Prepósitos Generales de su orden no perdieran «ánimo con las contradicciones (aunque fuesen de personas grandes y potentes)» (*Constituciones*, núm. 728).

Frente a los abusos del poder *político* son más frecuentes los casos, a lo largo de la historia, de profetismo jesuítico. Especialmente llama la atención Pedro de León, como capellán de la cárcel de Sevilla, San Pedro Claver, como protector de los esclavos en Cartagena de Indias, y los creadores de las misiones en Paraguay. Recientemente, en la época de la dictadura franquista, jesuitas vascos y catalanes han actuado con talante profético que ha merecido persecuciones policiales, e incluso judiciales, e injustas penas privativas de libertad. Mención más honorífica merecen las víctimas de los campos de concentración nazis y comunistas, el P. Rupert Mayer y el P. Delp (puede leerse el excelente estudio de Bleistein, pp. 488 y s., sobre la persecución nazi a los jesuitas) y el grupo de los asesina-

nados en El Salvador, el 16 de noviembre de 1989: Ignacio Ellacuría, Amando López, Joaquín López y López, Ignacio Martín Baró, Segundo Montes, Juan Ramón Moreno, Julia Elba y su hija Celina.

7. VICTIMAS, MARTIRES, PRESOS, DESTERRADOS, EXTRAÑADOS, EXTINGUIDOS...

Antes de pasar a deducir unas breves conclusiones, intentamos algo así como completar el cuadro de las persecuciones a los jesuitas con algunas cifras globales y un par de datos de la actualidad en un país concreto del que me hablan «por casualidad».

Según datos facilitados por la Oficina central de la Orden en Roma hasta julio de 1990, es decir, en estos 450 años transcurridos desde la fundación de la Compañía, 180 jesuitas han sido declarados santos o beatos. Entre ellos se cuentan 158 mártires. Más exactamente: de los 41 santos, 27 son mártires, y de los 139 beatos, 131 son mártires. Muchos otros jesuitas han sido asesinados, pero no han sido ni canonizados ni beatificados, como Ellacuría y sus compañeros. (En el *Anexo II* puede verse la lista de los jesuitas asesinados desde diciembre de 1973 hasta noviembre de 1989.)

Según las épocas, observamos una interesante fluctuación de los santos y/o beatos martirizados:

AÑO	SANTOS Y/O BEATOS	MARTIRES
1540-1600	66	58
1601-1700	79	71
1701-1800	25	23
1801-1900	6	5
1901-1990	4	1

Desde otro punto de vista, puede ser interesante indicar el «grado» de cada uno:

AÑO	SANTOS Y/O BEATOS	MARTIRES
Obispos	1	1
Sacerdotes	106	90
Hermanos	35	33
Escolares	36	33
Candidatos	1	1

Después de esta visión panorámica tan general, que nada recuerda de tantos y tantos jesuitas encarcelados, como el superior general

Lorenzo Ricci (muerto en la prisión vaticana de Sant'Angelo, el 24 de noviembre de 1775), paso a detalles concretos de una región pequeña (Vietnam) en una época breve (la actual).

En una reunión en París, a finales de 1989, una universitaria vietnamita, amiga de los jesuitas, me informa acerca de la victimación de los jesuitas en su patria. Hay 39 jesuitas vietnamitas (de nacimiento). Esta señora conoce acerca de ellos los datos siguientes: unos veinte fueron expulsados de su patria, durante los años 1975 y 1976.

Tres sacerdotes —Dinh van Trung, Dô Quang Chính y Khuât Duy Linh (párroco en Saigón— fueron arrestados por una temporada, y luego «destituídos» del sacerdocio (o sea, que no pueden ejercer su sacerdocio en público).

El Padre Nguyễn Công Doan (José), Superior, fue condenado, hacia 1980, a doce años de trabajos forzados por ser «espía del Vaticano» (parece que acaba de ser «liberado»). También el Padre Lê Thanh Quê fue condenado, hacia 1980, a quince años de prisión por «actividades subversivas» (todavía está en la cárcel, enfermo de gravedad).

El Padre Cô Tân Hưng (Esteban), jesuita y médico, ha estado en prisión varias veces por «actividades religiosas ilegales» (por ejemplo, decir misa sin permiso). Actualmente está libre. El Padre Hoang Sy Quy ha «servido» varios años de cárcel por «actividades religiosas ilegales».

El jesuita escolar Pham Hun Lai (Doctor por la Sorbonne), era profesor de Filosofía en la Universidad de Saigón. Ha estado una temporada preso. Ahora vive «con su familia»: se le prohíbe vivir con otros «subversivos», es decir, otros jesuitas. El también escolar Pham Thanh Liêm ha estado condenado en un campo de concentración por «actividades religiosas ilegales» (por ejemplo, enseñar el catecismo).

Todos los centros de trabajo de la Compañía de Jesús en Vietnam han sido confiscados: el Centro Dac Lô (es el nombre vietnamita del famoso misionero Alejandro de Rhodes), en Saigón, era una parroquia, un centro de escolares, un estudio de televisión educativa; el Colegio Pontificio San Pío X, en la ciudad de Dalat, que era la Facultad de Teología y pertenecía a la Santa Sede; el Noviciado, en Thu Dúc, a 15 kilómetros de Saigón (en algún tiempo vivió allí el jesuita bilbaíno Mariano Manso, como maestro de novicios), el Escolasticado, en Dalat, y la residencia y el colegio de Huê.

Los jesuitas que han sido condenados, cuando son liberados no recuperan sus «derechos civiles», o sea, que no pueden ejercer como sacerdote o religioso, ni pueden tener cargos públicos (maestro, secretario, o dirigente de fábrica, etc.).

No cito a la autora de este informe, pues la pondrían en la lista negra, con graves consecuencias; no podría obtener un visado para entrar en Vietnam.

8. CAUSAS Y CONSECUENCIAS DE TANTAS PERSECUCIONES

«Fomentaban la mitificación de la Compañía, como víctima mártir de la revolución (de 1868), y la convertían en símbolo de posturas antagónicas.»

M. Revuelta, p. 136.

A la luz de lo indicado en las páginas anteriores y de la opinión general de los comentaristas (no sólo de M. Mir), podemos destacar como una de las características más peculiares, y aun exclusivas, de la Compañía de Jesús la contrariedad de opiniones y afectos que suscitó desde el primer momento; lo mismo que su fundador. Probablemente, ningún instituto religioso anterior había suscitado reacciones tan opuestas. Los otros institutos religiosos han vivido en relativa paz y armonía con la mayoría de sus coetáneos; si tuvieron dificultades fue mayormente con los enemigos de la religión, y con los que públicamente no quieren vivir en paz y según las normas comúnmente admitidas. De ningún otro fundador de una congregación religiosa se conoce que suscitara tantas persecuciones, suspicacias, hostilidades, celos, procesos y sentencias (aunque ninguna condenatoria), simultáneamente con tantos elogios, afectos y favores.

También conviene recordar que, según los coetáneos íntimos de Ignacio, éste no se amilanaba con las persecuciones, sino al contrario. Tanto que, como escribió el Padre González Cámara (*Epistolae mixtae*, T. III, p. 351), «nació un proverbio en casa que aún ahora dura: que como haya trabajos luego el Padre está sano, como acaeció en todas las contradicciones al principio». En este sentido escribe el mismo Ignacio a Teresa Rejadell, en octubre de 1547 (Loyola, pp. 743 y s.). El fundador de la Compañía, ante las persecuciones y sufrimientos, no reacciona con agresividad o algún otro sentimiento bajo; al contrario, responde con más generosidad y acciones más nobles; como pocos años después, 1576-1577, San Juan de la Cruz, que en sus nueve meses de cárcel en Toledo, en condiciones tan infrahumanas, escribe la mayor parte del «Cántico Espiritual», los romances incluidos en el salmo «Super flumina babylonis», el poema de la «Fonte que mana y quema» y, probablemente, las canciones de la «Noche oscura».

La mayoría de los biógrafos de S. Ignacio subrayan entre las cualidades más significantes de la vida y de la personalidad de San Ignacio la dualidad-oposición que suscitó de amor y desamor, de simpatías y enemistad, de favores y de persecuciones. Semejantemente se puede y debe afirmar que sucede a lo largo de estos 450 años con su obra, la Compañía de Jesús, «Como la sombra que sigue al cuerpo, así sigue-

ron al Instituto de la Compañía las hostilidades y persecuciones. Mil querellas y desmembramientos, ora fuese con las autoridades eclesiásticas o civiles, ora con las demás órdenes religiosas, acompañaron a la Compañía en todos los tiempos y en todas partes de la tierra a donde extendió su acción o influencia» (Mir, p. 160).

Difícil resulta llegar a conocer, describir y valorar con objetividad y profundidad las causas y las consecuencias de esta peculiaridad de la vida y obra de San Ignacio y de sus seguidores. Muchos jesuitas y amigos suyos ven las causas de tantas persecuciones siempre como algo que proviene del diablo o de alguien cercano y amigo de él. Así, el Padre Francisco García S.J., en la *Vida de San Ignacio*, dedica un capítulo a las persecuciones y sus causas; éstas son catorce, y todas ellas, en el fondo, laudatorias para la Compañía; por otra parte, manifiesta la ignorancia, los vicios y los pecados de quienes atacan a la Compañía. De modo semejante se explica el tema en el libro inédito de Pedro de Ribadeneira, *Las glorias y triunfos de la Compañía de Jesús en sus persecuciones*, y también en sus «Diálogos sobre los expulsos».

Según puntualiza algún comentarista, para Ribadeneira todo se resume en que no hay más que amigos y enemigos de la Compañía. Los amigos nos juzgan con objetividad y sienten bien de nuestras cosas; pero los enemigos nos miran con malos ojos, nos condenan sin motivo, aunque sean doctores, teólogos, reyes, príncipes o pontífices romanos (Pío V aparece como enemigo de la Compañía) (Mir, p. 162).

Ciertamente, algunos adversarios de la Compañía de Jesús achacan las causas de la persecución exclusivamente, o casi exclusivamente, a la finitud y culpabilidad de los propios jesuitas. Paradigmática, en este grupo, es la opinión inteligente del ex jesuita Miguel Mir. Este sacerdote, salido de la Compañía de Jesús, autor de los dos conocidos tomos sobre la *Historia interna documentada de la Compañía de Jesús*, en su tomo II, dedica todo el capítulo VII a «las persecuciones» (pp. 154 y ss.). En este capítulo ofrece una visión general bien documentada —y algo apasionada— sobre las persecuciones que sufrieron San Ignacio y los jesuitas a lo largo de la historia, y las contrapone a la paz y al bien que han suscitado las otras instituciones religiosas (nada dice de las persecuciones que suscitaron Jesucristo y sus apóstoles primeros, así como después S. Francisco de Asís, etc.).

Miguel Mir reflexiona acertadamente cuando ve una causa fundamental de las persecuciones y dificultades de San Ignacio y los jesuitas en la Fórmula de vida presentada por Ignacio de Loyola (pp. 435 y ss.; Caro Baroja, pp. 421 y ss.) y sus primeros compañeros al romano pontífice Paulo III, aprobada en la bula *Regimini militantis Ecclesiae*, el día 27 de septiembre de 1540. En ella leemos «cualquiera que quiera servir a Dios en la Compañía... ha de procurar tener siempre ante sus ojos primero a Dios y luego a este Instituto, que es camino para ir a El». Mir comenta estas líneas —que él cita entre comillas, aunque difieren algo

del original— diciendo: «Dios y la Compañía son los dos objetos que ha de tener siempre ante los ojos todo individuo de la Compañía.

Dios y la Compañía han sido, efectivamente, los objetos que ha tenido siempre presentes el jesuita.

En este círculo se han encerrado sus ideas y aspiraciones.

Ahora bien: este exclusivismo, esta exención é independencia en el obrar, esto de no atender más que á Dios y á la Compañía, mirando á lo demás como cosa de menos importancia, es una de las cosas más notables que hay en el famoso Instituto. Antes de venir al mundo la Compañía habíanse visto en la Iglesia de Dios muchas formas de institutos religiosos. Al impulso de la inspiración divina y según las necesidades de los tiempos y de los lugares, había surgido gran variedad de formas de vida religiosa y ascética, que tendían á realizar el ideal de la perfección cristiana. Estos institutos ó formas de vida estaban unidos con lazos que íntimamente los unían entre sí y con la Santa Iglesia, á la cual servían, formando una especie de confraternidad, en la cual la misma variedad era prenda de santa y preciosa unidad. Pero vino la Compañía, y desentendiéndose de esta magnífica unidad, echó por rumbos nuevos, sustrayéndose á las leyes comunes y pidiendo á todo pedir exenciones y privilegios sobre el vivir común formando en casi todo un mundo por sí». (Hoy, en 1991, parece oportuno revisar el privilegio del Maestro de novicios que les confiesa regularmente.)

«Aislada de las demás religiones, así como no se uniformó en general con ninguna de ellas, así no entró con ellas en relaciones ó procedimientos comunes, tanto que no fué posible colocarla clara y distintamente bajo ninguna clase de las categorías ó especies conocidas» (pp. 163 y s.).

Prescindiendo de sus exageraciones (no sustanciales) el amplio análisis de Mir resulta inteligente y acertado en casi toda su parte expositiva. La evolución futura de la Compañía y de la Iglesia le dará la razón en más de un aspecto, no sólo en cuanto al derecho canónico. Pero, concluye ilógicamente con valoraciones negativas mucho más que laudatorias.

Ciertamente, el estado de aislamiento, de exenciones, de no querer igualarse a otros institutos, de pedir privilegios, de propugnar autonomías e independencias, este retirarse de los demás..., es lógico que aboque a que los demás se retiren y no les parezca bien, sino al contrario, los miren con desamor y ojeriza y vean sus defectos exageradamente.

Quizá este modo de ver a los jesuitas subyace en todos aquellos que les atribuyen la máxima de que el fin justifica los medios. Quizá ese empeño en «conquistar todo el mundo y todos los enemigos» (*Ejercicios*, núm. 95) produzca una preponderancia de los elementos intelectuales sobre los afectivos y del corazón, como algunos achacan a muchos jesuitas. (De San Ignacio se desconoció durante muchos años su riqueza de sentimientos.)

La conclusión a que llega Mir (p. 166) es, desde varios puntos de vista, atinada y digna de consideración, aunque, desde otros, tremendamente exagerada y desorbitada: «Hablan mucho los Padres de la Compañía sobre las persecuciones que sufren, y aun esto lo tienen por timbre de gloria. Mas sobre esto puede haber grande engaño. Ya decía un Padre antiguo de la Iglesia que á los mártires no les hacía tales el hecho de la persecución y del martirio, sino la causa. Nuestro Señor Jesucristo, además, llamó bienaventurados á los que son perseguidos, no así como quiera, sino por la justicia. Tal ha de ser la causa de la persecución de los de la Compañía si ha de ser justa y agradable á los ojos de Dios. Sufrir persecución y ser mal vistos y tratados por cosas de virtud es grandemente meritorio: pero ser perseguidos por motivos humanos de vanidad, de deseo de sobresalir ó singularizarse ó defender lo que llaman su honor ó reputación, y de más á más gloriarse de ello, es una insensatez y no sólo no puede agradar á su Divina Majestad, sino que ha de irritarla en extremo.»

Un comentario comprensivo, pero también crítico, a estas consideraciones de Mir lo formuló el jesuita capellán penitenciario en Brasil, que dijo: «Si Mir se hubiese dedicado a capellán penitenciario hubiera comprendido que a veces es imposible trabajar debidamente como sacerdote sin resultar incómodo, e incluso molesto, a algunos que tienen el poder político y/o religioso; es imposible no sufrir persecuciones.»

Como reconoce Revuelta (pp. 647 y ss.), en las páginas críticas de Mir «hay un fondo de verdad... y detalles sueltos que son ciertos». Con más detención lo analizan Batllori (1979, pp. 307 y s.), Eguillor y Sanz de Diego, en las *Memorias del P. Luis Martín* (Universidad de Comillas, Madrid, 1988, T. II, pp. 539-553). Lamentablemente ha habido y hay jesuitas que olvidan en buena parte lo que Ignacio de Loyola puso como fundamento y resumen de todas sus normas: «la interior ley de la caridad y amor». Ha habido y hay jesuitas en los que ha escaseado el afecto del corazón en su trato con los inferiores y con las personas, por considerar más importante la eficacia de su mandato.

Mir olvida casi completamente los aspectos y frutos positivos de esta fórmula y praxis jesuítica. Olvida que los apóstoles (enviados por Jesús «como ovejas entre lobos», según el Evangelio de Mateo, 10, 16), ya desde los primeros tiempos de la Iglesia, suscitaban reacciones extremas de amor y desamor, de aprecio y persecución, tanto o más que los jesuitas. El se limita a decir que «en algunos pudo tener santos y laudables propósitos, y en este sentido hemos de suponer que aprobaría la Santa Sede el Instituto de la Compañía con sus exenciones, privilegios y particularismos, en otros (jesuitas) había de conducir también á graves peligros y consecuencias» (p. 164). Estas palabras, en sí mismas, adolecen de imprecisión y ambigüedad; pero, en el contexto, sugieren que los graves peligros y consecuencias superan ampliamente los san-

tos y laudables propósitos. Esto no lo prueba Mir. El parece desconocer que no somos pecadores porque pecamos, sino que pecamos porque somos pecadores. Toda acción humana conlleva luz y tinieblas.

Como todos sabemos, en el corazón mismo de la proclamación cristiana está presente una historia de traición, abuso y asesinato. Al escribir esto no pretendemos identificar los sufrimientos de los jesuitas con los sufrimientos de Cristo, ni considerarlos una blasfemia y una ofensa contra Dios; tal equiparación adolecería de unilateralidad, de ignorancia de la más elemental ciencia victimológica y teológica (Ellacuría y Sobrino, T. I, pp. 323 y ss., 467 y ss.; T. II, pp. 189 y ss., 217 y ss.).

Antes de cerrar este capítulo conviene recoger brevemente la carta a toda la Compañía, el 2 de enero del año 1617, del superior general Mucio Vitelleschi. En ella reconoce y quiere que se reconozca que algunas causas de tantas victimaciones pueden encontrarse en los mismos jesuitas. Escribe textualmente: «Las quejas más comunes se reducen a las cabezas siguientes; que somos altivos, que queremos poner la mano en todo, y que dependa todo de nosotros; que pensamos de saber mucho; que tenemos baxo concepto, y hacemos poca estima delos otros; esta es la primera cabeza. La segunda, que queremos muchas comodidades. La tercera, que somos codiciosos, y interessados. La quarta, finalmente, que mas somos hombres políticos, y prudentes que verdaderamente espirituales.»

Atinada nos parece la postura del actual Superior General, Peter Kolvenbach, cuando, en las Navidades del año 1989, en su visita a El Salvador (aunque respondió en sentido laudatorio) formuló públicamente la cuestión victimológica: «Dado el ambiente de violencia que existe en casi todos los países de América Central, es inevitable que el asesinato de seis jesuitas de la Comunidad de la UCA haya suscitado —en medio de la gran solidaridad que hemos recibido en torno a los hechos acaecidos— un interrogante: ¿no habrá sido acaso —dicen algunos— la orientación misma de la Comunidad la que ha provocado este crimen?»... (Cfr. *Información S.J.*, Madrid, marzo-abril 1990, p. 47.)

En el mismo sentido se manifestó en Loyola durante la reunión de los provinciales (septiembre 1990), al responder a un periodista que le preguntó si pensaba introducir la causa de beatificación de Ignacio Ellacuría y sus compañeros. Respondió: «Antes hay que pensar en monseñor Romero y en tantos otros religiosos y laicos muertos por la fe en estos últimos tiempos.»

9. CONOCER Y HACER UN CAMINO NUEVO

Ante tantas persecuciones —con sus insultos y sus aplausos— a Ignacio y sus compañeros continuadores durante toda su multiseccular historia, lógico parece reconocer que todos somos finitos y culpables

Carta del Superior General Mutio Vitelleschi, Roma, 2 enero 1617,
a toda la Compañía de Jesús (*)

138

discrepan lo poco y el mundo nos ama;
y has quejas que vienen contra nosotros.
Porque aunque me consta vos muchas
de ellas totalmente falsas, otras muy albor-
zadas, y otras verdaderas, con todo esto ayuda-
ra a vuestro malicia; para no llevarnos
tanto, y divertirnos, que alguna de las (o in-
quiera de alguno) se da alguna oracion,
que por vuestro desorden, y por mejor
dejar por particular, y por ser alguna de
la Compañía, lo que se dice, y se hace, no se
atribuye a todos; de vuestro que no se
dijo Pedro, o Pablo, o uno de los hombres
y santos, y de los de este mundo, fueran
verdad que se dijera de los de la Compañía,
algunos de ellos, y no de todos, al que se
dice cada uno, y no de todos, de vuestro que
se, con todo esto, que daña, y nos queda
seguir, y parándonos en el punto que
quiere malicia, y ocasion, y lo haremos
con la debida diligencia, si se va cediendo

139.

con mucha cautela) de donde en el exte-
mo contrario.

Las quejas mas comunes se
reducen a las calumnias y quejas, que
somos alivios, que se hacen por la ma-
no en todo, y que dependen todo de noso-
tros, que se nos da de vuestro mucho; que
tenemos bapto concepto, y hacemos por
estimar de los otros, y esta es la primera ca-
beza de la segunda, que es de vuestro mu-
chas como de vuestro, y de la tercera que es de
codicia, y invidia, y de la quarta
finalmente, que es de vuestro homines po-
liticos, y de vuestro que se da de vuestro
te espiritual, y de vuestro de vuestro, que
hagamos, y de vuestro en vuestro, y con
la que se da de vuestro, y de vuestro,
de vuestro, como he dicho, a los
extremo. Las quejas, que el mun-
do da a vuestro, que se da de vuestro
y de vuestro de vuestro, y de vuestro

(*) El jesuita José Ramón Eguillor, director del Archivo de Loyola, me ha atendi-
do inteligente y generosamente en la búsqueda de éstas y otras fuentes. Gracias.

—«el que esté libre de pecado, tire la primera piedra»—, pero quizá siguen en pie la afirmación de Platón: «Siempre el que comete injusticia es más desgraciado que el que la sufre» (*Gorgias*, 479e.) y, más aún, el sermón de la montaña: «Bienaventurados los que sufren persecución por causa de la justicia», «los últimos serán los primeros».

Muchas religiones (y también muchas criminologías) pretenden y esperan que el lobo pueda dormir junto al cordero y la víbora pueda jugar con los niños (como repite el profeta Isaías), pero todavía no han conseguido que el lobo y la víbora se «enteren». Tampoco han logrado que los corderos y los niños se «fíen». Ni han demolido los otros muros de Berlín: Norte-Sur. Todavía las estructuras sociales engendran injusticia y victimizan a individuos y grupos y pueblos «menos culpables». ¡Qué difícil y peligroso resulta separar el trigo de la cizaña! En el fondo, no sabemos si conviene, ni si se puede discernir. Quizá en el plano jurídico resulte posible y aun necesario, por ahora; pero, en el plano profundo no, pues la realidad es una. Como Jesús, muerto y resucitado, es uno. La misma una Divinidad que se esconde en la pasión, esa misma aparece en la resurrección (*Ejercicios*, núm. 223).

En otro sentido, los místicos de todas las religiones, como las citadas metáforas de Isaías, nos inducen a intentar el arte difícil de captar, de experimentar, la unidad fundante en la que —según los físicos y los místicos— estamos inmersos. Dios el Todo. Salvo excepciones, todavía no se ha alcanzado conocer la relación polar de todos los opuestos, de la salud y la enfermedad, la riqueza y la pobreza, el honor y el deshonor (Cfr. *Ejercicios*, núm. 23), el crimen y la inocencia, la vida y la muerte, la víctima y el victimario, que no son experiencias absolutas pertenecientes a diferentes categorías, sino que son meramente dos partes de la misma una realidad; partes extremas de un solo conjunto. Ganar y perder un partido de fútbol (si se experimenta y, mejor, si se participa en la cognición) aparecerán como una única realidad: *un deporte*, un juego (Cfr. Fritjof Capra, *El Tao de la física. Una exploración de los paralelos entre la física moderna y el misticismo Oriental*, trad. J. José Alonso Rey, Luis Cárcamo, Madrid, 1975, pp. 163 y ss.; Antonio Beristain, «Derechos humanos de las víctimas del delito. Especial consideración de los torturados y aterrorizados», *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, T. I, 1984, p. 236).

Después de este recorrido a lo largo y a lo ancho de los jesuitas perseguidos, se constata que en tiempos pasados la mayoría de los historiadores, al tratar temas como éste de las persecuciones, se olvidaban de su misión de «historiar» y se convertían en apologetas. Se constata que los victimólogos-teólogos y los victimólogos-juristas tienen mucho que investigar, mucho que aprender y mucho que enseñarnos a todos. En estas páginas sólo hemos intentado indicar con el dedo por dónde se puede hacer y conocer el nuevo camino. Y que merece la pena, pues,

probablemente, abocará a la transformación radical de la Teología, de la Victimología y del Derecho Penal actual y/o a la abolición del último. En el campo teológico todavía nos queda como asignatura pendiente el estudiar con la mayor objetividad posible si las religiones (sobre todo las monoteístas) han contribuido y contribuyen a aumentar (o disminuir) las guerras, los fanatismos, los conflictos y las injusticias sociales en el mundo. (Cfr. *L'actualité religieuse*, núm. 38, 15 octubre 1986; Caro Baroja, pp. 164 y s., 415 y ss.)

A los victimólogos incumbe también la difícil misión de integrar con nueva hermenéutica los mensajes básicos, pero contrarios, del Cristianismo: «No he venido a traer la paz sino la espada» (Evangelio de Mateo, 10,34), «la paz sea con vosotros» (Juan, 14,27; Juan, 20,19; etc.), sabiendo que el Nuevo Testamento habla mucho más de paz y reconciliación (unas cien referencias expresas) que de guerras y armas (una docena de referencias). Y cuando menciona las armas suele ser en sentido metafórico, como armas de la luz (Romanos, 13,12), de la justicia (2 Corintios, 6,7), de Dios (Efesios, 6,13).

ANEXO I (*)

Contestación de Joseph, obispo de Tarazona, a D. Manuel de Roda
(3 de julio de 1767), y carta al rey, del mismo, el 2 de julio de 1767

t

Hno. Señor

Archivo General
de Simancas

Muy Sr. mis de todo mi respeto. Desempeñando v. s. m.
hace la obligación de dar gracias a Su Mage^d, que
reconozco muy curioso, y con que no me ha
permitido mi indisposición cumplir tan pronto
como debiera; incluyo la adjunta, por si estima
re y serviere a bien. V. S. M. pone la a v. s. p. sea
les lies, o entereate de su contenido, y á mi dai
me las ordenes que fueren de su agrado y digna.
Nro. Señor qu. á V. S. M. en su mayor
oculta. como la Monarquía necesita, y le suplico
muy de veras. Tarazona, 3. de Julio de 1767.

Hno. Señor.
Phel. de N. S. M.
de mas oblig. de v. s. m. y ab. Cap.ⁿ

Hno. Sr. D. Manuel de Roda /
Joseph, obis. de Tarazona

(*) Agradezco al P. Luis Fernández por su inteligente compañía en mi primer acceso al archivo de Simancas para estudiar los documentos relativos a la expulsión de los jesuitas españoles. También al personal del Archivo, por todas sus atenciones.

Archieves
de San Sebastián

GE
EJWA

Desde que se vio nacer la Compañía llamada de
Jesús, iba a un mismo tiempo adquiriendo aprobaciones
y elogios de varios países, y hallando en todas Naciones
eminentes en virtud y letras, que pararon y anun-
ciaron los males con que amenazaba esta Religión al
Sacramento y al Imperio.

En dos siglos que ha gozado de subsistencia,
ha oído la misma oposición de disimulados; como la narra
en su propia conducta: se oye que era ya la Compañía,
aun en el concepto general, como en sus hechos, un proble-
ma de conveniencias. Daban consuegro por su Intri-
nseca a propiciar la gloria de Dios, y arguido continua-
mente se idolatraban la suya propia. Religiosos mendic-
antes, con ilimitados bienes y comercio en las quatro Par-
tes del Mundo. Introducidos en todas las Naciones de
Europa, a título de hijos de la Compañía de los Padres del

primero y segundo orden; los mismos a quienes impedían
 bar y opusieron con la seducción y la violencia: Aplican-
 dos igualmente a todo género de estudios, y persecuciones
 inextinguibles de la sólida enseñanza y escuelas públicas. Aca-
 verando males para anunciar a Naciones idolótricas
 la Fe de Jesu Christo, y recomendados con no menor ve-
 vor por canonizar la idolatría. Arrojándose el nombre
 de segundas Apostólicas, y notándose que inculcaban co-
 munes el espíritu de obsequio de la Iglesia en sus discipulos,
 moral, y dogmas. Afectaban vercia a los Principes con
 su instrucción y consejo, y mirándose el Reino. Confin,
 una Religión, que habiéndose atribuido el modesto re-
 nombre de la última Compañía, havia llenado de disputas
 las Escuelas Católicas, para hacer prevalecer sus dogma-
 nas novedades en puntos substanciales de nueva Fe;
 la Iglesia se controvenció, por quise a oponerse a to-
 dos los Ordenes de su Essequia; de procarar los Juri-
 nales, con reconocer ninguna competente sino al forzosa-
 ble a sus devotivos; las Sumas y Republicas de auto-
 ridad y realidades, para arrojarse en ellas su dominación;
 y de Exercicios la campaña, para disputar el terreno
 a sus legítimos Defensores.

La Providencia, que havia permitido

quedarse harra aza con alguna obreridad este problema,
 alguno que fusese V. M. quien lo resolviese, de un modo
 encorramente decisivo. Lo que, si otros Sabedores se em-
 peñaron antes en esta ardua empresa; comprobazon
 por la dificultad o ineffecticia de los medios la verdad
 con que predixo el insigne Obispo Español D. Fr. Xavi-
 er Com. que vendria tiempo en que quierian los Reyes
 y no pudieran resistir a los Turcos: V. M. con solo un
 impulso de su poderosa brazo, en una noche, extinguió
 con sus vapores Dominios para siempre todos los esta-
 blecimientos de esta formidable Compañia. Asi se va
 conociendo a esta luz en Reynos ~~corruptos~~ el verdadero
 rumbo, lo ayudan con los elogios que V. M. no se ha
 negado permitir a sus Cavallos, y lo adoptan para su
 imitacion. Esta gloria estaba reservada para el Reyna-
 do de V. M.

Con tan señalado motivo, me aliento (y presto) a dirigirme
 a las Reales Aes de V. M. por sus fines, ya que mi deseo
 no me ha permitido cumplir antes con esta deuda, con propia de
 un Cavallo y Obispo hechura de V. M. El fincero es dár
 a V. M. humildes y especiales gracias por que desvelo en asegurar
 la tranquilidad de estos Dominios, y proteges en ellos a los autores
 de las Almas; a quienes la Divina Sancion de V. M.

sobre esta providencia dió el duplicado conueto de itosamlo de
 cuales obras, y de excitar en los Chacarras Cooperadores fieles
 para ^{acomodar} su ^{fin}, de que se exponen ya con ellos ^{obscu-}
 tos. Es el segundo fin imponer a V. M. de que en esta ^{Provincia},
 por la Divina Misericordia, no me ha sido necesario, y expuso que
 no la sea, castigar a ninguno de mis ^{Soldados}, por haver viola-
 do las ordenes de V. M. sobre este punto. El recurso replicaron
 V. M. zenaidamente, que se sirva de dez la ultima ^{provincia}
 a esta grande obra, y continuar a la ^{Provincia} de ^{esta} ^{ve} ^{si} ⁿⁱ⁻
 fica ^{provincia}. ^{Quiso} ^{decir} ^(Sonia) ^{que} ^{es} ^{necesario} ^{el} ^{poder}
 de V. M. para que, cerrandose Escuelas y Letras de pes-
 soya doctrina, se arranquen las ^{propiedades} ^{raices} ^{que} ^{se} ^{re-}
 fueron. De ella mientras ^{blasonaron} ^{de} ^{pari} ^{oniar} ^{suertes}
 en ^{loquel} ^{los} ^{obrinados} ^{impugnaciones} ^{de} ^{la} ^{suacia} ^{de} ^{esta}
 Chacra, y de la moral de su ^{Empello}.

Dios Nro. Señor bendiga a mano ^{de} ^{una} ^{su}
 guarda designios y gu. la C. R. ^{de} ^{V. M.} ^{como} ^{le} ^{supo}.
^{te} ^{me} ^{canem.}, y la ^{Christianidad} ^{ha} ^{menor}. ^{Estacione}
 2. de Julio de 1767.

Senor.

Joseph, Obispo de Taxazona.

ANEXO II

Jesuitas asesinados desde diciembre de 1973 hasta noviembre de 1989

JESUITAS ASESINADOS
(1973-1989)

- 1-XII-1973 H. Alfredo Pérez Lobato (36), Regueras (León, España), 15-VI-1937. Entró en la Compañía el 19-IX-1963, Provincia de León. Trabajos de albañilería. Ametrallado en El Guera (Chad).
- 25-XI-1975 P. Louis Dumas (74), Poitiers (Vienne, Francia), 2-VI-1901. Entró en la Compañía el 13-X-1918, Provincia del Oriente Medio. Asesinado por arma de fuego en Beirut (Líbano).
- 14-III-1976 P. Alban de Jerphanion (75), Lyon (Francia), 6-VIII-1901. Entró en la Compañía el 23-IX-1918, Provincia del Oriente Medio. Profesor, muerto por arma de fuego en Beirut (Líbano).
- 23-V-1976 H. Nicolás de Glos (65), Cannes (Alpes Marítimos, Francia), 10-II-1911. Entró en la Compañía el 27-VI-1968, Provincia de Francia. Inspector Diocesano de Escuelas, acuchillado en N'Djamena, Chad.
- 12-X-1976 P. Joao Bosco Penido Burnier (59), Juiz de Fora (Brasil), 11-V-1917. Entró en la Compañía el 12-X-1936, Provincia del Brasil Central. Misionero, víctima de una bala dum-dum en Goiania, Brasil.
- 6-II-1977 H. John Conway (57), Tralee (Irlanda), 25-IV-1920. Entró en la Compañía el 9-X-1948, Provincia Británica. Conductor del camión, fusilado en Musami (Zimbabue).
- 6-II-1977 P. Martin Thomas (45), Sidcup (Inglaterra), 21-IV-1932. Entró en la Compañía el 7-IX-1949, Provincia Británica. Superior de comunidad, fusilado en Musami (Zimbabue).
- 6-II-1977 P. Christopher Shepher-Smith (34), Geita (Tanzania), 28-I-1943. Entró en la Compañía el 7-IX-1960, Provincia Británica. Sociólogo, fusilado en Musami (Zimbabue).
- 12-III-1977 P. Rutilio Grande (49), El Paisnal (El Salvador), 5-VII-1928. Entró en la Compañía el 22-IX-1945. Provincia de Centroamérica. Párroco, muerto por ametralladora en Aguilares (El Salvador).
- 15-I-1978 P. Desmond Donovan (50), Leeds (Inglaterra), 10-X-1927. Entró en la Compañía el 7-IX-1947, Provincia Británica. Pedagogo, desaparecido en Makumbi (Zimbabue).
- 27-VI-1978 H. Bernard Lisson (69), Bowalino (Alemania), 21-VIII-1909. Entró en la Compañía el 8-X-1931, Provincia de Zimbabue. Mecánico, fusilado en Magondi (Zimbabue).
- 27-VI-1978 P. Gregor Richert (48), Tannsee (Alemania), 10-V-1930. Entró en la Compañía el 14-IX-1948, Provincia de Alemania Septentrional. Párroco, fusilado en Magondi (Zimbabue).
- 26-X-1978 P. Gerhard Pieper (38), Berlín (Alemania), 18-VI-1940. Entró en la Compañía el 5-III-1959, Provincia de Zimbabue. Biólogo, fusilado en Kangaire (Zimbabue).
- 24-II-1979 P. Francis Louis Martinseck (67), Export (Pennsylvania, USA), 12-XI-1912. Entró en la Compañía el 30-III-1932, Provincia de Patna. Capellán, muerto por arma de fuego en Mokame (India).
- 14-VII-1979 P. Bernard Darke (53), Bournemouth (Inglaterra), 19-VII-1925. Entró en la Compañía el 24-VII-1946, Provincia Británica. Fotógrafo, acuchillado en Georgetown (Guyana).

- 7-III-1980 P. Mathew Mannaparambil (42), Arakulan (Kerala, India), 14-VI-1938. Entró en la Compañía el 1-VII-1960, Provincia de Patna. Párroco, muerto por arma de fuego en Sasaram (Bihar, India).
- 22-III-1980 P. Luis Espinal Camps (48), San Fructuoso de Bagues (España), 4-II-1932. Entró en la Compañía el 14-VIII-1949, Provincia de Bolivia. Periodista, torturado y maltratado a muerte, acabado con ametralladora en La Paz (Bolivia).
- 13-IV-1981 P. Godofredo Alingal (59), Dapitan (Zamboanga, Filipinas), 24-VI-1922. Entró en la Compañía el 30-V-1940, Provincia de Filipinas. Párroco, muerto por arma de fuego en Kibawe (Bukidnon, Filipinas).
- 2-VIII-1981 P. Carlos Pérez Alonso (45), Briviesca (Burgos, España), 24-X-1936. Entró en la Compañía el 6-X-1952, Provincia de Castilla. Capellán, «desaparecido» en Guatemala.
- 14-III-1985 P. Nicolas Kluiters (45), Delph (Holanda), 25-V-1940. Entró en la Compañía el 7-IX-1965, Provincia del Oriente Medio. Párroco, raptado y asesinado en Nabha, Líbano.
- 30-X-1985 P. João de Deus Gonçalves Kantedza (55), V. Mouzinho (Tete, Mozambique), 8-III-1930. Entró en la Compañía el 1-VII-1951, Provincia de Portugal. Párroco, asesinado en Chapotera (Tete, Mozambique).
- 30-X-1985 P. Silvio Alves Moreira (44), Rio Meão (V. da Feira, Portugal), 16-IV-1941. Entró en la Compañía el 24-X-1957, Provincia de Portugal. Párroco, asesinado en Chapotera (Tete, Mozambique).
- 6-IV-1987 H. Vicente Cañas Costa (48), Alborea (Almería, España), 22-X-1939. Entró en la Compañía el 21-IV-1961, Provincia del Brasil Septentrional. Misionero, acuchillado en Mato Grosso (Brasil).
- 24-IX-1987 P. André Masse (47), Decazeville (Aveyron, Francia), 17-VIII-1940. Entró en la Compañía el 18-X-1958, Provincia de Francia. Escritor. Muerto por tiro de pistola en Saida (Sidon, Líbano).
- 29-V-1988 P. Jean de Boisséson (78), Boisséson (Francia), 11-VI-1910. Entró en la Compañía el 11-XI-1928, Provincia de Madagascar. Misionero, acuchillado en Tananarive (Madagascar).
- 1-VI-1989 P. Sergio Restrepo (50), Medellín (Colombia), 19-VII-1939. Entró en la Compañía el 12-XII-1957, Provincia de Colombia. Párroco, muerto por arma de fuego en Tierralta (Colombia).
- 12-XI-1989 P. Raymond A. Adams (54), Nueva York (USA), 25-V-1935. Entró en la Compañía el 30-VII-1953, Provincia de Nueva York. Profesor, acuchillado en Cape Coast (Ghana).
- 16-XI-1989 P. Segundo Montes (56), Valladolid (España), 15-V-1933. Entró en la Compañía el 21-VIII-1950, Provincia de Centroamérica. Superior de la comunidad de la Universidad Centroamericana, UCA, profesor, muerto por arma de fuego en San Salvador (El Salvador).
- 16-XI-1989 P. Ignacio Ellacuría (59), Portugalete (Vizcaya, España), 9-XI-1930. Entró en la Compañía el 14-IX-1947, Provincia de Centroamérica. Rector Universitario, muerto por arma de fuego en San Salvador (El Salvador).
- 16-XI-1989 P. Ignacio Martín-Baró (47), Valladolid (España), 7-XI-1942. Entró en la Compañía el 28-IX-1959, Provincia de Centroamérica. Profesor, muerto por arma de fuego en San Salvador (El Salvador).
- 16-XI-1989 P. Juan Ramón Moreno (56), Villatuerta (Navarra, España), 29-VIII-1933. Entró en la Compañía el 14-IX-1950, Provincia de

- Centroamérica. Profesor, muerto por arma de fuego en San Salvador (El Salvador).
- 16-XI-1989 P. Amando López Quintana (53), Cubo de Bureba (Burgos, España), 6-II-1936. Entró en la Compañía el 7-IX-1952, Provincia de Centroamérica. Profesor, muerto por arma de fuego en San Salvador (El Salvador).
- 16-XI-1989 P. Joaquín López y López (71), Santa Ana (El Salvador), 16-VIII-1918. Entró en la Compañía el 31-I-1938, Provincia de Centroamérica. Director nacional de Fe y Alegría, muerto por arma de fuego en San Salvador (El Salvador).

BIBLIOGRAFIA

- Bangert, William V. (1981), *Historia de la Compañía de Jesús*, trad. Tomás Rodríguez Miranda, Sal Terrae, Santander.
- Batllori, Miguel (1972), «Historia y cultura de la Ilustración» (Reseña), en *Fabri Monumenta, Beati Petri Fabri, Primi sacerdotis e societate Jesu. Epistolae, Memoriale et Procesus*, Gabrielis López del Horno, Madrid.
- Batllori, Miguel (1979), *A través de la història i la cultura*, Monestir de Montserrat, Barcelona, pp. 307-316.
- Beristain, Antonio (1986), *Derecho Penal y Criminología*, Temis, Bogotá.
- Beristain, Antonio (1990), *De leyes penales y de Dios legislador (Alfa y Omega del control penal humano)*, Edersa, Madrid.
- Beristain, Antonio, y Cuesta, José Luis de la (Comps.) (1990), *Victimología*, Universidad del País Vasco, San Sebastián.
- Beristain, Antonio, y Neuman, Elías (1989), *Criminología y dignidad humana (Diálogos)*, Depalma, Buenos Aires.
- Berrigan, Daniel (1975), *Amor y paz al final. Parábolas, plegarias y meditaciones*, trad. Cristina Morales de Rodríguez, Diana, México.
- Bleistein, Roman (1990), «Deutsche Jesuiten im Widerstand gegen den Nationalsozialismus», en Sievernich, Switek (Comps.) (1990), *Ignatianisch, Eigenart und Methode der Gesellschaft Jesu*, Herder, Freiburg im Breisgau, pp. 478-494.
- Bolle, Pierre-Henri (1989), «Le sort de la victime des actes de violence criminels, en Droit Pénal suisse: de l'enfer au paradis», en Cuesta, J. L., de la; Dendaluze, I, y Echeburúa, E. (Comps.) (1989), pp. 53-64.
- Callahan, William J., y Higgs, David (Comps.) (1979), *Church and society in the Catholic Europe of the eighteenth century*, Cambridge University Press.
- Campomanes, Pedro R. de (1977), *Dictamen Fiscal de Expulsión de los Jesuitas de España (1766-1767)*, Edición, introducción y notas de Jorge Cejudo y Teófanos Egido, Fundación Universitaria Española, Madrid.
- Caro Baroja, Julio (1978), *Las formas complejas de la vida religiosa. Religión, sociedad y carácter en la España de los siglos XVI y XVII*, Akal, Madrid.
- Cuesta, José Luis de la; Dendaluze, Iñaki, y Echeburúa, Enrique (Comps.) (1989), *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián.
- Cuesta, José Luis de la (1990), *El delito de tortura. Concepto. Bien jurídico y estructura típica del artículo 204 bis del Código Penal*, Bosch, Barcelona.
- Dalmases, C. (Ed.) (1977), «Processus Complutenses de Sancti Ignatii sociorumque vita et doctrina», en *Fontes documentales de S. Ignatio de Loyola* (1977), Colección Monumenta Historica Societatis Iesu, vol. 115, Institutum historicum Societatis Iesu, documento 71, Roma, pp. 319-349.

- Dünkel, Frieder (1990), «Fundamentos victimológicos generales de la relación entre víctima y autor en Derecho penal», en Beristain, Cuesta (1990), pp. 159-182.
- Ellacuría, Ignacio, y Sobrino, Jon (1990), *Mysterium liberationis. Conceptos fundamentales de la teología de la liberación*, dos tomos, Trotta, Madrid.
- García-Pablos, Antonio (1989), «La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal», en Cuesta, Dendaluz, Echeburúa (1989), pp. 193-197.
- García-Villoslada, Ricardo, y Laboa, J. M. (1980), *Historia de la Iglesia católica*, T. IV, BAC, Madrid.
- García-Villoslada, Ricardo (1986), *San Ignacio de Loyola. Nueva Biografía*, BAC, Madrid.
- Gendreau-Massaloux, Michèle (1977), *Héritage et création: recherches sur l'humanisme de Quevedo*, Librairie Honore Champion, París.
- Guillermou, Alain (1970), *Los jesuitas*, trad. R. Alvarez, que sais-je?, de lengua castellana, oikos-tau, Barcelona.
- Häring, Bernhard (1989), *Mi experiencia con la Iglesia. Diálogos con G. Licheri y documentos de un Proceso*, trad. M. Gómez Ríos, 2.ª ed., PS, Madrid.
- Hernández Montes, Benigno (1989), «Colegio de la Compañía de Jesús», en Fernández, M.; Robles, L., y Rodríguez-San Pedro, L. E. (Comps.) (1989), *La Universidad de Salamanca, T. I: Trayectoria histórica y Proyecciones*, Universidad de Salamanca, Salamanca, pp. 391-405.
- Hobe, Konrad (1989), «Viktimisierung durch die Strafrechtspflege und den Strafvollzug», en Cuesta, Dendaluz, Echeburúa, pp. 257-264.
- Isla, José Francisco de (1979), *Anatomía del Informe de Campomanes*, Introducción y notas del P. Conrado Pérez Picón, Institución Fray Bernardino de Sahagún, Diputación Provincial, León.
- Khalil Gibran, Gibran (1978), *El Profeta*, trad. J. M. Vergara, Pomaire, Barcelona.
- Landrove, Gerardo (1990), *Victimología*, Tirant lo blanch, Valencia.
- Lohfink, Norbert (1988), «Wo sind heute die Propheten?», *Stimmen der Zeit*, núm. 206, pp. 183-192.
- Loyola, S. Ignacio de (1977), *Obras Completas*, transcripción, introducciones y notas de I. Iparraguirre y C. de Dalmases, 3.ª ed., BAC, Madrid.
- Mir, Miguel (1913), *Historia interna documentada de la Compañía de Jesús*, Imprenta de Jaime Raten, Madrid, T. II.
- Neuman, Elías (1984), *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Universidad, Buenos Aires.
- Olaechea, Rafael (1964), «En torno al ex-jesuita Gregorio Iriarte, hermano del Conde de Aranda», en *Archivum Historicum Societatis Jesu*, Roma, pp. 157-210.
- Revuelta, Manuel (1984), *La Compañía de Jesús en la España Contemporánea, T. I.: Supresión y reinstalación (1868-1883)*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid.
- Rivera Vázquez, Evaristo (1989), *Galicia y los jesuitas. Sus colegios y enseñanza en los siglos XVI al XVIII*, Fundación Barrie de la Maza, La Coruña.
- Rodríguez Manzanera, Luis (1988), *Victimología. Estudio de la víctima*, Porrúa, México.
- Schneider, Hans Joachim (1989), «La posición jurídica de la víctima del delito en el Derecho y en el Proceso penal. Nuevos desarrollos en la política criminal de los Estados Unidos, de la República Federal de Alemania, del Consejo de Europa y de Naciones Unidas», en Cuesta, Dendaluz, Echeburúa, pp. 379-394.
- Silva, Jesús M.ª (1990), «Innovaciones teórico-prácticas de la Victimología en el Derecho penal», en Beristain, Cuesta, pp. 75-82.

Código Penal y Ley Orgánica

JOAN JOSEP QUERALT

Catedrático de Derecho Penal.

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

Letrado del Tribunal Constitucional

SUMARIO: A) Planteamiento. B) Reserva de Ley. C) Ilegalidades sobrevenidas: a) Art. 452 bis d) Código Penal; b) Art. 65 Código Penal; c) Art. 67 Código Penal. D) Clase de Ley: ley ordinaria versus ley orgánica: 1. Concepto. 2. Tesis: ley orgánica como ley penal. 3. Análisis de los antecedentes. 4. Art. 25.1 CE: cláusula sancionadora penal y administrativa. 5. El «ejercicio» del derecho al principio de legalidad. 6. Inexistencia del derecho al «rango». 7. Conclusiones.

A) PLANTEAMIENTO

El rango normativo que deban revestir en España las leyes penales sigue siendo una cuestión polémica, pese a la no poca jurisprudencia constitucional recaída sobre la materia.

Previamente a esta cuestión habrá de analizarse en primer término, a modo de artículo de previo pronunciamiento, una temática que precede a la reserva de ley orgánica, cual es la de la reserva de ley en materia penal; en este apartado revestirá especial importancia, ante la práctica preconstitucional de la legislación delegada sin límite objetivo, es decir, que podía efectuarse la delegación sobre cualquier materia, el grado de cumplimiento de las habilitaciones previas. A continuación se pasará revista a la evolución doctrinal y jurisprudencial-constitucional en materia de reserva de ley orgánica para la regulación de las leyes penales. A mi entender no puede efectuarse un completo análisis del tema propuesto sin plantearse la problemática de las leyes penales en blanco, es decir, sin plantearse las dificultades que la inmisión reglamentaria plantea para la correcta formalización de las leyes penales.

B) RESERVA DE LEY

No resulta innecesario recordar lo que la jurisprudencia constitucional ha venido a recordar, a saber, que el *principio de legalidad encierra*

una doble garantía: una de carácter material y otra de carácter formal (1). Ello supone que el principio de legalidad tiene una vertiente en la que su contenido es constitucionalmente relevante (mandato de certeza, por ejemplo) y otra en al que el ropaje, solemnidad o jerarquía de la misma coadyuva esencialmente a la preservación del citado contenido. Ciertamente, y a reservas de lo que más abajo se diga, la garantía formal responde a la necesidad de asegurar el contenido material. El grado de intensidad de esta garantía formal varía en función del contenido a asegurar, por un lado, y de la tradición, de otro. Así, el propio Tribunal Constitucional no se muestra exigente en materia disciplinaria o sancionadora gubernativa en cuanto al nivel jerárquico de la norma, requiriendo, eso sí, la habilitación legal de la potestad, pero no directamente el del precepto sancionador (2). Por lo que hace referencia a la tradición, el Bundesverfassungsgericht ha considerado ajustado a la Grundgesetz el que la *lex* sea sólo *lex scripta* y acepta, por tanto, reglamentos y disposiciones corporativas (Satzungen) (3), lo cual, huelga decirlo, tiene no poco peso entre nosotros.

Ahora, precisamente, nos interesa ese segundo elemento integrador de la garantía que constituye el principio de legalidad penal, es decir, el *formal*. En efecto, al menos en lo que hace referencia al Derecho

(1) Cfr., entre otras, SSTC 8/1981 —f.j. 4—, 156/1984 —f.j. 2—, 101/1988 —f.j. 2—. Vid., igualmente, Rodríguez Mourullo, *NEJ*, XIV, 1971, p. 888; Cobo-Boix, «Garantías institucionales del Derecho sancionador», en *Comentarios a la legislación penal* (M. Cobo del Rosal, dir.), I, 1982, p. 192; Boix Reig, «El principio de legalidad en la Constitución», en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal* (A. Asúa ed.), 1983, p. 54; Cobo-Vives, *Derecho Penal*, PG, ³1990, p. 61.

(2) Cfr., por ejemplo, las SSTC 42/1987 y 3/1988. En la primera se declaró nula la sanción gubernativa impuesta a la empresa propietaria de un casino, impuesta en virtud de la normativa sectorial, por carecer la Administración de una norma habilitante previa, lo cual hacía nula tanto la sanción como la capacidad sancionadora autocedida por la Administración. En cambio, la segunda resolución constitucional resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada a la vista del rango normativo de las disposiciones sancionadoras en materia de cumplimiento de seguridad pasiva por parte de establecimientos comerciales y de crédito. En este segundo supuesto, tras complejos razonamientos, se consideró que la potestad sancionadora gubernativa tenía suficiente base legal y se mantuvo tanto la sanción como la normativa.

3. Vid., en la jurisprudencia alemana, *BVerfG* 14, 174 [185] y 26, 186 [203 y ss.]; cfr., además, Wassermann, «Art. 103.2», en *Kommentar zum Grundgesetz*, 1984, n.m. 47; Eser, en *Schönke/Schröder*, ²³1988, § 1 n.m. 8; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, ⁴1988, pp. 103 y ss.; Dürig, *Grundgesetz, Kommentar*, IV (1960), ⁶1989, Art. 103, II, n.m. 106; Rudolphi, en *Systematischer Kommentar (SK)*, ⁵1989, § 1, n.m. 4. Con todo, las privaciones de libertad han de acordarse mediante una ley formal, pues ello es consecuencia, no del art. 103.2 GG, sino de la específica previsión del art. 104 GG; así *BVerfG* 25, 285 y 26, 31 —42— y la doctrina acabada de citar. No obstante, es de señalar que existe una doctrina minoritaria que requiere, en todo caso, ley formal para las leyes penales; así H. Mayer, *Strafrecht*, 1953, p. 85; Holtkotten, «Art. 103.2», n.n., 3 c., en *Bonner Kommentar*, 7, ⁴1983.

criminal, se predica una *reserva de ley*. Para lo que aquí importa y sin perjuicio de lo que más abajo se diga sobre las leyes penales en blanco, lo cierto es que el Tribunal Constitucional ha admitido, en principio, la *reserva absoluta de ley* (4). Salvo contadas excepciones (5), ha sido una afirmación, cuando no reivindicación, constante de la doctrina (6). En consecuencia, en este punto al menos existe coincidencia entre la doctrina tradicional y la jurisprudencia de garantías constitucionales; es más, podría afirmarse que dicha jurisprudencia no ha venido sino a *confirmar* toda una línea doctrinal y jurisprudencial de corte garantístico en sintonía con lo que cabe esperar de un Estado de Derecho.

La reserva de ley supone, como es bien sabido, que sólo por ley, es decir, por un acto normativo emanando de las Cámaras legislativas, pueden ser regulados ciertos aspectos de la realidad social y, en concreto, los que hacen referencia a restricciones de derechos y libertades de los ciudadanos e imposición de cargas y gravámenes a que aquéllos pueden verse sometidos. Uno de estos aspectos es, desde luego, el del campo de los derechos y libertades públicas y fundamentales y, en concreto, el de la garantía penal. Ello es consecuencia, sin adelantar por ahora otras conclusiones, de la dicción literal del artículo 25.1 CE, que alude a que la punición de los comportamientos penales e ilícitos administrativos sólo puede acontecer de acuerdo a la *legislación* vigente. Bien es cierto que el término «legislación» puede ser entendido como sinónimo de ordenamiento, es decir, en sentido amplio y, por tanto, comprensivo de todo tipo de normas y, también, por supuesto, en sentido propio, es decir, referido única-

(4) Así, cfr. SSTC 11/1981 —f.j. 5—, 15/1981 —f.j. 2—, 25/1984 —f.j. 3—, 140/1986 —f.j. 5, 42/1987 —f.j. 3—, 101/1988 —f.j. 4.

(5) Recientemente, Rodríguez Devesa, «Una versión aberrante de las fuentes del Derecho Penal», en *Homenaje a Pérez-Vitoria*, 1983, tras dirigir epítetos tan faltos de certeza como de tino contra el sistema de fuentes que, por fin, impera en el Derecho Penal español, de modo que pueda hablarse de Estado de Derecho [«tortuosa e inexacta la interpretación del art. 81, apart. 1, de la Constitución (p. 836); el argumento en que se basa la llamada “reserva de ley orgánica”, es por demás deleznable» (*ibidem*), «falacia» (p. 838), y «grotescas anomalías» (p. 839)], considera como fuentes del Derecho Penal, además de la Ley, tanto el decreto-ley como el decreto legislativo. Más atemperadamente, pero igualmente falto de razón, en *Derecho Penal español*, PG, ¹⁴1991, pp. 180 y ss. En definitiva, con el criterio criticado *se deroga el principio de legalidad por el de necesidad*. Por su parte, Lamarca, *REDC* (20), 1987, p. 107, considera que nada se opone a interpretar el término legislación en el sentido de rango de ley o incluso en el más limitado de ley formal.

(6) Para Jescheck, *Lehrbuch*, ⁴1988, p. 112, es el Derecho Penal el ámbito en el que se realizan con más fuerza las garantías del Estado de Derecho; en sentido similar, Boix Reig, *El principio* (n. 1), 1983, p. 53. Por tanto, no es de extrañar que, cuando tales garantías no reinaban en nuestro país, aquéllas fueran, con todo, reclamadas; cfr., por todos, Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, 1975, pp. 84 y ss.; Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 1976, p. 143.

mente a Ley (7). La exactitud terminológica es de exigir al legislador, si quiere ser tomado en serio. Por ello ha de partirse de la seriedad del legislador, seriedad que se afina al máximo —y, por tanto, se exige y se presume al máximo—, cuando estamos en presencia no de cualquier legislador, sino del máximo legislador, es decir, del constituyente (8).

Lo que antecede implica, a mi juicio, no entender como sinónimas las expresiones «ordenamiento jurídico» y «legislación vigente», al menos en sede de principio de legalidad. Las razones son de diversa índole. Por un lado, la evolución de la discusión parlamentaria del precepto parece apuntar claramente al criterio aquí sostenido (9). Así es, pudiendo haber empleado el constituyente para confeccionar el artículo 25.1 Ce la expresión ordenamiento, se decantó finalmente por el de legislación; el que la razón de ello fuera o no el sometimiento de las infracciones y sanciones administrativas al principio de legalidad (10), antes que contradecir la solución ratificada por el Tribunal Constitucional, la corroboraría. De otra parte, no deja de ser curioso que de haberse redactado al disposición constitucional en cuestión, utilizando la expresión «ordenamiento jurídico» en lugar de la que realmente se ha utilizado, la discusión garantista en el sentido de la reserva de ley casi ni podría dar inicio. En materia de derechos y libertades ciudadanas ha de regir el principio de la interpretación más acorde con el propio derecho que se ve afectado, pues de lo contrario el derecho o libertad desaparece en la práctica por más que perdure sobre el papel (11).

(7) Por su parte, Serrano Alberca, «Art. 25.1 CE», en *Comentarios a la Constitución* (F. Garrido Falla, dir.), 1980, p. 319, entiende que, en todo caso, en la expresión legislación vigente no cabe ni la jurisprudencia ni la costumbre. Desde otro contexto, Parada, *RDBB* (2), 1981, p. 316, afirma «es necesario que en una interpretación razonable se patentice que la Constitución utiliza el término ley o legislación en sentido formal y no material, y de forma tan general y categórica que impida al legislativo la deslegalización.»

(8) Si, como ocurrentemente ha dicho Schünemann, *Nulla poena sine lege*, 1978, p. 39, el principio de legalidad no sólo ha de tomarse en serio, sino que podemos tomarlo en serio, quien primero lo ha de hacer es el legislador.

(9) Vid. un resumen de la evolución legislativa en Cobo-Boix, *Comentarios* (n. 1), I, 1982, pp. 195 y ss. Sobre el tortuoso camino seguido en la elaboración del art. 25.1 CE insiste, de nuevo, Boix, en *El principio* (n. 1), 1983, p. 58; cfr. *infra* apartado 3.

(10) Cfr. Cobo-Boix, *Comentarios* (n. 1), I, 1982, p. 191; por su lado, Bustos, «Las fuentes del Derecho y el principio de legalidad sancionatoria», en *Las Fuentes del Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho, Estudi General de Lleida, 1983, p. 102, habla de «principio de legalidad sancionatoria».

(11) Vid., SSTC 76/1987 —f.j. 3—, 18/1988 —f.j. 3—, 61/1988 —f.j. 2—; cfr., además, de Otto, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades», en L. Martín-Retortillo/I; de Otto, *Derechos fundamentales y Constitución*, 1988, pp. 111 y ss., donde llega a idéntica solución, tras acotar lo que haya que entender por contenido esencial de un derecho o libertad fundamental.

Aceptar —o tolerar, lo cual sería evidentemente peor—, que cualquier norma de rango distinto a ley (12) pueda, sin base legal, someter a pena, medida o sanción administrativa un comportamiento, lleva a dinamitar el principio de legalidad y hace añicos el principio de seguridad jurídica, del que el de legalidad, recordémoslo de nuevo, no es más que una manifestación (13). Piénsese lo que sería que el Gobierno central o uno autonómico, las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y los Plenos de las Corporaciones locales (Diputaciones, Cabildos y Municipios) pudieran tipificar y sancionar conductas, si ello fuera posible por no impedirlo el artículo 149.1, 6.^a CE y fuera viable en virtud de los apartados 1 y 2 del artículo 150 CE. Si en materia penal, como de contrario sucede en materia administrativa, fuera factible la deslegalización, resultaría que desde el punto de vista normativo sí estaría equiparado, sacando de contexto la frase de Welzel, matar a un hombre y a un mosquito. Lo cual nos lleva a un argumento que no será ésta la única vez que se utilice. *Se trata de saber por qué, si la sanción criminal es una de las máximas ingerencias estatales, cuando no la máxima, en la esfera de la personalidad del ciudadano individual, la ingerencia no va acompañada de la mayor formalidad prevista, ella sí, en el ordenamiento jurídico* (14). La controversia, empero, no se centra, justo es reconocerlo, en una previsión legal de carácter general, sino, en un doble frente, como habrá ocasión de comprobar: en el del carácter de la reserva de ley; es decir, en su nivel de exigencia, o lo que es lo mismo: se plantea la cuestión de hasta qué punto el reglamento puede suplir a la Ley creando tipos y/o sanciones. La otra cuestión, que será abordada a continuación, es la de saber si el Código Penal y las demás

(12) No se trata aquí la cuestión de los Tratados Internacionales, normas diferentes a la ley, aunque no superiores, como fuente de Derecho, y, más concretamente, como *fuerza directa de Derecho Penal*, es decir, como norma conteniendo incriminaciones y penalidades o medidas de seguridad, y no se trata por la razón de que su existencia parece sumamente improbable; así, Cobo-Vives, *PG*, 31990, p. 125. En cambio, no sería desdeñable el efecto desincriminador en una determinada materia —importación-exportación de capitales, por ejemplo— como consecuencia de que España hubiera suscrito un convenio internacional —o regional— en el que se levanten las restricciones al tráfico transfronterizo de capitales.

(13) Así, con toda rotundidad, la STS 150/1989, f.j. 5 I: «El principio de legalidad penal reconocido en el art. 25.1 de la Constitución es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del derecho estatal sancionador. En este sentido se vincula, ante todo, con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también en el derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica (SSTC 62/1982 y 133/1987), así como con la prohibición de la arbitrariedad y en el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, que garantizan el art. 24.2 y el art. 117.1 de la CE, especialmente cuando éste declara que los Jueces y Magistrados están “sometido únicamente al imperio de la ley”».

(14) En sentido similar, cfr. Arroyo, *REDC*, (8) 1983, pp. 31 y ss.

leyes penales han de revestir el rango de ley orgánica; aun más: se trata de saber si, en el caso de que se haya respondido afirmativamente a la primera pregunta, de si tal rango lo ha de revestir en toda su extensión o sólo en algunos de sus pasajes.

Pero, como cuestión previa, ha de efectuarse un repaso, si bien somero, a la observancia del principio de reserva de Ley por parte del texto que la CE se encontró a su entrada en vigor y si éste ha quedado sanado posteriormente.

C) ILEGALIDADES SOBREVENIDAS

Aunque en sus líneas maestras el Código Penal vigente esté muy enraizado en el Código Penal de 1848-50, formalmente su texto es el resultado de las sucesivas reformas que se plasmaron, de acuerdo a la Ley 44/1971, en el texto refundido de 1973 (15). Como es obvio, desde tal fecha acá, se han producido no pocas modificaciones del máximo texto punitivo; siguiendo a Gimbernat (16) en su edición anotada del vigente Código Penal, que sólo recoge un listado de disposiciones «en la medida en que aún tienen alguna vigencia», se han producido 35 modificaciones legales del Código Penal; es decir, prácticamente, una cada seis meses desde 1973. De éstas, las más profundas son las de 1983 —Ley Orgánica 8/1983— y la efectuada por Ley Orgánica 3/1989. Pese a este cúmulo de reformas, quizá por estar en vigilia permanente a la espera de un Código Penal de nuevo cuño, no se ha publicado ningún texto refundido. La refundición era ciertamente posible hasta el 29 de diciembre de 1978; desde esa fecha, en virtud del artículo 82.5 CE tal posibilidad permanece excluida para aquellas materias que, en mayor o menor extensión, han de ser reguladas por leyes orgánicas (17).

(15) La L 44/1971, sobre reforma del Código Penal, contenía una disposición final por la que se conminaba —que no autorizaba— al Gobierno para que, en el plazo de un año, contado a partir de la entrada en vigor de la misma, publicase un texto refundido de aquél. Como no era infrecuente en el régimen anterior —la Ley de Régimen local de 1955 estaba habilitada desde 1945—, los órganos competentes se tomaron su tiempo; el texto refundido no se publicó sino hasta el D 3076/1973, o sea, dos años más tarde.

(16) *Código Penal*. Edición preparada por E. Gimbernat, Madrid, 8^o 1991, p. 19.

(17) Cfr., en sentido similar, aunque ciertamente algo dubitativo, Serrano Alberca, «Art. 25.1 CE» (n. 7), 1980, p. 320. Ello es resultado de que únicamente cabe que se confeccionen textos refundidos en materias sobre las que quien emite una autorización —que no es una delegación— de refundición tiene plena competencia. Leído el apartado 1 del art. 82 CE salta a la vista que, sistemáticamente interpretado todo el art. 82 CE, este precepto tiene como objeto de atención las delegaciones legislativas en las que no es necesario —o no procede, según se entienda— *ratio materiae* emitir una ley

En este estado de cosas conviene recordar que la primera refundición reciente es la que surge de la Ley de Bases de 19 de julio de 1944, que se plasmó en el Decreto de 23 de diciembre siguiente por le que se aprueba el texto articulado del Código Penal del nuevo régimen; posteriormente la Ley de Bases 79/1961 se dicta para revisar y reformar de nuevo el texto punitivo, concluyendo mediante un texto, denominado texto revisado, de 1963. Este devenir finaliza, como se ha dicho, formalmente en 1973. Todo el seriado de reformas, mediante la técnica de leyes de bases y de textos refundidos, está abocado, para lo que aquí interesa, a una consecuencia poco alagüeña: incluso a la luz de la pretendida legalidad del régimen anterior, *las autorizaciones que las leyes de bases contenían fueron, en algunos supuestos, desbordadas por los refundidores y revisadores*. Lo cual no deja de ser sorprendente, habida cuenta de la ausencia de división de poderes en el régimen anterior y, por tanto, choca que el mismo autorizante se saltara su propia autorización. Esta dislexia legislativa no tendría, afortunadamente, ahora —no antes— mayor interés que el histórico; sin embargo, las ilegalidades que señalaremos han pasado al texto penal, que el régimen político que regula Constitución de 1978, ha hecho suyo. Si, además, con no poca generosidad el Tribunal Constitucional ha entronizado la norma *tempus regit actum* (18) y ha tratado los reglamentos del antiguo régimen, más que por su naturaleza por su denominación, habrá que concluir que, lo que era ilegal con anterioridad a la entrada en vigor de la CE, lo será igualmente después de tal entrada, máxime no existiendo, por no poder existir, legislación delegada en materia de leyes orgánicas, y el Código Penal, como habrá ocasión de demostrar y la práctica legislativa, en todo caso, confirma, es una ley orgánica.

A lo que alcanzo a ver existen tres clamorosos ejemplos de ilegalidad (19) en la formulación de tipos y penas o medidas en el vigente

orgánica. Dado que, con uno u otro alcance, como habrá ocasión de ver, las leyes penales son, como mínimo, parcial y mayoritariamente, normas con rango de ley orgánica, no será factible ni delegar en el Ejecutivo la confección total o parcial de supuestos de hechos y consecuencias jurídicas en materia jurídico-penal ni, consecuentemente, autorizar al Gobierno para la refundición de la normativa penal existente; cfr. Mir Puig, *Derecho Penal*, PG, ³1990, p. 21, n. 29.

(18) Cfr. STS 15/1981 —f.j. 7—. Ahora bien, no es menos cierto que otras resoluciones han señalado que la proyección garantista del texto constitucional sobre los derechos fundamentales es plena si no se han agotado los efectos de las situaciones anteriores a su entrada en vigor (SSTC 29/1981 —f.j. 7—, 110/87 —f.j. 2—). Con todo, téngase presente que, si una norma preconstitucional es constitucionalizada por reformas posteriores, incluso postconstitucionales, estas reformas posteriores hacen suyos los contenidos no reformados (STC 105/1988, f.j. 1); ello no quiere decir que lo que era ilegal sea sanado por la asunción posterior.

(19) Otros supuestos han pasado, en virtud de sucesivas modificaciones del Código Penal, a mejor vida. Con todo, una pequeña referencia a alguna de las más clamorosas perlas de la reforma de 1944 no parece fuera de lugar. Así, con independencia de su

Código Penal, debido a que no se ajustan a las previsiones contenidas en las leyes de bases desarrolladas por los decretos que las alumbraron.

a) En primer término, tal como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (20), el artículo 452 bis d) 1.º I hace referencia, entre los posibles sujetos activos, a los encargados de los locales en los que se ejerza la prostitución. Pues bien, la figura de los encargados, ni aún dilatando la imprecisa base novena de la Ley 79/1961, en su párrafo IV (21), puede considerarse incluida entre los sujetos que menciona, a saber, dueños, gerentes, administradores y personas que participen en la financiación de los citados locales. Los encargados de tales establecimientos deben ser incluidos, pues, en el párrafo II del citado precepto penal y recibir, por tanto, menor pena que la que corresponde a los sujetos del citado primer párrafo.

La razón, ocioso resulta repetirlo, estriba en la *falta de cobertura legal* del redactor del decreto de 1963.

b) Otro ejemplo de crasa ausencia de la debida habilitación legal cabe observarse en el sustitutivo penal del artículo 65. En efecto, dicho precepto establece que, al menor de dieciocho años y mayor de dieciséis podrá, o bien rebajársele la pena en uno o dos grados, o bien

calidad técnica, de algunas mejoras en la parte general y de las consecuentes connotaciones políticas, pueden entresacarse, a título meramente enunciativo, algunas de aquéllas. La primera de las irregularidades radicaba en la redacción dada al art. 8, 2.º, que ha estado en vigor hasta 1983, consistente en la entrega a la autoridad gubernativa de los menores de edad penal que el Tribunal Tutelar de Menores considerara conveniente (art. 2.1.º); además de ser esta dejación uno de los muchos baldones que caían sobre la llamada Jurisdicción Tutelar de Menores, lo cierto es que nada había regulado, en tanto que ley formal al respecto, por lo que podía producirse desde la más absoluta impunidad a la mayor de las crueldades; ello tampoco era de extrañar, teniendo en cuenta la alegalidad de la citada jurisdicción [cfr. Jiménez Quintana, *CPC* (20), 1983, pp. 575 y ss.], inconstitucionalidad, finalmente declarada por el Tribunal Constitucional muy recientemente: STC 36/1991. Otra de las perlas, ésta en la base del art. 2.13 de la citada ley de bases, es la de estructurar unos determinados robos en torno al *robo normal* (*sic*). Existe, además, una tercera que es realmente indicativa de lo que se podía entender antes de 1978 por Estado de Derecho; en efecto, el art. 2.º 8.ª establece que el título de las blasfemias se contraerá a un solo artículo que definirá el delito «y establecerá la pena que han de aplicar los Tribunales», o lo que es lo mismo: el redactor del texto refundido, el autorizado, tenía las manos libres para establecer la pena que estimase pertinente; el delito de blasfemia ha dejado de serlo en virtud de la Ley Orgánica 5/1988.

(20) Vid. SSTS 2-7-1980, 27-10-1984, 25-4-1988, 12-3-1990; cfr., en idéntico sentido, Cerezo, *Curso de Derecho Penal español*, PG/1, 3 1985, p. 166.

(21) «De acuerdo con los principios informadores de los convenios internacionales y la legislación abolicionista, se castigará a los dueños, gerentes, administradores y personas que participen a sabiendas en la financiación de locales en los que se ejerciere la prostitución o cualquier otra forma de corrupción, así como a las personas que también a sabiendas sirvieran a los mencionados fines en los referidos locales.»

sustituir ésta por internamiento es una institución especial de reforma hasta corregir su corrección. La primera parte del precepto, es decir, la atenuación obligatoria de extensión facultativa viene a ser una constante en nuestra historia penal (22). La segunda parte, en cambio, resulta manifiesta inconstitucional por no estar cubierta por las bases de julio de 1944 (23) y, además, por establecer una medida de duración indeterminada (24).

Si bien es cierto que esta medida, debidamente sanada su cobertura legal y establecida su limitación temporal, no resulta desacertada, no es menos cierto que se trata de un parcheo ante la carencia de un Derecho penal infantil y juvenil en España digno de tal nombre (25). Ni la jurisdicción de menores, por la normativa que aplica —incluso con independencia de la dificultad sobrevenida de aplicar directamente la Constitución en materia de garantías sin intermediación de la Ley, aunque sin dejar de tenerlo en cuenta—, ni los centros y/o condiciones en que las medidas que se adopten han de cumplirse o verificarse reúnen someramente los requisitos de educación y corrección necesarios para que tales medidas surtan un efecto medianamente satisfactorio. Si el Derecho Penal para adultos, especialmente en su vertiente procesal y penitenciaria es manifiestamente mejorable, el Derecho Penal infantil y juvenil es totalmente impresentable en cualquiera de sus versiones (26), incluso ya, como se expone, desde la propia perspectiva normativa.

c) El tercer aspecto al que me refería más arriba es le de la figura contemplada en el artículo 67. Al igual que la anterior, fue introducida de matute por el refundidor de 1944, pero no por el redactor de la Ley de Bases, aunque los autores fueron los mismos. Al decir de la

(22) Vid. Casabó, «Art. 65», en *Comentarios al Código Penal* (Córdoba Roda-Rodríguez Morullo-Casabó Ruiz-Del Toro Marzal), II, 2^a 1976, pp. 288 y ss.; igualmente, Mir Puig, «Adiciones» a H.-H. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal* (trad. y notas de S. Mir Puig-F. Muñoz Conde), I, 1981, p. 614.

(23) Cfr. Casabó, *Comentarios* (n. 22), II, 2, 1976, p. 294.

(24) Sobre la exigencia de adecuarse al mandato de determinación tanto por parte de las penas como de las medidas de seguridad, vid. mi «Principio de legalidad penal», en prensa, cap. IV F), apartados 1) y 2), respectivamente.

(25) En la reciente STC 36/1991, el propio Tribunal Constitucional es consciente de que la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 de la llamada Ley de Tribunales tutelares de Menores de 1948 produce un vacío, vacío que deberá ser llenado por los jueces de menores, aplicando en su plenitud el art. 24 CE hasta tanto el legislador tenga a bien normar una esfera social necesitada de una atención preferente, pero, en cambio, siempre postergada.

(26) Cfr. Cobo, «Atenuante de minoría de edad y sustitución de la pena en el artículo 65 del Código Penal español», en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho en Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, 1970, pp. 444 y ss., 455 y ss., quien ofrece el panorama desalentador de hace ya más de dos décadas.

doctrina, el artículo 67 contiene una disposición a caballo entre la pena y la medida de seguridad, análoga al destierro (27).

Tal como sucedía con la medida prevista en el artículo 65, a su inconstitucionalidad por infracción del principio de habilitación legal, lo que le priva del carácter de *lex* en sentido formal, la medida del artículo 67 carece de límite y vulnera el principio acusatorio (28). A lo que alcanzo a ver, sólo la STS 24-9-1988 hace mención, aunque no saca conclusiones directas de ello, a la falta de cobertura de ley del artículo 67; es más, llega a afirmar que esta figura «surge hasta cierto punto *ex novo* con el decreto de 23 de diciembre de 1944, dado que su precedente, el artículo 106 del Código de 1928, había desaparecido sin dejar rastro en el Código de 1932».

D) CLASE DE LEY: LEY ORDINARIA *VERSUS* LEY ORGANICA

1. Las leyes orgánicas nos sitúan ante una cuestión novedosa y peculiar del ordenamiento jurídico español. Pese a su denominación, nada tiene que ver ni con la organicidad de ciertas leyes del franquismo, ni con su original francés. Supone, en todo caso, una institución propia del sistema jurídico postconstitucional (29) y, por tanto, una

(27) Cfr. Casabó, *Comentarios* (n. 22), II, 2, 1976, pp. 309 y ss. Igualmente es de ver que el art. 88 regulador del destierro contiene también un inciso relativo a la petición del ofendido sobre prohibición de que el reo vuelva al lugar donde cometió el hecho o al de residencia de aquél o de sus parientes próximos, inciso que carece del amparo de la Ley de Bases de 1944.

(28) Pese a lo que pudiera entenderse a la luz de la expresión legal «podrán acordar (sc. los tribunales)», es decir, un tono evidentemente facultativo, lo cierto es que ninguna restricción penal —como pena o medida— puede imponerse en Derecho español con vulneración del art. 24.2 CE, que es donde se contiene el principio acusatorio. Si bien es cierto que el principio acusatorio requiere la formulación de una imputación formal por un tercero diverso del juez para que el Tribunal proceda a la condena y que la acusación lo es de hechos, no de tipificaciones legales —por todas, STC 186/1990, ff. jj. 3 y 4—, lo cierto es que, al no tratarse de una pena anudada por imperativo legal a una acusación, ésta ha de ser solicitada por el acusador, no pudiendo ser impuesta, pues, de oficio por el órgano judicial enjuiciador. Igual suerte, pues, habrán de correr las penas facultativas: están sujetas al principio acusatorio.

(29) Cfr. de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 1987, pp. 112 y ss.; Linde, *Leyes orgánicas*, 1990, p. 14. Con relación a la figura de las leyes orgánicas es enormemente crítico Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho administrativo*, I, 1988, p. 564: «pavoroso cúmulo de problemas», p. 566, «diseño arbitrario e impreciso»; no obstante, acertadamente (p. 567) advierte: «Pero la presunta arbitrariedad del constituyente constituye un rasgo inseparable de la soberanía, a la que no es posible criticar desde el punto de vista de la lógica o de la sistemática: la Constitución es un texto

peculiaridad para cuyo análisis de poco ha de servir el recurso al Derecho y experiencias legislativas comparados.

Como es sabido la ley orgánica se caracteriza por sus notas diferenciales: tener un ámbito material predeterminado en la Constitución, y requerir su aprobación (modificación o derogación) la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados, en una votación final del conjunto del proyecto (30). Sin necesidad de entrar a ponderar la motivación del constituyente para instituir esta clase de leyes (31), lo cierto es que esta innovación requiere, si quiera apodócticamente, considerar que la ley orgánica no representa el escalón jerárquico en la escala de las disposiciones que denominamos leyes o, si se prefiere, disposiciones normativas con fuerza de Ley. Parece más correcto entender que la ley orgánica es una clase de norma que se distingue de las demás porque tiene *competencia* sobre una serie de aspectos (32), puesto que el constituyente no ha desnaturalizado el producto que siguen siendo las leyes, sino que ha querido organizar las competencias legislativas de las Cortes partiendo de contenidos materiales y procedimientos diferentes de elaboración de las normas (33).

Sea como fuere, una simple lectura del título de las leyes penales postconstitucionales, con la sola excepción, totalmente censurable, del Real Decreto-Ley 3/1979 (34) y de la Ley 40/1979, de control de cambios (35), nos lleva a la certeza de que las leyes penales en España tie-

político, no un trabajo académico, y sus parámetros de coherencia son completamente distintos a los de los productos intelectuales».

(30) Cfr. Linde (n. 29), 1990, p. 11.

(31) Cfr. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, I, ⁵1989, p. 150 y ss., donde se señala una cierta voluntad de retención del poder constituyente al confeccionar la institución de las leyes orgánicas.

(32) Cfr. el mismo, *op. cit.*, pp. 149 y ss., el listado de materias sometidas a ley orgánica.

(33) Vid. Linde (n. 29), 1990, p. 12.

(34) Cfr. Gimbernat, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal*, 1979, p. 23; Arroyo, *REDC* (8), 1983, p. 30; Lamarca, *REDC* (20), 1987, pp. 114 y ss; Cobo-Vives, *PG*, ³1990, p. 117. Siendo partidario de que sólo por ley orgánica pueden crearse delitos, estados peligrosos, penas y medidas de seguridad, carece de interés teorizar sobre la posibilidad constitucional del decreto-ley en materia criminal; ésta es, a mi modo de ver, una cuestión, salvo dislates como el expresamente perpretado en el Real Decreto-Ley 3/1979, afortunadamente superada. La polémica doctrinal es hoy ley orgánica/ley ordinaria, no ley/disposiciones para-o infralegales. Con todo, la STC 159/86, f.j. 3, considera adecuada la aplicación —para el delito de apología— del Real Decreto 3/1979, por ser norma más favorable en el asunto debatido.

(35) Esta disposición fue modificada por la Ley Orgánica 10/1983, adelantándose a las SSTC 140 y 160/1986.

Hoy queda sobre el tapete la Ley 39/1981, la llamada de Ley de Banderas, que ha sido cuestionada ante el Tribunal Constitucional por diversos órganos judiciales y en sus diversos apartados; así, las CCII 363/1988 y 175/1991. Dado que se trata de un tema subíndice, me limitaré a enunciar los problemas que dicho art. 10, a mi juicio,

nen el rango legal máximo. Este hecho podría *ope legis* evitar replantear y reproducir aquí la polémica sobre qué rango deben tener las leyes penales; no obstante, el tema dista aún de estar cerrado entre nosotros y es conveniente exponer, siquiera brevemente, el estado de la cuestión para formular una propuesta personal.

2. Dejando de lado, por no ser éste el lugar para terciar en la discusión, la ahora lánguida controversia sobre si la diferencia entre las leyes orgánicas y ordinarias es jerárquica o competencial, reitero mi preferencia por esta segunda corriente claramente mayoritaria. La adopción de esta postura no implica, por contra, adoptar algunos de los planteamientos subyacentes en la misma, singularmente los relativos a la petrificación del ordenamiento jurídico (36) ni que la confi-

plantea, con independencia de que su constitucionalidad haya sido suscitada o no. En primer término, nos hallamos ante el conflicto entre la libertad ideológica y de expresión, agudizado al máximo ante la redacción del tipo penal, producida en un sustrato concreto, con expresiones tales como «sentimiento de su unidad». En segundo término, como señala Vives, en *Derecho Penal, PE*, (M. Cobo del Rosal-T.S. Vives Antón-J. Boix Reig-E. Orts Berenguer-J.C. Carbonell Mateu), ³1990, p. 37, aparece la cuestión de la falta de rango de la L 39/1981: no es una ley orgánica. En tercer lugar, el apartado 1 del citado art. 10 añade una nueva figura a la de ultrajes, a saber la de «ofensas» [cfr. Calderón, en *CPC* (17), 1982, p. 362]. Los párrafos 2 y 3 del citado precepto imponen a los Tribunales un determinado modo de subsumir el hecho: siempre en el art. 123 Código Penal y siempre con publicidad; de este modo, no caben ni la impunidad ni otras figuras delictivas (desórdenes públicos, por ejemplo) ni la apreciación de otros elementos específicos o genéricos. Además, la letra del art. 10 da pie para entender que se pretende imponer doble sanción penal y administrativa —inconcretando ésta—, con lo cual, cuando menos, se vulnera el *ne bis in idem*. Por su parte, el apartado 4 del art. 10 castiga como delito de ultrajes lo que sólo parece ser una desobediencia. Por último, se produce una ampliación del anterior ámbito de lo punible al incluir las banderas autonómicas estatutariamente reconocidas; críticamente, Calderón, *op. cit.*, pp. 363 y ss. Sea como fuere, el tipo del art. 123 es tan poco recomendable que se propone su supresión. A este respecto recuérdese la jurisprudencia norteamericana sobre la indemnidad de la bandera; cfr. los casos *Minerville School, Dis. et al. versus Gobitis et al.* (3-6-1940) —negativa a saludar la bandera— y *Texas versus Johnson* (21-6-1989) —quema de la bandera: estos comportamientos no fueron considerados antijurídicos, sino ejercicio de derechos fundamentales.

(36) Por ejemplo, cfr. de Otto, *Derecho constitucional*, 1987, pp. 114 y ss; Santamaría Pastor, *Fundamentos*, 1988, pp. 568 y ss.; Fernández Rodríguez, *Curso*, I, ⁵1989, pp. 156 y ss.; en la misma tónica, alertado sobre el peligro de petrificación del ordenamiento, ha llamado la atención la jurisprudencia constitucional desde su primera resolución sobre la materia: STC 5/1981, f.j. 21 A). Sin embargo, sin dejar de admitir la necesidad de un ordenamiento jurídico fluido y de respuesta flexible a las necesidades sociales, no se ve qué pueda tener de más democrático el sistema de legislación ordinaria sobre el mixto vigente, tal como opina el autor citado en último lugar. Se me antoja que manejamos dos concepciones diversas de democracia, una liberal y otra constitucional, es decir, una en la que el legislador carece prácticamente de límites y en la que la ley es la expresión de la soberanía popular; la segunda, desde luego, más reciente, en la que, sin reputar en absoluto que el legislador sea un mero ejecutor de la Constitución (SSTC, 209/1987, f.j. 3; 194/1989, f.j. 3), es la norma suprema que tiene y retiene la

guración del ordenamiento jurídico por medio de leyes orgánicas tenga como ventaja la prosecución del consenso que alumbró la Carta Constitucional (37). La primera corriente pretendería reducir al mínimo la existencia de leyes orgánicas; los segundos, en cambio, quizá obtuvieran una excesiva rigidez legislativa, aunque en materia de libertades y derechos fundamentales, la rigidez legislativa, ante la flexibilidad gubernativa y, en no poca medida judicial, siempre que sea para su protección, no ha de considerarse nunca malvenida sino deseable (38).

Esta garantía se ve corroborada por la específica previsión del artículo 28.2 LOTC, que establece la declaración de inconstitucionalidad para aquellas leyes que, sin ser orgánicas, invadan la competencia de éstas; tal invasión puede acontecer normando *ex novo* un determinado aspecto o bien derogando o modificando por una ley ordinaria una ley orgánica. De este modo, aún reconociendo lo complejo que puede llegar a ser en algunos casos deslindar en una ley orgánica los aspectos que deben *ope constitutione* detentar tal carácter y los que, en razón de la conexión, quedan convenientemente regulados con una ley ordinaria, esta nueva apertura de inconstitucionalidad no deja de ofrecer una salvaguarda más en materia de protección de derechos y libertades públicas.

La idea garantista ha hecho que los penalistas españoles, en su mayoría, se hayan decantado por considerar que el rango a otorgar a las leyes penales sea el de ley orgánica (39), siendo minoría quienes

preeminencia normativa, exigiéndose que todo el ordenamiento que aquélla encabeza se le ajuste en plenitud. Desde este planteamiento, no resulta ilógico ni extravagante que el constituyente haya querido reservar, sean cuales fueren sus razones, incluso las espúreas, determinadas materias, en todo caso técnica, organizativa y políticamente esenciales (este es, desde luego, el hilo de conducción que resulta a los intérpretes tan difícil de encontrar), a un determinado procedimiento de regulación, si, como sucede en el caso de los derechos y libertades públicas, tal desarrollo ha de tener lugar (piénsese en la abolición de la pena de muerte, por ejemplo), desde esta concepción, pues, no parece, desde luego, menos democrático el haber sustraído al legislador ordinario y haber reservado al orgánico determinadas materias.

(37) Este es el directo testimonio de Alazaga, *La Constitución española de 1978*, 1978, p. 542; recogiendo esta inquietud, vid. Rodríguez Ramos, «Reserva de ley orgánica para las normas penales», en *Comentarios* (n. 1), I, 1982, p. 301; Fernández Rodríguez, *Curso*, I, ⁵1989, p. 150; sin embargo, la STC 76/1983, f.j. 2 b) lo desmiente expresamente para uno de los temas más conflictivos del desarrollo constitucional español: el sistema autonómico.

(38) En sentido similar, Rodríguez Ramos, «Reserva» (n. 37), I, 1982, p. 305; Boix Reig, *El principio* (n. 1), 1983, pp. 63 y ss.; Linde (n. 29), 1990, p. 96.

(39) Cfr. Muñoz Conde, «Adiciones» (n. 22), I, 1981, pp. 159, 191; Carbonell, *La justificación penal*, 1982, p. 113; Cobo-Boix, *Garantías* (n. 1), I, 1982, p. 197; Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, ²1982, p. 33, aunque hoy, en cambio, admite la ley ordinaria junto a la orgánica (PG, ³1990, pp. 88 y ss.); Rodríguez Mourullo, «Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte» en *Comentarios* (n. 1), I, 1982, p. 94; el

no opinaran de este modo (40). Tras las primeras resoluciones del Tribunal Constitucional (41), en las que se afirmaba que la organici-
dad de las leyes penales no se derivaba de la conexión entre los arts.
81.1 y 25.1 CE, la doctrina reaccionó ya sea aceptando plenamente
(42), con independencia de su conformidad, tales resueltos, o bien
con diversas matizaciones persistió en mantener que las leyes pena-
les han de revestir en toda su extensión el carácter de ley orgánica,
dado que el Tribunal Constitucional no cerraba la puerta a esta posi-
ción (43). Igual proceder ha seguido, como es notorio, el legislador.
El ejemplo del legislador no deja de ser sorprendente. Cabe pensar
que éste considera que en materia penal nunca son bastantes las
garantías.

Como acertadamente expone Arroyo (44), es difícilmente concebi-
ble mayor límite a la libertad que la privación de la libertad. Y por ello

mismo, «La Ley», 1987 (1), p. 76; Rodríguez Ramos, *Reserva* (n. 37), I, 1982, pp. 303 y ss.; Arroyo, *REDC* (8), 1983, pp. 31 y ss.; Boix Reig, «El principio» (n. 1), 1983, pp. 64 y ss. (70 y ss.); Cobo-Vives, «Introducción General: sobre la reserva de ley orgánica y ley ordinaria en materia penal y administrativa», en *Comentarios* (n. 1), III, 1984, pp. 14 y ss.; los mismos, *PG*, ³1990, pp. 63, 117; Queralt, *ADPCP*, 1985, pp. 318 y ss.; Higuera Guimerá, *Estudios de Derecho Penal*, 1989, p. 430; Prats, en Quintero-Morales-Prats, *Derecho Penal*, *PG*, ²1989, p. 45.

(40) Admiten la existencia de la ley ordinaria junto a la orgánica: Madrid Conesa, *Legalidad del delito*, 1983, p. 55, pero en *Reserva de ley en materia penal y capacidad normativa de las Comunidades Autónomas*, 1985, afirma plenamente la necesidad de ley orgánica; para este autor la cuestión es teórica, a la vista del art. 91, y, en consecuencia, considera que el ordenamiento exige, con todo, ley orgánica (pp. 55 y 29, respectivamente); Casabó, «La capacidad sancionadora de la Administración en el Proyecto de Código Penal», en *La Reforma penal y penitenciaria*, 1980, pp. 287/8, aunque inclinándose en razón del bien afectado del infractor por la ley orgánica, en la mayoría de supuestos; Cerezo, *Curso*, ³1985, pp. 154 y ss. Requieren exclusivamente, en cumplimiento de la reserva de ley, que ésta sea sólo ordinaria; Lamarca, *REDC* (20), 1987, pp. 125 y ss.; Mir Puig, *PG*, ³1990, pp. 80, 90. Admite los decretos legislativos y los decretos-ley Rodríguez Devesa, «Versión aberrante» (n. 5), 1983, *passim.*, y *PG*, ¹⁴1991, p. 181. Para Bustos, «Las fuentes» (n. 10), 1983, p. 112, y *PG*, 1986, pp. 74 y 82, la norma, que, en todo caso, deberá tener fuerza de ley, revestirá el rango que requiera su objeto, así ley orgánica para derecho fundamental e, incluso, decreto-ley o reglamento si no le afecta ningún derecho del art. 81.1 o se admite la ley penal en blanco. Este último grupo doctrinal queda deslegitimado a la vista de la contundente y constante doctrina constitucional respecto de la reserva absoluta de Ley en materia penal.

(41) *Vid.* SSTC 25/1984, ff. jj. 1 y 3; 32/1984, que reproduce la fundamentación de la anterior.

(42) Por ejemplo, Cerezo, *Curso*, ³1985, p. 154; Mir Puig, *PG*, ³1990, pp. 88, 90.

(43) Así, Queralt, *ADPCP*, 1985, pp. 318 y s.; Cobo/Vives, *PG*, ³1990, p. 63.

(44) *Vid.* *REDC* (8), 1983, p. 28, siguiendo a Cobo/Vives (—ahora—, *PG*, 4, 31990, p. 63), y a Muñoz Conde («Adiciones», n. 39), I, 1981, pp. 151, 191); igualmente, Rodríguez Ramos, «Reserva» (n. 37), I, 1982, p. 303; Boix Reig, «El principio» (n. 1), 1983, p. 57; en este sentido, STC 146/1986, f.j. 5.

no se ve con claridad cómo puede dejar de asignarse a las leyes penales el ropaje más garantista de leyes orgánicas. No se trata, pues, de una polémica nominalista, sino de una controversia esencialista: las leyes orgánicas para su aprobación requieren de la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados (art. 81.2 CE), su materia resulta indelegable (art. 82.1 CE) y sobre las materias objeto de ley orgánica no pueden dictarse decretos-ley (art. 86.1 CE) (45) ni dictarse leyes de comisión ni decretos legislativos; en cambio, las leyes ordinarias, además que sí pueden ver su objeto delegado e, incluso, normado por decretos gubernativos con fuerza de ley, pueden ser aprobadas en comisión, sin necesidad de pasar por el Pleno de las Cámaras (art. 75.2 CE). Es más, la materia propia de la ley ordinaria podría hasta regularse, cumplidas ciertas condiciones, por la Ley anual de Presupuestos Generales del Estado (46), con los consiguientes problemas en orden a

(45) Por tanto, es incomparable la opinión de Lamarca, *REDC* (20), 1987, p. 125, cuando afirma que, «en definitiva, lo que se debate no es la legalidad de los delitos y de las penas, sino tan sólo la exigencia de una mayoría reforzada». Si de lo que se trata es de reforzar y asegurar las garantías ciudadanas, no se ve en qué pueda ser considerado despectivamente tal reforzamiento constitucional de mayorías para aprobar determinadas leyes, aquí las penales. Por esto, la afirmación de Lamarca (*op. cit.*, p. 107) de que «la reserva de ley orgánica, con independencia ahora de que afecte o no al Derecho Penal, no es una reserva frente a la Administración, sino frente a unas mayorías parlamentarias que el constituyente juzgó endebles o insuficiente para legislar en determinadas materias» es ilustrativa respecto de la posición de quienes se oponen a que por medio de este tipo de disposición se discipline el Derecho Penal. Ciertamente, la reserva de ley orgánica no es una reserva frente a la Administración en sentido estricto, aunque, en virtud de los artículos 82 y 86 CE, la Administración, *rectior* el Gobierno, no podrá normar ni delegada ni urgentemente sobre no pocas materias. Pero resulta bien cierto que, para algunas materias, las del art. 81.1 CE, el constituyente consideró necesario asegurar mayorías determinadas. A mi modo de ver, ello responde, además de muchas cuestiones ya enunciadas por la doctrina, a otras dos no menos relevantes. En primer término, profundizar en el debate democrático y no sujetar la normación de instituciones básicas a vaivenes coyunturales, sino ligarlo a reflexión y pacto [sobre el fundamento político democrático-representativo —*sic*—, *vid.* Arroyo, *REDC* (8), 1983, pp. 12 y ss.; desde una perspectiva más general, de Otto, *Derecho Constitucional*, 1987, pp. 143 y s.]. Por otro lado, el constituyente debió ser igualmente consciente de la evolución del sistema político: en un sistema de gobierno apoyado por una mayoría parlamentaria, salvo en casos de mayorías aplastantes, el mero apoyo parlamentario al gobierno no basta para sacar adelante temas de fondo y que requieran especial acuerdo político y social. De este modo, el sistema español, que garantiza al gobierno una minoría asequible para su desenvolvimiento ordinario, dado que el sistema electoral prima la concentración del voto en lugar de su fragmentación, en cambio, pone hasta cierto punto cuesta arriba la política del rodillo parlamentario.

(46) Sobre el alcance de la influencia de la Ley anual de presupuestos en el sistema de fuentes, *vid.* SSTC 27/1981 y, fundamentalmente, 65/1987 —f.j. 4—; *cfr.* las consideraciones que sobre estas resoluciones efectúan L. Martín-Retortillo y Rodríguez Bereijo, en *La Ley de Presupuestos generales del Estado*, Madrid, 1989.

la inidoneidad del vehículo normativo y a la restricción del debate parlamentario (47).

Elegir, pues, entre una u otra forma legislativa, partiendo siempre de la reserva absoluta de ley, no resulta una cuestión baladí y, como se ha señalado, aún no está constitucionalmente cerrada (48), lo que permite continuar construyendo doctrinalmente el tema. Y para proseguir la andadura teórica en este campo, como en otros muchos, es imprescindible seguir la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, aunque, es justo reconocerlo, se manifiesta ciertamente indecisa (49). En efecto, al inicio de su andadura jurisprudencia, el más Alto Tribunal se inclinó, como se ha expuesto, por concebir el principio de legalidad criminal como un derecho fundamental; este diseño permitía abrigar fundadas esperanzas en el sentido de que se reforzara la parca dicción de la Magna Carta en materia penal, al igual que ha ocurrido en otras facetas del principio de legalidad, tales como la interdicción de la irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables (50) o la constitucionalización del *ne bis in idem* (51). Sin embargo, planteada una cuestión de constitucionalidad sobre el artículo 7 de la Ley 40/1979, por contener penas criminales sin revestir el rango de ley orgánica, el Tribunal Constitucional por medio de su STC 25/1984 declaró que de la combinación propuesta por el órgano cuestionante entre los arts. 81.1 y 25.1 CE no se desprendía la necesidad de que el principio de legalidad penal se materializara en una ley orgánica. Dejando de lado que, por ejemplo, en materia de control de cambios la intervención del reglamento es significativa con los consiguientes problemas en sede de reserva de ley, lo cierto es que esa doctrina se reiteró en la STC 32/1984 y se aplicó igualmente en el trámite de inadmisión de un recurso de amparo (52).

Sin embargo, planteado de nuevo un recurso de amparo contra una sentencia penal dictada bajo la vigencia del citado artículo 7 de la Ley 40/1979, el Tribunal Constitucional no sólo otorgó el amparo al recurrente (53), sino que el propio Tribunal se autoplanteó cuestión de inconstitucionalidad y por nueva STC 160/1986 declaró la nulidad del aludido precepto por falta de rango constitucional. En esta nueva secuencia decisoria, el Alto Tribunal declara que tal rango es una con-

(47) Resalta la preeminencia de la posición del Gobierno a la vista de la regulación constitucional (art. 134.1 y 6 CE) y de especial tramitación parlamentaria, Rodríguez Bereijo, *op. cit.* (n. 46), pp. 44 y s.

(48) Así, Cobo/Vives, *PG*, 31990, p. 63; en contra, Cerezo, *Curso*, 31985, p. 154.

(49) Cfr. Cobo/Vives, *PG*, 21987, p. 51; Lamarca, *REDC* (20), 1987, p. 128; Linde (n. 29), 1990, p. 106.

(50) *Vid.*, por ejemplo, SSTC 7/1981 —f.j. 3—, 126/1987 —f.j. 9.

(51) Así desde la STC 2/1981.

(52) *Vid.* ATC 87/1984.

(53) Cfr. STC 140/1986, cuya doctrina es reiterada posteriormente en la STC 122/1987.

secuencia de la combinación del artículo 81.1 CE y de los diversos preceptos en que se plasman los derechos fundamentales; dado que en el caso de autos se ponía en relación el mentado precepto y el artículo 17.1 CE, el Tribunal sí consideró que se afectaba al desarrollo de la libertad y que, en consecuencia, la imposición de una pena privativa de la misma debía de establecerse en una norma con rango de ley orgánica.

De la STC 160/1986 quedaba excluido cualquier posible pronunciamiento sobre otros temas de legalidad penal, como es el de la pena de multa, singularmente en lo tocante a la responsabilidad personal o subsidiaria o a penas que afectaran a otros derechos fundamentales diferentes de la libertad y seguridad personales. Ello resultaba consecuencia obligada del tenor literal de la STC 140/1986, que, si bien reconoce en su fundamento jurídico 5.º que las leyes penales desarrollan también otros derechos fundamentales, aquellos derechos no fueron objeto de debate en tal proceso constitucional (f. j. 7.º). Por tanto, y teniendo en cuenta la delimitación objetiva de ambas resoluciones, de las mismas cabe extraer la siguiente triple conclusión:

a) El Tribunal Constitucional fija como parámetro de rango de legalidad en materia penal el derecho del infractor que va a ser afectado por la sentencia condenatoria (54).

b) El principio de legalidad en sí mismo considerado, aunque concebido como derecho fundamental, no requiere ser desarrollado en su totalidad por ley orgánica.

c) Este modo de entender el principio de legalidad por parte del Tribunal Constitucional comporta cierta inseguridad, pues él mismo no centra con contundencia los términos del debate.

La fluctuación del Tribunal Constitucional resulta significativa a la vista de los procesos concretos que han motivado la primera de las resoluciones del Pleno (STC 25/1984) y la tercera (STC 160/1986), predeterminada ciertamente por la segunda (STC 140/1986). En efecto, la primera y la tercera de las resoluciones han sido dictadas en sendos procesos de control concreto de normas: la primera a propuesta de un Tribunal ordinario, a saber, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y la tercera por el mismo Pleno del Tribunal Constitucional. Como es sabido, en las cuestiones de inconstitucionalidad lo que se contrasta es el precepto de una disposición con fuerza legal con cualquier precepto constitucional y no solamente con los reguladores de los derechos fundamentales; desde esta perspectiva, la amplitud del proceso por control

(54) Así, ya con anterioridad, Casabó, «La capacidad sancionadora» (n. 40), 1980, pp. 288 y ss.; el mismo, «La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en la protección penal del medio ambiente», en *Estudios penales y criminológicos*, 1982, p. 252, pero sólo aquí, para las penas que «directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad».

concreto de constitucionalidad es mucho más mayor que el seguido en materia de garantías de los derechos y libertades públicos fundamentales. Esta mayor amplitud se ve incrementada, además, por poder declarar la inconstitucionalidad de la norma cuestionada por colisión con preceptos constitucionales distintos a los invocados por quien haya suscitado la inconstitucionalidad de la norma (art. 39.2 LOTC), y ello sin necesidad de acudir al trámite de audiencia previsto en el artículo 84 LOTC, lo cual permite una mayor agilidad y una potenciación del principio de oficialidad en esta modalidad de proceso constitucional.

Por otro lado, tras un inicial y posteriormente reiterado reconocimiento de dicho principio como un derecho fundamental en sí, es decir, tras reconocer la existencia de un derecho fundamental al principio de legalidad, el Tribunal Constitucional no considera que dictar normas penales tenga que, anudado al precepto constitucional en el que radica dicho derecho, requerir el instrumento formal de la ley orgánica. Esta conclusión la exige, empero, *a posteriori*, si el derecho del interesado que resulta afectado con la ejecutividad de la sentencia penal es un derecho fundamental. Ciertamente, entre esos derechos está el de la libertad y seguridad (art. 17.1 CE); y, tácitamente, se reconocen otros. A título de hipótesis no es fácil aventurar qué otros derechos pueden verse afectados en sentido similar al de la libertad y seguridad y requerir, por tanto, que tal afectación se estatuya en una disposición con rango de ley orgánica.

En primer término, para intentar realizar la tarea de identificación de los posibles bienes afectados por el *ius puniendi*, ha de partirse de una clara distinción que sobrepasa el ámbito lingüístico. Me refiero a que es forzoso distinguir entre afectación y lesión de un derecho o libertad. En efecto, la afectación de un derecho es consecuencia legítima e indisociable del ejercicio de tal poder estatal u otro de índole ablativa o restrictiva de derechos; y la lesión es, en cambio, claramente ilegítima. Ciertamente, la condena penal o el auto de procesamiento afectan al honor de los interesados, pero, sin embargo, no lo lesionan, desde el momento en que ambas medidas son consecuencia del recto ejercicio de un poder estatal en una situación predeterminada normativamente y para esos exclusivos fines (55). Centrada así la cuestión, la afectación de un derecho por una medida estatal legítima se presenta principalmente como consecuencia anudada al actuar público, no tanto como su objetivo esencial. Así, *con el Derecho Penal no se persigue, para continuar con el ejemplo del honor, deshonrar o estigmatizar a los ciudadanos que han infringido la ley*, sino algo diverso, a saber, la retribución de la culpabilidad o la prevención del delito, según las diferentes concepciones de los fines de la pena que se sustenten, siendo aquí indife-

(55) Cfr., por ejemplo, SSTC 79/1987, f.j. 3.

rente al presente objeto polemizar al respecto. De lo que se trata ahora es de poner de manifiesto algo que, en mi opinión, resulta evidente: el fin de la pena no es, en ningún caso, deshonorar al ciudadano, si bien no puede negarse el efecto estigmatizador que pueda tener la pena o la medida de seguridad (56). Así las cosas, argumentar la necesidad de que las leyes penales deban revestir el ropaje de la ley orgánica partiendo de esta realidad no parece llamado a obtener muchos éxitos.

Lo mismo cabe decir de las penas privativas o limitativas de derechos, como son las de inhabilitación y suspensión. Por un lado, el tener derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE), si bien se ve afectado por una condena penal, no es lo mismo haber sido condenado a no ejercer un cargo o función públicos que haberlo sido, y por mucha carga preventiva especial que tenga este tipo de pena (57), no es apartar al ciudadano venal de la función pública lo que se persigue monográficamente ni en general ni en particular. Cuando, por otro lado, la inhabilitación o suspensión hace referencia al ejercicio de una profesión u oficios no públicos, con menos razón aún puede argumentarse la relevancia constitucional de la pena.

Quizá sólo las penas restrictivas de libertad (extrañamiento, confinamiento y destierro), en la medida en que precisamente afectan a la libertad, deberían ser objeto, siempre siguiendo el planteamiento del Tribunal Constitucional, de regulación por medio de ley orgánica. Solución de parejo tenor cabría concluir respecto de la responsabilidad personal subsidiaria prevista (58) en el artículo 91 del Código Penal, cuya constitucionalidad ha sido declarada por la STC 19/1988. Para esta resolución, en primer término, responsabilidad personal subsidiaria no es equiparable, ni literal ni históricamente, a arresto a cumplir en esta-

(56) Como señala ahora Mir Puig, *PG*, ³1990, p. 90, a quien sigue Lamarca, *REDC* (20), 1987, pp. 123 y s., no toda pena afecta al honor ni tiene efecto estigmatizador. Esta autora propone, como ejemplo, la privación del permiso de conducir (*op. cit.*, *loc. cit.*, n. 83), lo cual puede ser discutible, dado que, como se señala al poco [*op. cit.*, pp. 123/4, siguiendo a Arroyo, *REDC* (7), 1983, p. 26], toda pena y todo proceso tiene un efecto estigmatizador. Puede ser cierto, empero, que se requiera para verificar esta tesis y su contraria una comprobación empírica (Lamarca, *op. cit.*, p. 124). Pero una mera aproximación a la cuestión demuestra que ni todo el mundo tiene la misma autoestima, ni ésta coincide con la fama; piénsese en el ejemplo propuesto del permiso de conducir o en las condenas por el curiosamente denominado delito de insumisión. Con todo, insiste en la carga ético-social que supone el mero hecho de sentar a alguien en el banquillo Rodríguez-Mourullo, *La Ley*, 1987 (1), p. 77.

(57) El aspecto preventivo especial de las penas privativas de derechos (cfr. mi *Obediencia debida en el Código Penal*, 1986, p. 87) no es óbice para alterar el planteamiento del texto: el fin del Derecho Penal no es chicanear a los ciudadanos, sino, reitero, prevenir la comisión de delitos.

(58) Así, Boix Reig, «El principio» (n. 1), 1983, pp. 63, 67; Madrid, «Legalidad» (n. 40), 1983, p. 56; Cobo/Vives, «Introducción» (n. 39), en *Comentarios*, III, 1984, p. 14; Mir Puig, *PG*, ³1990, p. 89.

blecimiento penitenciario (59); y, en segundo término, para lo que aquí interesa, su previsión no es contraria al artículo 17.1 CE, toda vez que tal lo es por ley orgánica (60).

Es más, de iniciarse la andadura que apuntó el Código Penal de 1932 (61), y que la referida STC 19/1988 ha vuelto decididamente a reabrir, tanto el arresto domiciliario como otras medidas restrictivas de la libertad (62), evitadoras del arresto sustitutorio (63) comportarían limitaciones de la libertad que, por afectar al artículo 17.1 CE, deberían ser objeto de regulación por medio de ley orgánica.

Proseguir en este camino de determinación de los bienes del penado que se ven afectados (64) comporta una necesaria autonomización o, por el contrario, un reduccionismo a la libertad. La primera solución significa que, aunque el Código Penal, tomando como ejemplo la ley penal más carismática, tuviera, como tiene, el ropaje normativo de ley orgánica en su conjunto, pudiera en algunos de sus pasajes ser reformado o, incluso, innovado, por ley ordinaria. Ello sería factible, pues, como sabemos, el criterio que sigue el Tribunal Constitucional para considerar la organicidad de una materia no es el de la congelación de rango, sino sus características materiales (65). Si bien ello sería técnicamente factible —siempre hablando a título de hipótesis—, el nivel de inseguridad *a priori* en que se hallaría el legislador, en un primer momento, y el Juez, a la hora de aplicar la

(59) Resalta esta interpretación más acorde con la letra de la ley, que data de 1932, que la convencional de los tribunales ordinarios, Roldán Barbero, *ADPCP*, 1989, pp. 840, 861 y ss. Vid la reciente STC 230/1991 —f.j.6—, en sentido similar.

(60) Así lo entiende la propia STC 19/1988, f.j. 4, tras la reforma operada por la LO 8/1983. Téngase presente que, en todo caso, si bien no era exigible el rango de ley orgánica al art. 91 CP, por tratarse de una disposición preconstitucional (así, por ejemplo, STC 122/1987, f.j. 2, *in fine*), tal grado se viene a admitir *a sensu contrario*; de todos modos, la STC 105/1988, f.j. 1, ha venido a afirmar que las reformas posteriores de una ley preconstitucional y, por tanto, no orgánica, por otras posconstitucionales y orgánicas, vienen a dotar de este rango a todo el texto legal.

(61) En este sentido, Roldán, *ADPCP*, 1988, pp. 863 y ss.

(62) Cfr. el mismo, *op. cit.*, pp. 866 y ss.

(63) Curiosamente, Alonso de Escamilla, en *AP* (36), 1988, p. 1875 (inciso 3), pese a proponer entre sus conclusiones la no imposición automática del arresto sustitutorio ante el impago de multas, parte de la base (inciso 4) de que responsabilidad personal subsidiaria equivale a arresto carcelario.

(64) Así, Cobo/Boix, «Garantías» (n. 1), I, 1982, pp. 197 y ss., a quienes sigue Carbonell, *La justificación* (n. 39), 1982, p. 113; Cobo/Vives, «Introducción» (n. 39), III, 1984, pp. 13 y ss.; Cerezo, *Curso*, ³1985, p. 154, que ha modificado el suyo anterior (²1981, p. 181), que, en esencia, afirmaba que el criterio decisivo para determinar la categoría de norma legal era el bien del condenado afectado por la pena. Claramente en contra de este sistema interpretativo, pero sin llegar a considerar el principio de legalidad penal como un derecho fundamental, Rodríguez Mourullo, *La Ley* (1), 1987, pp. 7 y ss.

(65) Vid. SSTC 76/1983, 137/1986 —f.j. 3—, 26/1987 —f.j. 15.

normativa en cuestión, pugnaría con un sistema que pretenda recabar para sí cierto nivel razonable de seguridad jurídica. La segunda opción que permitiría imponer, en todo caso, el nivel de ley orgánica a las leyes penales sería reconducir cualquier afectación a la de la libertad, dado que, en efecto, en mayor o menor medida, más o menos directamente, la libertad resultaría siempre afectada. Con todo, para adoptar esta segunda solución, se toparía con un segundo problema, además del reduccionismo ya reseñado: el Tribunal Constitucional no concibe la libertad en sí como un derecho, sino que, según su inconcusa jurisprudencia, el artículo 17.1 CE contiene exclusivamente el derecho a la libertad física, tal como ha quedado gráficamente configurado en las SSTC 120 y 137/1990, ff. jj. 11 y 9, respectivamente: «No es tampoco pertinente encuadrar el problema en el ámbito del artículo 17.1 de la Constitución, en los términos que pretenden los recurrentes, dado que, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 126/1987, 22/1988, 112/1988 y 61/1990, por citar las más recientes), la libertad personal protegida por este precepto es la “libertad física”, la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual, pues esta clase de libertad, que es un valor superior del ordenamiento jurídico —artículo 1.1 CE—, sólo tiene la protección del recurso de amparo en aquellas concretas manifestaciones a las que la constitución les concede la categoría de derechos fundamentales incluidos en el capítulo segundo de su título I, como son las libertades a que se refieren el propio artículo 17.1 y los artículos 16.1, 18.1, 19 y 20, entre otros, y, en esta línea, la STC 89/1987 distingue entre las manifestaciones “de la multitud de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles” (o manifestaciones de la “libertad a secas”) y los “derechos fundamentales que garantizan la libertad”, pero que “no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones en su práctica, por importantes que sean éstas en la vida del individuo”.»

Teniendo en cuenta lo que antecede, no queda sino proponer la vía que se estima más acertada y que dará como conclusión la tesis aquí sostenida de que las leyes penales deben revestir, en general, el ropaje formal de la ley orgánica, tal como, por otra parte, ha venido siendo la práctica habitual, salvo las dos excepciones, ya superadas, de otro lado, reseñadas al principio de esta exposición.

3. A fin de poder formular una solución que se estima plenamente coherente con el planteamiento de nuestra Magna Carta ha de efectuarse, a mi modo de ver, un doble orden de precisiones. Por un lado, ha de efectuarse un somero repaso a la gestación constituyente del artículo 25.1 CE, y, por otro, habrá de tener presente la concentración en un único precepto del poder sancionador estatal en todas sus facetas.

Así pues, ha de recordarse que en el Anteproyecto de Constitución, su artículo 24 —una mezcla incompleta de los actuales artículos 24 y 25 CE—, en su apartado 3 establecía: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según el ordenamiento jurídico vigente en aquel momento, [ni] tampoco puede ser impuesta una pena o sanción más grave que la aplicable al tiempo de cometerse la infracción» (66).

La actuación de los grupos parlamentarios en la elaboración del actual artículo 25 CE, pese a la indudable trascendencia práctica del sistema penal y sancionador no fue especialmente brillante, salvo excepciones puntuales que serán de ver. No resulta excusable tal comportamiento, delatador de cierto desinterés sobre la materia, por más que se partiera de la redacción presentada por el Gobierno, integrado esencialmente por la extinta U.C.D., un tanto abigarrada y pretendidamente sincrética, tal como se desprende de la transcripción efectuada de dicho precepto. La entonces mínima, pero activa, Alianza Popular, dio a entender con sus enmiendas la inconveniencia de constitucionalizar el principio de legalidad; todo lo más podía incluirse, a su entender, como principio en los antecedentes del actual artículo 9 CE. El P.S.O.E., Convergència i Unió y el resto de Grupos parlamentarios, excepción hecha del Grupo Vasco, de parte del Grupo Mixto y de los Senadores Independientes Progresistas y Socialistas, no objetaron prácticamente la redacción inicial; lo que aconteciera entre bambalinas fue sustraído a la opinión pública y, por tanto, es irrelevante a nuestros efectos.

Al Anteproyecto se respondía por parte del Grupo Parlamentario de Alianza Popular con una enmienda que propiciaba la supresión de la mención del principio de legalidad «por no ser materias propiamente constitucionales» (67). Por su parte, el Parlamentario de este Grupo, señor López Rodó, en sus enmiendas personales al Anteproyecto de Constitución, propuso una redacción alternativa al entonces artículo 24, sin mención alguna del principio de legalidad. Es más, en la justificación de su aportación, afirma que «el texto (sc. el del Anteproyecto) propuesto es una mezcolanza de principios inconcretos, que no tienen sentido alguno sin un desarrollo legislativo, y que a menudo podrían suponer una extensión no prevista por los redactores. El apartado 3, por ejemplo, no es sino una repetición del principio de irretroactividad de las leyes penales y sancionadoras» (68).

De sentido totalmente contrario fue la enmienda del Grupo Mixto presentada por su portavoz, el Diputado señor Morodo Leoncio, miem-

(66) *Vid. Trabajos parlamentarios. Constitución Española*, Madrid, I, 1980, página 673.

(67) *Vid. Trabajos Parlamentarios, cit.*, I, p. 124.

(68) *Vid. Trabajos Parlamentarios, cit.*, I, p. 397.

bro del también extinto P.S.P. En efecto, la enmienda 476 es del siguiente tenor literal: «(...) 3. La responsabilidad penal es personal. 4. Nadie podrá ser condenado ni sancionado sino en virtud de ley anterior al delito o infracción, ni podrá imponerse ninguna sanción equivalente a las establecidas en las leyes penales, sino en virtud de ley previa y mediante resolución firme de los Jueces o Tribunales. 5. No obstante lo dispuesto en los dos números anteriores, las leyes penales y sancionadoras que favorezcan al sancionado tendrán efectos retroactivos con el alcance que dicha legislación determine. 6. No podrá ejecutarse pena o sanción alguna en forma distinta a la establecida por la ley. 7. El régimen penitenciario excluirá el principio retributivo de la pena, siendo su finalidad la de reeducación y reinserción social, debiendo salvaguardarse los derechos garantizados en este capítulo, con la única excepción de los que se vea expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio y el sentido de la pena. En ningún caso podrá imponerse la pena de trabajos forzados. 8. El Estado atenderá las necesidades familiares de los que, en consecuencia de un fallo condenatorio, se vean privados de libertad.» Y tal nueva y sugerente proposición se justificó como sigue: «Estimamos que debe recogerse expresamente el principio de legalidad en materia sancionadora, así como el de garantía constitucional en la materia. Se consagra, asimismo, el principio de personalidad de la responsabilidad penal y se regulan de manera más completa el sistema de garantías en la misma. Recogemos, por otra parte, la tendencia doctrinal progresiva de exclusión del carácter retributivo de la pena y excluimos los efectos desfavorables que la misma implica en la familia del delincuente» (69). A su vez, y para lo que aquí pudiera tener de interés, el Grupo Vasco presentó la enmienda n.º 603 que pretendía adicionar al texto del Anteproyecto una coletilla que recoge cierta práctica legislativa; así, se proponía añadir al párrafo 3 del artículo 24: «En caso de penas o sanciones de distinta naturaleza será oído previamente el interesado para determinar la penalidad más benigna.» La razón de tal adición estribaba, a juicio de los parlamentarios proponentes, en que «pudiendo acaecer que las penas establecidas en el momento de la comisión de la infracción y en el momento del juicio sean no ya más o menos graves, sino de distinta naturaleza, parece necesaria la audiencia al interesado para determinar la penalidad» (70). Mucho mayor alcance constitucional práctico tendría la enmienda n.º 605 del mismo Grupo, por la que se adicionó un párrafo 5 al citado artículo 24: «La Administración no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad» (71).

(69) *Vid. Trabajos Parlamentarios, cit.*, I, pp. 322 y s.

(70) *Vid. Trabajos Parlamentarios, cit.*, I, p. 368. Gimbernat, *Introducción* (n. 34), 1979, p. 24, recuerda que el Decreto de 23-12-1944, en su art. 4, establecía que había de oírse al reo en caso de duda sobre qué norma contenía la pena más favorable.

(71) *Vid. Trabajos Parlamentarios, cit.*, I, p. 368.

Estas enmiendas concluyeron con el dictamen de la Ponencia Constitucional que propuso, siempre para lo que aquí interesa, esta redacción para el apartado 3 del artículo 24: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según el ordenamiento jurídico vigente en aquel momento. Tampoco puede ser impuesta una pena o sanción más grave que la aplicable al tiempo de cometerse la infracción.» La génesis directa de esta nueva redacción la explicita, como sigue, la propia ponencia: «La Ponencia, con el voto en contra de los representantes del Grupo de Unión de Centro Democrático, mantiene el texto de este apartado, no aceptando las enmiendas n.º 2, del señor Carro Martínez; n.º 603, del Grupo Vasco, y n.º 691, del señor López Rodó» (72).

Sin embargo, el último punto del citado proyectado precepto desapareció en la propuesta que finalmente aprobó la Comisión Constitucional (73). El mismo texto se mantuvo inalterado tras el debate en el Pleno del Congreso de los Diputados (74).

En el Senado, el artículo 24 experimentó un cambio significativo que arranca de la enmienda n.º 1 del Grupo de Progresistas y Socialistas Independientes, cuyo primer firmante era el Senador Lorenzo Martín-Retortillo Baquer. En efecto, este Grupo pretendió incluir la siguiente redacción en tan citado párrafo 3 del artículo 24 del Anteproyecto: «Nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito según la ley.» La razón de tal radical modificación respecto de la redacción que fue aprobada en el Congreso de los Diputados la cifran los enmendantes en argumentos de fuste. Así: «1. Conviene consagrar el principio de legalidad en el sentido más estricto. La alusión al ordenamiento jurídico, aconsejable para otras regulaciones, sería aquí muy perturbadora, pues cualquier reglamento administrativo podría entrar a definir el ámbito de lo delictivo. Sólo la norma superior, la ley, debe ser aludida. 2. Es suficiente con mencionar sólo el delito, pues ya se interpreta que ahí quedan englobadas otras figuras, como las faltas. Esta idea se refuerza aludiendo a que nadie puede ser sancionado, fórmula amplia que cubre las variadas posibilidades. 3. Parece razonable no aludir a las infracciones administrativas para no constitucionalizarlas. Se trata de una de las facetas más criticables de estos últimos años. No por omitirse la mención queda desarmada la Administración pública. La constitucionalización hace ya irreversible el actual proceso tan degenerado» (75). Pese a lo contundente de la justificación, la redacción

(72) *Vid. Trabajos Parlamentarios, cit.*, I, p. 521.

(73) *Vid. Trabajos Parlamentarios, cit.*, II, p. 1807.

(74) *Vid. Trabajos Parlamentarios, cit.*, II, p. 2579.

(75) *Vid. Trabajos Parlamentarios, cit.*, III, p. 2666.

de la explicación resulta algo conceptuosa en relación a las infracciones administrativas.

Por su parte, una nueva enmienda, la n.º 2 del mismo grupo, propuso una redacción diversa a la precedente. A juicio del enmendante, el artículo 24.3 debía afirmar que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito, falta o infracción administrativa con arreglo a la ley». Tal modificación «postula el cambio de la expresión “ordenamiento jurídico vigente en aquel momento”, por con “arreglo a la ley”. Dos son los fines a los que la enmienda se orienta: suprimir la reiteración de la expresión “en el momento” y expresar que ninguna infracción administrativa podrá imponerse en virtud de norma con rango inferior al de ley» (76). A salvo de alguna propuesta de modificación terminológica, que tanto se prodigaron injustificadamente en el Senado (77), la Comisión Constitucional del Senado aprobó un nuevo artículo 25, cuyo apartado 1 reza así: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la ley vigente en aquel momento.» Idéntico texto fue aprobado por el Pleno del Senado (78). Finalmente, el Pleno del Congreso aprobó el acuerdo de la Comisión Mixta Congreso-Senado (79). La dicción de lo aprobado y del texto vigente no son, obviamente, coincidentes.

La génesis del actual artículo 25.1 CE, sintéticamente transcrita, permite hacerse una idea más cabal de los problemas que alberga el citado precepto y, hasta cierto punto, permite explicar algunas de las oscilaciones interpretativas habidas hasta el momento. Salta a primera vista un hecho singular: en la misma frase se recoge el principio de legalidad sancionador en todas sus facetas: penal (común y militar), disciplinario (común, militar, relaciones especiales de poder) y administrativo-sancionador. Las tres facetas sancionadoras estatales tienen dinámicas diversas, responden a necesidades diversas, aunque se entronquen en un vástago común y el principio de legalidad en la materia resulte irrenunciable si se trata de un Estado de Derecho.

4. Este repaso a la pequeña historia de la tramitación parlamentaria del Anteproyecto constitucional, en lo que al principio de legalidad penal se refiere, pone al descubierto una buena dosis de sincresis normativa, fruto de un compartible afán garantista y que, en todo caso, no

(76) Vid. *Trabajos Parlamentarios, cit.*, III, p. 2679.

(77) Vid., por ejemplo, la enmienda del señor Xirinachs Damians, en *Trabajos Parlamentarios, cit.*, IV, p. 2948.

(78) Vid. *Trabajos Parlamentarios, cit.*, IV, p. 4848.

(79) Las deliberaciones de esta Comisión no constan registradas, lo cual no deja de ser sorprendente; por lo que, en todo caso, habrá que estar a las memorias orales o escritas de sus protagonistas y espectadores más directos.

ha podido implementarse plenamente por el momento ante atavismos del pasado. En efecto, y sin necesidad de personalizar, una amplia corriente *iuspublicita*, en la que se insertaban no pocos penalistas (80), eran de la opinión, entiendo que a todas luces acertada, de que no existía una diferencia cualitativa entre injusto penal e injusto administrativo; únicamente existe una diferencia cuantitativa, es decir, de volumen de injusto y, por ende, de mayor volumen de pena o sanción. El que por razones de oportunidad la legislación no se ajuste, en la medida de lo necesario, a planteamientos que se entienden más acordes con un sistema de garantías y campe por sus respetos, no es obstáculo para la corrección básica de dicha posición. La posición contraria, la que alude a diferencias cualitativas entre ilícito penal e ilícito administrativo, centrándolo fundamentalmente en torno a la carencia de reproche ético de la infracción administrativa (81), literalmente no se tiene en pie. Olvida la carga ética de cualquier sanción jurídica, pues, de lo contrario, la infracción castigada sería meramente formal, sin sustrato material alguno, persiguiendo únicamente satisfacer los instintos sádicos del sancionante o saciar la voracidad recaudatoria. *Una sanción jurídica sin sustrato ético*, o, si se quiere, sin significación social, por mínima que sea, es contraria a la concepción del Derecho de un Estado democrático, pues *sería caprichosa e irracional*. Otra cosa es que, de la mano del creciente intervencionismo administrativo, la propia Administración, superando el límite que para las faltas prevé el Código Penal, establezca catálogos sancionatorios muy superiores (p. ej., en materia financiera, bursátil, de transportes...), para hechos nuevos o coincidentes con las descripciones penales; sin embargo, dejando de lado ahora las fricciones en sede del principio del *ne bis in idem*, una cosa es ese desbordamiento del marco tradicional, que en sí mismo no es negativo, y otra muy distinta que se alteren las estructuras de las sanciones. Si éstas se basan en los criterios de voluntariedad, tipicidad y antijuridicidad, depuradas dentro del proceso debido, tanto gubernativo como judicial, nada obsta a su corrección. Lo que se echa en falta es para estos supuestos un código general sancionador administrativo, cuyo embrión, con todo, está en los artículos 133 y siguientes de la LPA, puesto que, si la personalidad de la Administración es una, también lo ha de ser su

(80) Cfr., por citar sólo dos ejemplos ya algo lejanos, pero paradigmáticos, Casabó, *Comentarios* (n. 22), II, 1976, pp. 80 y ss.; Martín-Retortillo, «Sanciones penales y gubernativas», en *Problemas actuales de Derecho Penal y procesal*, 1971, pp. 12 y ss.; hoy, además, *vid.* Toriío, «Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)», en *Estudios jurídicos sobre la Constitución (Homenaje al Prof. E. García de Enterría)*, quien propugna una perspectiva valorativa, en todo caso próxima a la teoría cuantitativa.

(81) Cfr. una exposición de posturas en Casabó, *Comentarios* (n. 22), II, 1976, pp. 77 y ss.; el mismo, *La capacidad sancionadora* (n. 40), 1980, pp. 275 y ss.; Toriío, *Injusto penal* (n. 80), III, 1991, pp. 2537 y s.

código sancionador, singularmente en materia de garantías del procedimiento, que, en lo esencial, ha de respetar el previsto para la depuración de las infracciones penales (82).

Junto a las sanciones administrativas puras, es decir, las basadas en las relaciones ordinarias de poder, conviven las sanciones penales y disciplinarias militares y las disciplinarias administrativas, las de los colegios profesionales y las basadas en las etéreas e inespecíficas relaciones especiales de poder o de subordinación. Por supuesto, las sanciones criminales, sean comunes o militares, no pueden dejar de sustraerse ni un ápice al principio de legalidad. A este respecto es rotundo y taxativo el nuevo CPM en sus artículos 1, 4 y 20 (83). Ratifica legalmente, además, la falta de capacidad normativa e innovadora de los bandos penales militares que se desprendía de la propia Constitución (84).

(82) *Vid.*, ad exemplum, SSTC 18/1981 —f.j. 2—; 21/1981 —f.j. 10—; 2/1987 —f.j. 6—; 29/1989 —f.j. 6—. *Vid.*, además, Garberí, *PJ* (19), 1990, pp. 197 y ss.; Torío, *Injusto penal* (n. 80), III, 1991, pp. 2543 y ss.

(83) Rodríguez Devesa, *PE*, ¹²1989, p. 1290, considera que el principio de legalidad en el CPM se encuentra en el art. 20; la lectura de los arts. 1 y 4 CPM disipa cualquier duda al respecto. Cfr. para mayor provecho, la exposición de motivos del mismo CPM, cuyo segundo párrafo afirma, sin faltar a la verdad, que el nuevo texto, en su libro primero, proclama los principios de legalidad, culpabilidad, igualdad y de retroactividad de la ley más favorable. Su primer anotador, el Profesor y Auditor Millán Garrido («Prólogo», a *Código Penal militar y legislación complementaria*, ²1987, pp. 22 y 23), pone de manifiesto, en primer término, que el nuevo Código responde a una filosofía distinta al anterior CJM, filosofía que es la «derivada de los principios constitucionales y las líneas marcadas por la moderna ciencia jurídico-penal y seguidas por la mayoría de las legislaciones pertenecientes a nuestro ámbito sociocultural». En segundo lugar, resalta el pleno acogimiento en el CPM, junto a otros no menos importantes, de los principios de legalidad y culpabilidad. *Vid.*, igualmente, Blecua, «Art. 1.º», en *Comentarios al Código Penal Militar* (Blecua Fraga coord.), 1988, pp. 51 y ss.

(84) Hasta la reciente aparición del CPM existía una fuerte polémica sobre los bandos militares. Los criticaba Núñez Barbero (*ADPCP*, 1971, pp. 752 y s.) por quebrantar el principio de legalidad. En cambio, Rodríguez Devesa, *PE*, ⁸1980, pp. 1240 y ss., los consideraba inobjetables y mantenía que los bandos eran leyes materiales, sin que tal principio fuese vulnerado. Además, tras la reforma del CJM de 1980, algunos preceptos, como el artículo 286.5, aludían expresamente a la incriminación vía bandos militares. En puridad, la constitucionalidad de los bandos era nula, dado que, como pretendida disposición de rango de Ley, carece de apoyo en el texto de la Constitución. Si el Gobierno, en uso de las facultades de los decretos-ley, no puede atacar, entre otros, los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, mal lo puede hacer una autoridad administrativa de inferior rango. La cuestión ha sido zanajada por el reciente CPM al redactar correctamente, es decir, de acuerdo al principio de legalidad, su art. 1. Cfr., en este sentido, Arroyo, *REDC* (7), 1983, pp. 43 y s.; Cobo/Vives, *Introducción* (n. 38), III, 1984, pp. 16 y s.; Cerezo, *Curso*, ³1985, p. 156; *Manual de Derecho Penal español*, *PG*, ³1980, p. 73; Queralt, *Obediencia* (n. 57), 1986, p. 41; Blecua, *Art. 1.º* (n. 83), 1988, pp. 51/2; Higuera Guimerá, «Las fuentes del Derecho Penal militar en España», en *Estudios de Derecho Penal (Homenaje a J. M. Rodríguez Devesa)*, I, 1989, pp. 430, 432; en cambio, los admite Sainz Cantero, *Lecciones de Derechos Penal*, *PG*, II, 1982, pp. 12 y 102, si bien partiendo de una combinación entre el art. 35

La cuestión central estriba, pues, como ya se ha anunciado líneas más arriba, en la inclusión en el mismo precepto y, por consiguiente, en principio sometida a idénticas garantías, de la potestad sancionadora de la Administración, en todas sus vertientes, por un lado, y el *ius puniendi*, común y militar, por otro. Ya se ha señalado igualmente que pese a la identidad estructural de las infracciones penales y administrativas, cierta tradición (85) y una apelación a una necesidad que justifica con sobreentendidos (86) hace muy difícil en la práctica la equiparación. Equiparación que vendría dada no sólo por la identidad estructural de las infracciones, formando parte, de esta suerte, un mismo *continuum*, sino por la gravedad de las mismas. Con todo, se produce una preocupante relativización de las garantías que deben adornar el sistema sancionatorio en su conjunto, y no sólo el criminal. Esta *relativización*, que, en principio, es aceptable para las sanciones no penales equiparables a las faltas *si se basa en una potestad reglada por ley*, ha de tener en cuenta que la sanción gubernativa dista mucho de ser, en no pocos casos, la multa que impone el alguacil por tender la ropa en terrazas que

LOAES y el ya derogado art. 181 CJM. Ahora, Rodríguez Devesa, *PG*, 14/1991, pp. 1290 y ss., considera que su no previsión como fuente autónoma de penalidades, que no de delitos, es más contraproducente que positiva. No ha de olvidarse que, en la regulación constitucional vigente y no meramente legal, los bandos militares están sujetos al estricto control del Congreso de los Diputados; ello es así porque sólo puede incluirse en los bandos, a los efectos de determinar qué delitos serán juzgados por la jurisdicción militar, aquellas infracciones ya existentes previamente a decretar el estado de sitio y sometidas a las penas igualmente preexistentes (arts. 116.4 CE y 34 LOAES). Considerar que en la actualidad pueden crearse, ya fuere por el Congreso, ya fuere por las propias autoridades militares encargadas de administrar el estado de sitio, nuevos delitos y nuevas penas, incluso sin efectos retroactivos, supondría desconocer que la innovación del ordenamiento español, cuando se hace por ley, requiere el doble concurso del Congreso de los Diputados y del Senado. Dado que sólo se prevé una autorización del primero, autorización que ni tan sólo recibe el nombre de ley, sino de declaración, resulta manifiesto que ninguna innovación normativa puede acontecer; exclusivamente se trata de un desplazamiento y/o concentración de competencias preexistentes sin alterar el sistema de responsabilidades de los agentes públicos (art. 116.6 CE).

(85) Cfr., con toda claridad, como exponente paradigmático de la misma, Montoro Puerto, *La infracción administrativa*, Barcelona, 1965, pp. 269 y ss., para quien es infracción administrativa lo que está previsto en las leyes administrativas y penal, lo que como tal está previsto en las disposiciones penales; en idéntico sentido, pero desde otra perspectiva, Bajo, *Manual de Derecho Penal*, PE, II, 1987, pp. 414 y s. De este modo, la formalidad, es decir, la inclusión de un hecho en uno u otro sector, resulta preponderante, relegándose la entidad misma del hecho y el bien jurídico en juego. No existiría, pues, diferencia ni cualitativa ni cuantitativa entre dicho ilícito penal y gubernativo; así, Bajo, *ibídem*.

(86) Por contra, Casabó, *La capacidad sancionadora* (n. 40), 1980, pp. 289, 294 y s., se inclina por una aplicación estricta de los principios penales, sustantivos y procesales a las infracciones administrativas que, entiende, la Constitución ha reducido sensiblemente.

dan a la vía pública. Las penas administrativas sobrepasan constantemente el marco al que, en un primer momento, parecían que debían ceñirse, a saber, los bandos de policía y buen gobierno (art. 603 I), es decir, a medidas cuasipretorianas, cuya máxima eficacia reside, más que en el monto de la sanción, en el hecho mismo, incluso ya, de la denuncia.

Sin embargo, en ocasiones, la infracción administrativa recibe una pena superior a la que correspondería de verse sancionado el hecho en la vía penal (87). Pues bien, pese a esta identidad, y pese a que las sanciones administrativas (es decir, las que se imponen en sede de relaciones ordinarias, y las que imponen los Colegios Profesionales y las que se imponen en el ámbito disciplinario) el Tribunal Constitucional sólo exige para ellas un principio de legalidad atenuado, en la medida en que sólo se exige la previsión normativa de la infracción con anterioridad a su comisión. El que para las infracciones administrativas únicamente resulte exigible, según la interpretación que del principio de legalidad hace el Tribunal Constitucional, la garantía material del principio de legalidad y no la formal, es decir, la previsión de la infracción y de la sanción en una ley ordinaria (88), junto al hecho de que para las relaciones especiales de poder se haya considerado bastante la previsión reglamentaria (89), tiene como *consecuencia un debilitamiento del principio de legalidad criminal* (90). La estrecha relación literal entre los dos aspectos del poder sancionador estatal, el criminal y el administrativo en todas sus vertientes, si bien ha supuesto un indudable avance en el sometimiento a los parámetros constitucionales más elementales de la potestad sancionadora de las Administraciones, no ha supuesto que el principio de legalidad criminal desarrolle toda su virtualidad autónomamente en la jurisprudencia constitucional, es decir, sin necesidad de recurrir al auxilio de otros

(87) Cfr., a este respecto, por ejemplo, la pena de inhabilitación, cuya duración penal está limitada y nunca adquiere el carácter de medida perpetua; así, según los casos, hasta 12 años o 15 años, si es principal (arts. 31 y 75, 3.ª CP), y hasta 30 o 40 si acompaña a la reclusión mayor en grado máximo o prolongada (arts. 32, 75, 1.ª CP). Si, en cambio, se compara con la sanción de separación definitiva del servicio [art. 91.1.a) LFE], resulta más benigna la sanción penal que la administrativa, y no es seguro que la imposición de aquélla impidiera que el mismo funcionario sufriera también ésta; cfr. STC 234/1991, f.j. 2.

(88) Cfr., por ejemplo, con toda claridad, STC 2/1987, f.j. 2.

(89) Pese a que en ocasiones ha considerado el Tribunal Constitucional lo inespecífico de las relaciones especiales de poder, por ejemplo, STC 61/1990, f.j. 6.º, se ha requerido sólo la tipificación reglamentaria; así por ejemplo, SSTC 74/1985 —f.j. 2—, 2/1987 —f.j. 2.

(90) Cfr. Casabó, *La capacidad normativa* (n. 54), 1982, p. 249. Sin embargo, de esa relativización, contra la que existen argumentos constitucionales para oponerse, no se puede derivar el desleimiento del principio de legalidad como entiende el mismo autor. *ibidem*.

derechos fundamentales, como ha sido el caso del derecho a la libertad y a la seguridad.

Esta vecindad formal del principio de legalidad penal y el administrativo-sancionador ha sido, como acabo de señalar, contraproducente para el primero. En efecto, si para éste se predica la naturaleza de derecho fundamental, la lógica correspondencia sería la de que su desarrollo fuera, como impone el artículo 81.1 CE, por medio de una ley orgánica; pero, en tal caso, el principio de legalidad en materia de sanciones administrativas hubiera sufrido ciertamente un vuelco que, quizá —y esto es una pura conjetura—, hubiera dejado paralizada o, como mínimo, seriamente obstaculizada respecto de su práctica habitual durante cierto tiempo la potestad sancionadora de la Administración. Con todo, en este complejo campo normativo las contradicciones, propias de la instauración de un nuevo orden jurídico, se presentan con asiduidad. Así, en este contexto no deja de ser llamativo que, si bien el artículo 24 CE está pensado esencialmente para los procedimientos judiciales, y muy especialmente para el penal, el Tribunal Constitucional (91) y la doctrina no han tenido inconveniente (92), antes al contrario, de extender *mutatis mutandis* los principios rectores del proceso criminal al sancionador administrativo. Ello ha comportado un incremento sensible de las garantías, garantías que, por otra parte, ya estaban previstas en la LPA; cosa distinta es si, como sucedía, por ejemplo, con el atestado policial con anterioridad a la capital STC 31/1981, la práctica, devenida corruptela, había desbancado la redacción legal, empeorando la situación de los ciudadanos hasta convertirlos en súbditos.

5. No obstante, el interrogante y las contradicciones que aquí se formulan en relación a las dos realidades que, aunque conexas íntimamente, responden a necesidades diversas, no corresponde, lógicamente, solventarlo en estas páginas; aunque ciertamente, de la mano de la expresión normativa «legislación vigente», pueden obtener resultados satisfactorios en orden a garantizar la adecuada optimización máxima del sistema de garantías constitucionales ante la cuestión del principio de legalidad criminal. El que, a título de posible descripción de un entramado normativo y jurisprudencial, pueda darse la que se ha dado líneas más arriba, no debe obstar a la conclusión que, a mi entender, se deriva de la Constitución y de parte de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que aún no está cerrada. Esta conclusión no es otra que *si el principio de legalidad penal es un derecho fundamen-*

(91) Cfr., tempranamente, las SSTC 18 y 21/1981, f.j. 2 y ff. jj. 8 y ss., respectivamente, centrado el tema; vid., en el campo tributario la reciente STC 76/1990, ff. jj. 4 y ss.

(92) Así, cfr., por todas, Suay Rincón, *Sanciones administrativas*, 1989, pp. 165 y ss.; Garberí, *PJ* (19), 1990, pp. 197 y ss.

tal (93), la legislación que constituye su desarrollo debe acontecer por ley orgánica.

Ciertamente, las previsiones en cuanto a la intervención de la ley en relación a los derechos y libertades públicas fundamentales son diversas según se observen los tres preceptos constitucionales capitales en esta materia: los artículos 53.1, 81.1 y 86.1 CE. El primero de ellos, a los efectos de lo que aquí interesa, pese a algún intento doctrinal (94), carece de interés. Esta categórica conclusión se debe a que la mentada disposición sólo es aplicable a aquellos derechos que resulten ejercitables, pues tal es la terminología normativa. Salta a la vista que no todos los derechos fundamentales resultan ejercitables si por tal entendemos, como parece correcto, el usar de los mismos. Son, pues, ejercibles, libertades tales como las de información, culto, expresión, reunión o cátedra. No es ejercible, por contra, ni el principio de legalidad, ni tampoco la presunción de inocencia o el derecho a un proceso con todas las garantías. Estamos, pues, ante la clásica distinción entre libertades y derechos fundamentales, o entre libertades positivas y negativas. A estas últimas, como es el derecho al principio de legalidad, le es aplicable, en cambio, lo previsto en el artículo 81.1 CE, es decir, la necesidad de ley orgánica para su desarrollo.

La diferencia, pues, entre unos y otros derechos reside en su ejercitabilidad. De este modo, regular su ejercicio, y regular su ejercicio es desarrollarlo, deberá acontecer de la mano de la ley orgánica, deberá tener presente en todo momento la barrera infranqueable del contenido esencial de los mismos (art. 53.1 CE); más allá de este límite, ningún otro límite resultará constitucionalmente admisible. Por contra, *las libertades negativas carecen de ese límite intrínseco y expreso que es el de su contenido esencial* (95). Esto es debido a la ausencia de la característica de la ejercitabilidad. En la medida en que estas libertades negativas tienen como destinatario el poder estatal a fin de contenerlo, el Estado, cuando lo ejerce, respeta o no tal margen o ámbito, pero, si no lo respeta, no vulnera el contenido esencial del derecho en cuestión (aquí el principio de legalidad), sino que simplemente no lo respeta y lo vulnera sin más. Así, gráficamente, el principio de legalidad se cumple o no, pero no existe posibilidad intermedia. Ello, que no supone naturalmente la ausencia de límites al desarrollar tales libertades, se debe a que las prohibiciones son mucho más taxativas que los mandatos, por

(93) Así, verbigracia, las SSTC 8/1981 —f.j. 3—; 89/1983 —f.j. 1—; 2/1987 —f.j. 2—; 42/1987 —f.j. 1—; 133/1987 —f.j. 4—; 154/1990 —f.j. 3—. En el mismo sentido, *vid.* Mestre, *ADPCP*, 1988, p. 507; Bacigalupo, *Principios*, ²1990, p. 42.

(94) *Vid.* Casabó, *La capacidad sancionadora* (n. 40), 1980, pp. 287/8, aunque utiliza también el artículo 81.1 CE.

(95) Por contra, Cobo/Vives, *PG*, ³1990, p. 63, ven en la relación entre el art. 9.3 y 25.1 CE el contenido esencial del principio de legalidad.

más que su implementación práctica pueda comportar la superación de no pocos obstáculos técnicos, dogmáticos y políticos. Decir que nadie puede ser castigado, por ejemplo, más que si una ley prevé como delictivo su comportamiento antes de que perpetre el hecho, no puede llevar más que no castigar hechos cometidos con posterioridad a la promulgación de la ley en cuestión. En cambio, regular las condiciones del ejercicio de manifestación resulta algo más complejo ya *a priori*.

No obstante, tanto la regulación del ejercicio de un derecho ejercitable, como la plasmación de los aspectos de una libertad negativa, constituye, a mi modo de ver, una clara manifestación del desarrollo de un derecho fundamental en los propios y literales términos del artículo 81.1 CE. Es más, para lo que aquí nos ocupa, es decir, *para el principio de legalidad, la única posibilidad de desarrollo es la promulgación de una ley o leyes en las que se plasmen, por un lado, los comportamientos delictivos o supuestos de estado peligroso, y por otro, las consecuencias jurídicas que a las mismas se anudan.*

Desarrollar un derecho, ciertamente, es más amplio que afectarlo. Por tanto, la polémica sobre el alcance de los decretos-ley en materia de normación sobre derechos no alcanza al principio de legalidad, ni, en general, a las llamadas libertades negativas. Y ello es debido a que el principio de legalidad sólo puede ser desarrollado; únicamente una interpretación de lo que haya que entenderse por la afectación del artículo 86.1 CE, que no puede ser calificada sin sonrojarse, serviría de base para afirmar lo contrario (96).

Así las cosas, cabe ratificar plenamente a estas alturas la opinión ya enunciada de que siendo, como ha sido proclamado, el principio de legalidad penal un derecho fundamental, las leyes penales deben adoptar en toda su extensión la forma de leyes orgánicas y no de meras leyes ordinarias. Tampoco parece coherente con el sistema que se deriva de la

(96) Sin necesidad de reproducir el debate, cuyo resultado es conocido, sí conviene transcribir las palabras del, a la sazón, Ministro de Justicia, señor Lavilla, respecto de la expresión afectar con orden del debate de convalidación del R. D.-Ley 2/1979: «Yo afirmo la constitucionalidad material, por supuesto, del texto que estamos examinando, y cuando hablo de la constitucionalidad material digo que no hay confrontación contradictoria entre los términos del Decreto-Ley y los términos de la Constitución, y añado que, además, tiene constitucionalidad formal, que es la que se derivaría, entendido en el planteamiento, de los límites que respecto de los decretos-leyes resultan del art. 86 del texto constitucional. Porque no es lo mismo afectar a derechos o deberes que tratar de derechos y deberes, y no es lo mismo derechos y deberes meramente enunciados y enumerados, que derechos o deberes que sean regulados en el Título primero de la Constitución.» [Vid. Cortes, *Diario de Sesiones*, Congreso de los Diputados, 1979, núm. 2 (sesión 6-2-1979)], p. 54. A los efectos de la presente exposición, resulta irrelevante el alcance que se dé a la expresión afección o desarrollo; *vid.*, sólo, de otra opinión, Santamaría Pastor, *Fundamentos*, 1988, pp. 568 y ss.; desde la perspectiva penal, Arroyo, *REDC* (8), 1983, pp. 28 y ss.

Constitución el disponer una u otra forma legislativa en atención al bien sobre el que la sanción que recibe el ciudadano va a proyectarse. El principio de legalidad penal es un derecho fundamental en sí mismo y las leyes penales son las leyes que lo desarrollan en los términos, precisamente, del artículo 81.1 CE. En consecuencia, éstas han de revestir el carácter de leyes orgánicas. Por lo dicho, salvo en la medida en que puedan integrar una ley penal en blanco, las comunidades autónomas no tienen tampoco esta perspectiva capacidad sancionadora en materia penal.

6. Ha de recogerse una esencial afirmación de la STC 140/1986, contenida en el fundamento jurídico 6.º II. Se trata de que *no existe un «derecho al rango» de ley orgánica* (97).

En efecto, la razón por la que para el desarrollo de los derechos fundamentales se exige una norma con rango de ley orgánica no estriba en el citado pretendido derecho, sino en que el rango de la disposición, con indicación de su autor y procedimiento de elaboración, supone el establecimiento de un incremento de garantías para los derechos en cuestión. Cuando, como es aquí el caso, se trata de derechos fundamentales, el rango normativo ha de ser el máximo previsto en la Magna Carta. Con ello se logra, primero, que no sólo sea el Congreso de los Diputados quien emita una norma, cosa que también ocurre con las leyes de Comisión y, hasta cierto punto, con los decretos-ley tras su convalidación, sino que también nos aseguramos de que, por un lado, sea el Parlamento quien aprueba la norma y, por otro, que la norma sea tramitada siguiendo un procedimiento específico que se corona con la ratificación por parte del Pleno del Congreso de los diputados por mayoría absoluta del proyecto de ley. Es cierto que el *iter* procedimental parlamentario de las leyes orgánicas es más lento y rígido que el de las leyes ordinarias; pero no es menos cierto que con ello, amén de otras finalidades

(97) Con todo, la STC 159/1986, en su f.j. 2 d), afirma: «El rango de la norma aplicable y, en su caso, el tipo de Ley a que se encomienda la regulación o desarrollo de los derechos constitucionalmente reconocidos Ley Orgánica o Ley Ordinaria constituyen una garantía de los mismos, al suponer límites y requisitos para la acción normativa de los poderes públicos. La exigencia de que la norma penal que impone sanciones de privación de libertad esté contenida en una Ley orgánica, lo que supone un procedimiento específico de elaboración y aprobación, añade una garantía frente al mismo legislador a las demás constitucionalmente previstas para proteger el derecho a la libertad. Por ello, si bien no puede hablarse de un “derecho al rango de Ley Orgánica”, como contenido del art. 17.1, sí puede afirmarse que el derecho a la libertad y seguridad reconocido en este artículo incluye todas las garantías previstas en diversos preceptos constitucionales y, entre ellas, las derivadas de los arts. 25.1, 53.1 y 81.1. La imposición, pues, de una pena de privación de libertad contenida en una norma que no posea el carácter de Ley Orgánica constituye una vulneración de las garantías del derecho a la libertad consagrado en el art. 17.1 de la Constitución y, por tanto, una violación protegible en la vía de amparo.»

igualmente lícitas, el constituyente persiguió que en los temas importantes, e importantes son todos los temas del artículo 81.1 CE, se llegara al resultado mediante fórmulas de consenso, con independencia de que tal consenso fuere el que precedió a 1978, empeño, por otro lado, vano a todas luces. Tanto por los bienes en juego, la libertad *lato sensu*, la evitación de la arbitrariedad y por los intereses contrapuestos en liza, directamente conectados a diversas concepciones culturales del hombre y de la sociedad, como por el mismo hecho de poner en marcha el sistema penal, *el principio de legalidad no parece que deba ser un tema ajeno al compromiso* (98), y si este compromiso se ha de obtener trabajosamente, mayor será la seguridad de los ciudadanos.

A este respecto ha de concluirse este apartado con la reiteración de las últimas líneas del mencionado fundamento jurídico 6.º II de la STC 140/1986. En esta resolución se viene a concluir algo del mayor interés, a saber: *la vulneración del rango legal supone la vulneración del derecho protegido en sí*. Esta conclusión, aunque contactada, en principio, al derecho a la libertad y seguridad (y a «otros derechos que no son ahora relevantes») puede ser legítimamente derivada a cualquier otro derecho fundamental y, en concreto, al que encarna el principio de legalidad penal. De este modo, *el rango legal se convierte, a su vez, en garante institucional del propio derecho*, tal como cabe derivar, igualmente, del artículo 28.2 LOTC. De este modo se supera el plano estrictamente formal que, con ser importante, puede variar sin prácticamente límite o dentro de unos límites excesivamente amplios en atención a los intereses en juego. Suscitada la cuestión en el sentido que aquí se propone, es decir, intentado proseguir en la línea de rectificación emprendida por el propio Tribunal Constitucional en las SSTC 140 y 160/1986 respecto de resoluciones anteriores, singularmente la STC 25/1984, el rango de ley orgánica requerido para las leyes penales implica una concepción material de dicho derecho, en la medida en que una norma de diferente rango, es decir, con un procedimiento más simplificado, generaría nivel de garantías por debajo del que la Constitución exige para el desarrollo de los derechos fundamentales. De ahí, pues, la exigencia que se formula y que se crea impuesta por la Constitución misma.

7. Queda, finalmente, establecer, como se anunciaba más arriba, si las leyes penales en toda su extensión deben revestir el carácter de ley orgánica. Se apuntó entonces y se confirma ahora que ello no es necesario, pues no todo lo que se contiene en las leyes penales tiene que ver con el principio de legalidad. El enumerar las materias que puedan ser reguladas por ley ordinaria, aunque se hallen en una orgánica tiene

(98) Resalta las ventajas político-criminales del consenso Rodríguez Ramos, «Reserva» (n. 38), I, 1982, p. 305. En definitiva, como afirma el párrafo transcrito en la nota anterior de la STC 159/1986, la garantía que representa la ley orgánica es una garantía frente al legislador.

como consecuencia que su eventual reforma o introducción cabe realizar acudiendo a la primera categoría de normas.

A mi juicio, no afectan al principio de legalidad y a ningún otro derecho fundamental de la Sección primera del Capítulo II del Título I de la Constitución, es decir, no siendo derechos y libertades públicas fundamentales, el instituto de la responsabilidad civil, el de su extinción, el de la extinción de la responsabilidad criminal y la materia relativa a cancelación de antecedentes penales; mientras siga existiendo la reincidencia (99), el resto del instituto de los antecedentes penales deberá seguirse regulando por ley orgánica. Estas exclusiones materiales del ámbito de la ley orgánica en la esfera penal responde a que ninguna de ellas tiene que ver ni con los presupuestos del delito o del estado peligroso ni con sus consecuencias penales, de modo que su posible incidencia sobre la configuración del comportamiento del ciudadano tiene un efecto, en todo caso, secundario.

(99) Declarada no disconforme con la Constitución por la STC 150/1991.

Algunas cuestiones en torno al delito de realización arbitraria del propio derecho

MARIA JOSE MAGALDI
Profesora Titular de Derecho Penal.
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. El bien jurídico protegido en el artículo 337 del Código Penal. 3. Delimitación del ámbito de protección típica. 3.1. Naturaleza y contenido de la relación obligacional subyacente. 3.2. El comportamiento típico. 3.3. El objeto de la acción. 4. El tipo subjetivo.

1. PLANTEAMIENTO

La figura de la realización arbitraria del propio derecho fue objeto de un exhaustivo análisis histórico-legislativo y dogmático por el profesor doctor Bajo Fernández en el que se trataron, entre otras, cuestiones tan relevantes como la concreción del bien jurídico protegido a través de la incriminación de la conducta, el ámbito de protección típica y la de su delimitación respecto de los delitos patrimoniales de apoderamiento. Dicho análisis mantiene, quince años más tarde, en líneas generales, una absoluta actualidad (1).

Tal vez por ello, se inició, a partir de la publicación de la monografía de Bajo Fernández, un dilatado silencio doctrinal sobre la materia, roto únicamente por las diversas opiniones vertidas en manuales y comentarios editados con posterioridad (2) y

(1) Bajo Fernández, M. «La realización arbitraria del propio derecho», Civitas, Madrid, 1976.

(2) Rodríguez Devesa, J. M., «Derecho Penal. Parte especial», Madrid, 1987, pp. 1033 y ss.; Bustos Ramírez, J., «Manual de Derecho Penal», Ariel, Barcelona, 1986, pp. 431 y ss.; Queralt Jiménez, J. J., «Derecho Penal español», II, Bosch, Barcelona, 1987, pp. 684 y ss.; Muñoz Conde, F., «Derecho Penal. Parte especial», Valencia, 1990, pp. 732 y ss.; Cobo, Vives y otros, «Derecho Penal. Parte especial», Valencia, 1990, pp. 293 y ss.; Córdoba Roda, J., «Comentarios al Código Penal», III, Barcelona,

recientemente por un artículo de Vicente Sebastián Ferris Albenca (3).

Podría parecer, pues, que poco queda por decir en esta materia. Sin embargo, el sistema jurídico, y el sistema penal en especial, presenta tan fascinante abanico de matices interpretativos y tan notable diversidad de facetas, desde las cuales puede contemplarse una misma institución que lo hacen, por fortuna, inagotable y lo convierten en un círculo, nunca cerrado, de problemas. En esto, radica a mi entender, la tarea y el reto del intérprete.

Por ello he querido volver sobre el tema, si bien centrando mi aportación al mismo exclusivamente en algunas cuestiones que siguen resultando controvertidas. Me refiero a las siguientes:

a) La correcta o incorrecta ubicación de la figura prevista en el artículo 337 del Código Penal vigente, en el Título IV dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia; corrección que vendrá determinada por la afectación o no del bien jurídico que consideramos tutelado en dicho Título.

b) La estricta actuación del ámbito de protección típica que plantea interesantes problemas derivados de la profusión de conceptos normativos utilizados por el legislador para la descripción de la conducta típica.

c) El tipo subjetivo, en el que la exigencia legal de un especial motivo de la acción («para hacerse pago»), como plus al dolo, ha generado serios quebraderos de cabeza a la doctrina y a la jurisprudencia en el intento de distinguirlo del ánimo de lucro y de determinar si éste debe o no concurrir en el plano subjetivo.

2. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LA FIGURA DEL ARTICULO 337 DEL CODIGO PENAL

La doctrina española al analizar la figura de la realización arbitraria del propio derecho, que junto a la simulación del delito converge, a modo de aluvión, en el Título IV del Código Penal de 1944 (4), coincide con matizaciones, en considerar que el bien jurídico protegido se integra precisamente por la Administración de Justicia que se erige en interés prevalente junto a otros como la integridad, la libertad o incluso

1978, pp. 1181 y ss.; Magaldi-García Arán, «Los delitos contra la Administración de Justicia ante la Reforma Penal», en *Documentación Jurídica*, 2, Madrid, 1983, pp. 1119 y ss.

(3) Ferris Albenca, V. S., «La realización arbitraria del propio derecho», en *ADPCP*, 1988, pp. 809 y ss.

(4) Vid. Bajo Fernández, *op. cit.*, pp. 41 y ss.; también Ferris Albenca, *op. cit.*, p. 812.

el patrimonio del deudor (5), lo que convierte a la figura, según el monografista del tema, en un delito pluriofensivo en el que aparecen como sujetos pasivos tanto la Administración de Justicia como el poseedor (6).

Resulta a mi juicio sorprendente que una conducta que parece afectar a tantos intereses diversos, se ve paradójicamente primada con una sanción penal de índole pecuniaria equivalente al valor de la cosa tomada. Fórmula sancionatoria ésta, excepcional en el marco de nuestro sistema punitivo y no ajena a imbricaciones jurídico privadas de la conducta típica que forzosamente debieron estar presentes en la mente del legislador; de igual manera que lo estuvieron en el legislador del Código Penal italiano que, desde una posición legislativa que otorga un contenido más amplio al interés Administración de Justicia, configura la infracción como un delito perseguible a instancia de parte (7).

Pero la paradoja alcanza cotas preocupantes al comprobar que la aparentemente idéntica, conducta de «apropiarse de cosa mueble ajena» —y ajena es la del deudor— «con violencia o intimidación en las personas» se halla sancionada en el artículo 501 del Código Penal con una penalidad, cuya gravedad mínima es la de prisión menor.

Tal diversidad no se halla justificada desde una perspectiva que entienda, como hace Bajo Fernández (8), que el «ánimo de hacerse pago» del artículo 337 supone también un «ánimo de lucro», aunque no de lucro injusto que caracterizaría la misma acción como atentado contra la propiedad (9). Ni tampoco desde un prisma que incida en la existencia de un derecho a la cosa por parte del acreedor cumplidor de la acción típica, y ello porque, en primer lugar, tal derecho patrimonial debe ser *ex post* acreditado y, en segundo lugar, supone un privilegio inadmisibles primar con una sanción simbólica las vías de hecho en sede

(5) Por todos, Córdoba Roda, J., *op. cit.*, p. 1182, y Muñoz Conde, F., *op. cit.*, página 732.

(6) En este sentido Bajo Fernández, *op. cit.*, p. 61.

(7) De los sistemas penales europeos el Código Penal italiano es el único que, al igual que el español, incluye un Título dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia dividido en tres capítulos: Delitos contra la actividad judicial (Cap. I), Contra la autoridad de las decisiones judiciales (Cap. II) y tutela arbitraria de intereses privados; en este último capítulo acoge la figura de la realización arbitraria del propio derecho con violencia en las personas y con fuerza en las cosas que presenta la particularidad de castigar a quien pudiendo acudir a los Tribunales opta por las vías de hecho, siempre y cuando concurra, como condición de perseguibilidad, querrela de la parte ofendida, lo que evidencia las imbricaciones privatísticas del precepto.

(8) Vid. al respecto *op. cit.*, pp. 18 y ss. Esta misma tesis sostuvo Bajo Fernández en «Animo de lucro y ánimo de hacerse pago», en *ADPCP*, 1975, pp. 355-377, por lo que, a partir de ahora citaré exclusivamente su trabajo monográfico sobre el tema que incluye las propuestas expuestas en dicho artículo.

(9) Sobre este punto que ha ocupado toda la polémica doctrinal sobre esta figura delictiva, vid. mi posición personal en el apartado 4 del trabajo.

patrimonial con referencia a otras conductas violentas o coactivas tendentes a hacer efectivos arbitrariamente derechos de distinta naturaleza.

En el mismo sentido crítico llama la atención que en el artículo 532, párrafo primero, que incrimina el *furtum possessionis* sin violencia ni intimidación, el legislador haya previsto una pena de mayor gravedad a la asignada a la conducta prohibida en el artículo 337.

En conclusión, desde una posición que entienda, como lo hace la generalidad de la doctrina, que la realización de la conducta típica comportaría además de un atentado contra el patrimonio del deudor, violenta o intimidatoriamente realizado, un ataque a la Administración de Justicia concretado en el menosprecio a los cauces jurídicos (10), no resultaría en ningún modo satisfactoria la penalidad prevista, sin que a ello quepa objetar el recurso a la solución concursal que sí es viable cuando exista un exceso lesivo en el ejercicio de la violencia, o un doloso incremento patrimonial derivado del mayor valor de la cosa tomada con finalidad solutoria.

Ante tal estado de cosas, se impone una doble reflexión:

En primer término preguntarse: ¿En verdad se ven afectados la actividad jurisdiccional y el proceso civil por el hecho de que el acreedor se apropie de la cosa perteneciente al deudor con finalidad solutoria? En segundo término, si se considera que el objeto de protección cristaliza en el menosprecio de los cauces jurisdiccionales, ¿porqué no se criminaliza, entonces, la acción no violenta ni intimidatoria de tomar la cosa perteneciente al deudor con la misma finalidad extintiva de la obligación, si tal comportamiento prescinde también de la vía jurisdiccional?

Por lo que hace referencia al primer interrogante planteado, me parece evidente que no es posible sostener que la jurisdicción civil se vea afectada en su ejercicio, en sus fines o en su exclusividad por la realización del comportamiento descrito en el artículo 337.

En efecto, por un lado, el propio ámbito típico excluye los supuestos de una relación obligacional dudosa (y, por tanto, causa de un posible litigio), puesto que la letra de la ley se refiere taxativamente al deudor, lo que supone una relación jurídico obligacional existente, en la que la prestación esté determinada, vencida y, por tanto, exigible; además, la ley exige también la finalidad de extinguir la obligación, lo que implica que los apoderamientos que no tengan por finalidad hacerse pago, sino asegurar la prestación (prenda extrajudicial), no son subsunibles en el ámbito típico (11).

Por otro lado, y ello me parece fundamental, las relaciones jurídico privadas, regidas por el principio de la autonomía de la voluntad, no requieren, para exigir su cumplimiento, acudir a los Tribunales estatales

(10) *Comentarios*, III, *op. cit.*, p. 1182.

(11) Sobre el proceso descriminalizador de la prenda judicial, vid. Bajo Fernández. *op. cit.*, pp. 42-46.

en caso de conflicto entre las partes. En efecto, la controversia puede resolverse, bien mediante un acuerdo interpartes (esencialmente a través del contrato de transacción); bien acudiendo a terceros (arbitros) para que dicten un laudo fundado en Derecho o en la Equidad, y, naturalmente, acudiendo a la jurisdicción civil para que dirima el conflicto, siempre voluntariamente en virtud del principio de rogación. Es más, aún acudiendo a la vía jurisdiccional, la ejecución del pronunciamiento contenido en la sentencia debe ser expresamente solicitada al órgano judicial que se limita a reconocer el derecho o pretensión.

Parece, pues, incontrovertible que no existe interés público alguno en afirmar, no ya la exclusividad, sino siquiera la prevalencia de la potestad jurisdiccional y de los cauces procesales, a través de los que aquella se ejerce, en materia de relaciones jurídico privadas (12).

Malamente podrá aducirse que el motivo del legislador al prohibir la conducta descrita en el artículo 337, haya sido afirmar el imperio en la realización del Derecho (13) o el evitar «el tomar la Justicia por su mano» (14), como tampoco «el querer obviar la realización del derecho fuera de los cauces jurídicos establecidos» (15), puesto que en el Título IV no se protege más que un cauce jurídico: el jurisdiccional (16).

Una tal consideración aboca a una identificación, que no puedo compartir, entre aplicación del Derecho por parte de los Tribunales y la Justicia la cual, como valor en sí mismo, no es protegible penalmente sino un desideratum al que debe tender el ordenamiento jurídico en su globalidad.

Pero, aún partiendo de aquella identificación no compartida, entre Justicia y actividad jurisdiccional (y entronco así con la segunda parte de la reflexión que hacía en líneas anteriores), el legislador debía, entonces, haber incriminado también la apropiación de la cosa del deudor con fuerza en las cosas (17) y el simple hecho de tomarla y sus-

(12) De modo distinto en el ámbito legislativo italiano. Sobre la materia, vid. Ardizzone, S., «I delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni», Milano, 1975, pp. 110 y ss.

(13) Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 732.

(14) Asi Rodríguez Devesa, J. M., *op. cit.*, p. 1036.

(15) Córdoba Roda, J., *Comentarios, cit.*, p. 1182.

(16) En este sentido y ampliamente me he pronunciado en Magaldi-García Arán, *op. cit.*, pp. 1119-1128; «El falso testimonio en el sistema penal español», *PPU*, Barcelona, 1987, pp. 21 y ss.; «Aspectos esenciales de la acusación y denuncia falsas», *ADPCP*, 1987, pp. 38 y ss., y «El delito contra la libertad de las partes», *CPC*, e, 1987, pp. 591-592.

(17) La Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, no sólo mantiene la figura en su articulado sino que añade a su actual regulación dos notas perturbadoras: la primera concretada en el sustitución, en la descripción típica de la relación jurídica obligacional de carácter patrimonial privada, que acota el ámbito de lo punible, por la expresión, «el que para realizar un derecho propio...», que lo amplía *ad infinitum*; la segunda, consistente en añadir al plus de la violencia o intimidación, la fuerza en las cosas en transcripción casi literal del artículo 392 del Código Penal italiano.

traerla de la esfera de dominio del deudor, ya que igualmente se menosprecia el Derecho y se sustrae el conflicto a los órganos jurisdiccionales, quebrando, así, la paz jurídica.

A lo dicho no puede oponerse que el respeto al principio de intervención mínima, obstaculiza la toma en consideración por la normativa penal de aquellos supuestos, no impidiendo, en cambio, la misma cuando los actos apropiatorios vayan acompañados de violencia o intimidación por el peligro que éstos suponen para los demás intereses presuntamente amparados, según sentir doctrinal mayoritario, en el tipo del artículo 337 (18). Y no puede oponerse porque hacer una afirmación rotunda en este sentido implica una traspolación de bienes jurídicos preventes, difuminándose, hasta prácticamente desaparecer, el interés Administración de Justicia y perdiendo consistencia, en consecuencia, la defensa de la correcta ubicación sistemática de la figura en el contexto del Título IV.

Tampoco resulta convincente la posición extrema sustentada por Ferris Albenca conforme a la cual se afirma, taxativamente, que la conducta prevista en el artículo 337 no guarda parentesco alguno con la Administración de Justicia, siendo el bien jurídico protegido «la propiedad, el patrimonio del deudor» (19).

Fundamenta su posición en una reinterpretación de la disyuntiva «ánimo de lucro»-«ánimo de hacerse pago» y en su particular entendimiento del concepto de lucro; dicha posición, que parte de una base inicial correcta, no puede ser compartida, tanto porque obvia sin más la ubicación legal del precepto, como porque conduce a insatisfactorias soluciones concursales que reducen el tipo del artículo 337 a un subtipo residual de delito patrimonial de apoderamiento, sin apoyo legal alguno.

Frente a la realidad legal de la existencia en nuestra normativa penal del delito objeto de estudio y su específica ubicación en el marco del Título IV, es preciso un esfuerzo interpretativo que no se limite simplemente a ignorar aquella realidad.

Por tanto, entiendo que la única forma de sostener de *lege lata* la ubicación sistemática del precepto (20), en el ámbito de los hechos

(18) Excepcionalmente, Vive Antón, en *Cobo, op. cit.*, p. 294 entiende que el bien jurídico protegido no es otro que «el interés del Estado en monopolizar el uso de la fuerza para poder resolver los conflictos», dicha postura, que comparto, parte de la base de que «puesto que la resolución de conflictos es justamente el cometido de la jurisdicción, puede afirmarse que el bien jurídico protegido guarda parentesco con la Administración de Justicia, pero no se identifica con ella». Precisamente por ello es, a mi entender, cuestionable de *lege ferenda* su permanencia en el Título.

(19) *Op. cit.*, p. 828.

(20) Y a pesar de ello su ubicación me parece incluso de *lege lata*, disfuncional, en cuanto que se concreta en un menosprecio al conjunto de recursos que ofrece el ordenamiento jurídico para la solución de conflictos y no a la función jurisdiccional en sentido estricto que es la única que detenta el monopolio de la fuerza. Ciertamente esta

punibles que afectan a la actividad jurisdiccional, como función exclusiva de uno de los Poderes del Estado, sería la de considerar que el bien jurídico protegido a través del mismo, es el monopolio estatal del ejercicio de la fuerza (violencia legal), a través de los cauces jurídicos establecidos especialmente (21). De este modo, hallaría una justificación la no relevancia penal de las conductas de mero apoderamiento con finalidad solutoria sin el ejercicio de actos coactivos, los cuales también suponen un desprecio a las vías jurídicas establecidas para hacer efectivos los derechos patrimoniales, incluido al recurso a la vía jurisdiccional.

De *lege ferenda*, sin embargo, tal planteamiento no parece conveniente en razón de dos argumentos de signo distinto:

a) El primero deriva de la realidad indubitada de que el Estado ejerce su indiscutible monopolio de la coacción en una esfera mayor que la concretada en el ejercicio de la actividad jurisdiccional por parte de los Tribunales, de lo que son exponente claro los actos coactivos llevados a cabo por la Administración pública, que no gozan, en cambio, de una protección penal separada.

De igual manera, el no recurso a los Tribunales para hacer efectivo un crédito y la elección de las vías de hecho aún violentas, no me parece acreedor de una específica protección penal. Menospreciar los cauces jurisdiccionales y optar por las vías de hecho en relaciones jurídico privadas rompe, es cierto, el concepto formal que denominamos paz jurídica, pero materialmente no supone distorsión ni peligro para aquellos; genera, a lo sumo, perjuicios patrimoniales o personales a sujetos individuales concretos [al igual que la no colaboración con la Justicia en los supuestos del artículo 338 bis (22)], salvo que se quiera dota a la actividad jurisdiccional de un contenido amplísimamente reñido con la función que debe cumplir por mandato constitucional.

b) Precisamente de la necesidad de dotar a la protección penal a esta función clave en todo Estado de Derecho, de un contenido preciso (y en base, por tanto, a consideraciones político-criminales que deben ser tenidas en cuenta por incidir en la propia legitimación material de la normativa penal), surge un segundo argumento:

La innegable evidencia de la exclusividad de la violencia estatal, que supuso, en momentos históricos determinados, un avance considerable frente al peligro de disgregación de la sociedad que encierra

interpretación desborda los límites que he proporcionado al bien jurídico protegido en el Título en otros trabajos.

(21) Vid. Gimeno Sendra, J. V. «Fundamentos de Derecho Procesal», Madrid, 1981, pp. 21 y ss.

(22) En el mismo sentido García-Arán, en Magaldi-García Arán, *op. cit.*, pp. 1164-1168.

la autodefensa, debe conducir hoy al intérprete a la búsqueda de criterios coadyuvantes al acotamiento escrupuloso de la misma, y nunca a criterios válidos para generar un aumento desmesurado del ejercicio de aquel monopolio. Y ello, porque constituye ya un dato histórico, que la acentuación gratuita del mismo puede desembocar en sutiles formas de opresión jurídica, legitimadoras de formas menos sutiles de opresión política (23).

Sostengo, en consecuencia con el significado proporcionado al bien jurídico protegido en el Título IV (actividad jurisdiccional ejercida en el marco de un proceso) que el delito previsto en el artículo 337 del Código Penal, al que califico de metaprocesal, debe ser excluido no sólo del marco de los delitos contra la Administración de Justicia, sino también del contexto de nuestro ordenamiento jurídico penal por constituir, como señalara Quintano Ripolles, un mero «abuso del derecho criminalizado» (24).

Ante supuestos como el descrito en el artículo 337, el ordenamiento jurídico posee recursos suficientes para resolver el conflicto surgido:

a) La vía interdictal a la que podrá acudir el deudor, arbitrariamente desposeído de la cosa, para reclamar la posesión de la misma (25) y la acción reivindicatoria de dominio (26) en la esfera jurídico-privada.

b) La legislación penal, en virtud de la cual podrá exigirse responsabilidad criminal a quien comete violentamente al deudor a la prestación, conducta perfectamente subsumible en el tipo de coacciones del artículo 496 del Código Penal.

3. DELIMITACION DEL AMBITO DE PROTECCION TIPICA

3.1. Naturaleza y contenido de la relación obligacional subyacente

La estructura legal de la figura en nuestro sistema punitivo, se caracteriza por circunscribir el ámbito posible de la conducta típica al marco de una relación obligacional de carácter patrimonial (27).

(23) Así, Bobbio, N., «Crisis de la democracia», Ariel, Barcelona, 1985, p. 12: mientras la institución del Estado de Derecho influye en la fuerza regulándola, la institución del Estado democrático influye en el uso de la fuerza reduciendo su ámbito de aplicación.

(24) Quintano Ripolles, A., «Curso de Derecho Penal», Madrid, 1958, p. 140.

(25) «Artículo 446 del Código Civil»: «Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión, y si fuere inquietado en ella deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen.»

(26) «Artículo 348.2, del Código Civil»: «El propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla.»

(27) Por todos Bajo Fernández, *op. cit.*, pp. 50 y ss.

Tal acotación se desprende del propio tenor literal del precepto que condiciona la relevancia penal del apoderamiento de la cosa, a que ésta pertenezca al deudor, y a la finalidad de hacerse pago con ella, es decir, extinguir una obligación dotada de contenido económicamente evaluable; de esta manera, se delimita la rúbrica que preside el Capítulo, que podría inducir a una línea de interpretación comprensiva de la realización arbitraria de cualquier derecho (28).

Sentada esta premisa, nada obsta a que la conducta típica pueda ser llevada a cabo tanto en el contexto de una relación obligacional de naturaleza contractual —compra-venta—, como en una de origen legal —alimentos— (29), sean éstas bilaterales o unilaterales, presentando, en cambio, dificultades la realización de la conducta en materia de obligaciones extracontractuales (30) derivadas de ulteriores requisitos a sumar a aquella exigencia de la existencia de una relación obligacional.

En su artículo 1088 el Código Civil clasifica las obligaciones en atención a la naturaleza de la prestación, en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer alguna cosa (31).

Afirmada la necesidad de la existencia de una relación obligacional de naturaleza patrimonial, y admitida, sin discusión doctrinal, la concurrencia en ella de las características de vencibilidad y exigibilidad de la deuda (32), se impone analizar si, en base a la descripción legal contenida en la disposición objeto de estudio, la realización arbitraria del derecho al pago es factible para todas y cada una de aquellas obligaciones. A ello obliga:

a) La específica configuración de la conducta de apropiación, como arbitraria realización del derecho al pago que constituye por disposición del artículo 1156 del Código Civil, la primera de las formas de extinción de las obligaciones (33).

b) El expreso pronunciamiento del mismo texto legal en su artículo 1157 acerca de que «no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiere entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía», del que Córdoba Roda desprende

(28) *Op. cit.*, p. 51.

(29) «Artículo 1089 del Código Civil»: «Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y quasi-contratos y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa por negligencia.»

(30) Sin más, Bajo Fernández, *op. cit.*, p. 68.

(31) «Artículo 1088 del Código Civil»: «Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa.»

(32) En el mismo sentido, Bajo Fernández, *op. cit.*, p. 67, y de modo implícito Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 733.

(33) «Artículo 1156 del Código Civil»: «Las obligaciones se extinguen: Por el pago o cumplimiento...»

la posible subsunción en el ámbito del tipo, tanto de las obligaciones de dar como las de hacer (34).

c) La dinámica de la acción típica expresada a través de los términos «apoderarse de la cosa» y con la finalidad de hacerse pago con ella» es decir, de extinguir la relación obligacional, aunque tal finalidad no se logre efectivamente.

Las obligaciones de dar alguna cosa, sea cual fuere su naturaleza, se extinguen mediante el pago, bien dando la cosa debida si ésta es determinada, bien la cosa del mismo género en los supuestos de obligaciones genéricas, bien la suma de dinero debida en las obligaciones dinerarias.

A su vez, las obligaciones de hacer alguna cosa se extinguen mediante el pago o cumplimiento realizando la prestación, y las obligaciones de no hacer se extinguen omitiendo el deudor la realización de algo, omisión en la que se concreta la prestación y con la que se cumple la obligación.

La prestación del deudor en las obligaciones de dar se cumple, pues, entregando la cosa en las condiciones establecidas (35), en las de hacer realizando algo en las condiciones establecidas (36) y en las obligaciones de no hacer, absteniéndose el deudor de llevar a cabo una conducta (37).

Al margen de los cauces jurídicos, ya señalados, de acuerdo entre las partes, arbitraje o el recurso a los Tribunales del orden civil para exigir la prestación o la resolución del contrato en su caso, ¿Qué puede hacer el acreedor para exigir la prestación que se niega a cumplir el deudor para hacerse pago si decide valerse de las vías de hecho?

Evidentemente en las obligaciones de dar puede apropiarse de la cosa debida o de cosa de valor equivalente en cuanto que el pago debe entenderse en sentido amplio comprensivo del denominado pago por equivalencia (38).

Tal entendimiento nace del significado otorgado al elemento subjetivo «para hacerse pago», no coincidente este último con el estricto sentido objetivo del concepto «lucro»; en efecto, dicha finalidad solutoria que pertenece al ámbito del tipo subjetivo, sólo puede ser interpretada desde una perspectiva que tenga en cuenta tal pertenencia,

(34) *Comentarios*, III, *cit.*, p. 1184.

(35) «Artículo 1094 del Código Civil»: «El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia.»

(36) «Artículo 1098 del Código Civil»: «Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciera se mandará ejecutar a su costa...»

(37) «Artículo 1099 del Código Civil»: «Lo dispuesto en el artículo anterior... se observará también cuando la obligación consista en no hacer y el deudor ejecutare lo que le había sido prohibido.»

(38) Doctrina unánime. Por todos Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 733. En contra Bajo Fernández, *op. cit.*, pp. 41 y 67.

esto es, hacerse pago sólo halla su significado jurídico penal en el sentido que el hombre medio otorgue ex ante al mismo; sentido coincidente, a mi juicio, con la finalidad de cancelar el crédito y extinguir así la obligación, apoderándose de la cosa o equivalente.

Si la apropiación se lleva a cabo con violencia o intimidación en las personas, la conducta cumplirá el tipo del artículo 337 (39).

En los supuestos de obligaciones de hacer alguna cosa, el acreedor puede fácticamente obligarle con violencia o intimidación a realizarla, es decir a llevar a cabo la prestación, e igualmente, en las obligaciones de no hacer algo puede compeler al deudor a abstenerse de la conducta. En ninguno de los dos casos se apodera de cosa alguna perteneciente al deudor. La conducta constituye, en cambio, un claro exponente del delito de coacciones en cuanto el ataque a la libertad del sujeto pasivo aparece como evidente y no se halla legitimada por el simple hecho de la existencia previa de la relación jurídico obligacional entre ambos.

Puede también el acreedor proceder a apoderarse de la cosa perteneciente al deudor, con violencia o intimidación, a fin de compelerle a realizar la prestación de hacer o no hacer; en este supuesto aún existiendo un apoderamiento no es posible predicar del mismo ni una intención de incorporación de la cosa al patrimonio del sujeto activo, ni una finalidad solutoria, por lo que la conducta revestirá en todo caso de cumplirse los requisitos de los correspondientes tipos el carácter de una amenaza.

Y finalmente, el acreedor puede, utilizando vías de hecho, apoderarse violentamente o con intimidación de la cantidad de dinero precisa (cosa perteneciente al deudor) para encargar a un tercero la realización de la prestación, al margen de la primigenia y subsistente relación obligacional que le liga al deudor; no es posible, en este supuesto, afirmar que la finalidad perseguida por aquél sea una finalidad solutoria, sino la de asegurar una prestación que le es debida por el deudor a costa de éste, pero realizada por terceros a costa del mismo. La conducta que cumple el tipo objetivo del delito de robo con violencia o intimidación en las personas no cumpliría, en cambio, el tipo subjetivo al estar ausente el ánimo de lucro concebido como finalidad de incrementar ilegítimamente el propio patrimonio a costa de la lesión patrimonial del sujeto pasivo.

En base a lo anteriormente expuesto no parece aventurado, y ello casa además perfectamente con los antecedentes históricos del precepto (40), sostener que el ámbito posible de realización de la conducta se ciñe al marco de una obligación patrimonial de dar alguna cosa.

(39) Doctrina unánime. Por todos Córdoba Roda, *Comentarios*, III, *cit.*, p. 1185.

(40) Así, Bajo Fernández, *op. cit.*, pp. 41 y ss.

3.2. El comportamiento típico

La conducta típica consiste, como se ha puesto de manifiesto, en apoderarse de una cosa perteneciente al deudor. Como correctamente puntualiza Bajo Fernández, «el núcleo de la conducta típica consiste en apoderarse de alguna cosa (41).

El sentido a proporcionar al elemento objetivo del apoderamiento y su equivalencia o no a los términos «tomar» o «apropiarse» empleados por el legislador, en sede de descripción de la conducta en los delitos patrimoniales de apoderamiento, ha sido profusamente debatido pro la doctrina penal española.

Sobre este punto, suscribo íntegramente la tesis de Quintano Ripolles (42) conforme a la cual los términos legales utilizados por el legislador en los artículos 500, 514 y 535, no obligan a una actividad dinámica, en todos los casos concretada en una aprehensión material (*contrectatio*), que desplace físicamente a aquélla de la esfera posesoria del sujeto pasivo a la del sujeto activo; siendo posible englobar todos los comportamientos posibles expresados lingüísticamente bajo un concepto único de apoderamiento que los integra a todos.

En el mismo sentido se manifiesta Ferris Albenca, según el cual el término apoderarse, que emplea también el artículo 337, implica «toda una serie de actos diversos cuyo resultado consiste en integrar la cosa en el patrimonio del sujeto activo, signifique o no desplazamiento físico de la misma, pues tanto el sujeto que se apropia, como el que se apodera de una cosa ajena, no hace sino separarla del patrimonio del sujeto pasivo e integrarlo en el propio, obteniendo incluso la protección del Derecho si ve perturbada su situación» (43).

El concepto de apropiación (que incluiría desde esta perspectiva la retención como conducta destinada a la integración de la cosa ajena en el propio patrimonio) constituirá, en el marco del tipo objetivo, el elemento común mínimo de todos los delitos patrimoniales de apoderamiento.

Resulta, en mi opinión obvio, que el mismo significado debe proporcionarse a la expresión típica «apoderarse de cosa perteneciente al deudor», del artículo 337, en cuanto que la conducta cristaliza precisamente en un acto de apropiación, entendida en el sentido antes mencionado, dado que el acreedor, al que asiste evidentemente el derecho a reclamar el crédito (44), desplaza, con su comportamiento, de modo efectivo, la cosa de la esfera patrimonial del deudor a su caudal patrimonial.

(41) *Op. cit.*, p. 62.

(42) Tratado de Derecho Penal II, Madrid 197, p. 115.

(43) *Op. cit.*, p. 815.

(44) Igualmente Bajo Fernández, *op. cit.*, p. 46.

Y este desplazamiento tiene lugar tanto si existe una traslación material de la cosa, como si ésta es meramente ideal por poseer el acreedor, por cualquier título ajeno al dominio, la cosa del deudor; si bien, en este último supuesto, las dificultades prácticas de realización de la conducta pueden surgir de la exigencia legal de concurrencia de la violencia o la intimidación (45).

3.3. El objeto de la acción

La apropiación debe serlo de una cosa perteneciente al deudor. En este punto, existe unanimidad doctrinal en entender que el objeto material del delito debe concretarse exclusivamente en una cosa mueble a la que deberá dotarse del significado que le es propio en materia penal y en conexión con los diversos tipos delictivos articulados en el Título XIII. A ello conduce, no sólo las expresiones típicas de «tomar», «apoderarse» o «apropiarse», referidas siempre a traer algo susceptible de ser materialmente aprehendido a la esfera propia de dominio, sino también una correcta e ineludible interpretación sistemática del texto punitivo.

Carece, por tanto, de todo fundamento la postura de Ferris Albenca en virtud de la cual «no existe razón para la que deban excluirse los inmuebles como posible objeto material del delito del artículo 337, pues si bien se trata de situaciones muy poco habituales son al menos teóricamente imaginables: v. g., el acreedor hipotecario que estando vencida la deuda, ocupa con violencia o intimidación el inmueble sobre la misma para hacerse pago» (46). La incorrección de su afirmación se basa en tres razones, dos de carácter general y otra de carácter específico, amén de los argumentos doctrinales antes apuntados y de la extensión del ámbito típico más allá de lo que permite un justo entendimiento del principio de intervención mínima. Las razones son:

a) En primer lugar, su postura en sede interpretativa del artículo 337, se contradice absolutamente con la línea que sostiene a lo largo de todo el trabajo: el tipo del artículo 337 es en su integridad idéntico, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, a los tipos de robo con violencia e intimidación en las personas, hasta tal punto que incluso poseen en común el bien jurídico protegido, la propiedad; siendo la única nota diferencial la concurrencia, en el artículo 337, de una relación obligacional preexistente. No parece posible sostener que en los

(45) En términos similares Bajo Fernández; respecto a la posición de Ferris Albenca en *op. cit.*, p. 830-832, vid. *supra*, apartado 4, en sentido crítico.

(46) *Op. cit.*, p. 819.

tipos de robo sean subsumibles conductas de apoderamiento de inmuebles en el sentido que dicho autor le otorga en el ejemplo que propone y es evidente que está sería la consecuencia lógica a que su postura debería conducir, aunque nada manifiesta al respecto. ¿Cuál es, entonces, el fundamento o apoyo legal de su posicionamiento en el ámbito del artículo 337?

b) En segundo lugar, y ello es esencial, los derechos reales se usurpan (no se toman ni se apropia uno de ellos) y los inmuebles se ocupan por definición (y no se toman o se apropia uno de ellos). La imposibilidad física de aprehensión material o ideal (integración en el patrimonio) de los bienes inmuebles, junto con la extraordinaria protección jurídica al dominio y la garantía de la fe registral, son precisamente la razón básica de política criminal de la escasa protección penal al patrimonio inmobiliario (47).

c) Por último, el ejemplo propuesto no es especialmente afortunado. La hipoteca constituye un derecho real de garantía y, por su propia naturaleza resulta ya difícilmente usurpable (48); como tal derecho de garantía aparece totalmente desvinculado, no sólo del uso sino del dominio del inmueble sobre el que recae como carga, apareciendo, exclusivamente, como un derecho real de realización de valor. La conducta propuesta como ejemplo no puede constituir jamás el tipo del artículo 337, siendo subsumible, a lo sumo, si cumple los requisitos añadidos, en el artículo 517 del Código Penal.

La cosa mueble objeto de la apropiación debe pertenecer al deudor, es decir, debe gozar del carácter de ajenidad, aunque limitada a la persona del deudor, el cual debe ostentar sobre la misma derechos dominicales plenos.

El requisito de la ajenidad de la cosa es legalmente suficiente, no siendo precisa, porque ello no se desprende del tenor literal del precepto, la apropiación de la concreta cosa debida (49).

En efecto, en el seno de la normativa civil, el pago, como modo de cumplimiento de las obligaciones, puede realizarse no sólo a través de la entrega de la cosa concreta, sino también de cualquier otra que suponga una satisfacción equivalente a la prestación (dación en pago o cesión de bienes). Además, el significado que en páginas posteriores propongo para la expresión «para hacerse pago», me inclina a entender que cumple la conducta típica quien se apropia de cosa mue-

(47) Sobre el tema, vid. Huerta Tocildo, S., «La protección penal del patrimonio inmobiliario», Civitas, Madrid, 1980, pp. 46 y ss.

(48) Así Díez Picazo, L., «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», II, Tecnos, 1978, p. 645, «Derecho real no poseible...».

(49) Así Ferris Albenca, *op. cit.*, p. 817; en contra Bajo Fernández, en virtud de su posición respecto al ánimo de hacerse pago como excluyente del lucro injusto.

ble perteneciente al deudor, aunque no sea la concretamente debida, con la finalidad solutoria.

Finalmente, en materia de ajenidad limitada de la cosa, se plantea aún una última cuestión, derivada ésta de la exigencia de que quien pretende hacerse pago apropiándose de un bien perteneciente al deudor, debe apropiarse de algo que efectivamente no le pertenezca y que sea del deudor.

Ello entronca con el peculiar sistema jurídico privado español en materia de adquisición del dominio, concretado en la denominada «teoría del título y el modo», que, aunque cuestionada por algunos autores (50), halla su fundamento legal en los artículos 609 y 1095 del Código Civil (51). En virtud de lo establecido en estos artículos, se exige la concurrencia, junto a la existencia de un título traslativo del dominio, la entrega de la cosa (*traditio*) por su hasta éste instante legítimo propietario (52).

Lo expuesto se relaciona con el tema objeto de análisis, en cuanto que permite excluir del ámbito típico del artículo 337, los supuestos de *traditio ficta*, conforme a los cuales, aún no habiéndose efectuado materialmente la entrega de la cosa que sigue de *facto* en poder del deudor, jurídicamente el acreedor ha adquirido ya el dominio sobre la misma, por lo que el acto de apoderamiento no integra el tipo por la no concurrencia del requisito de la ajenidad. Evidentemente, el acreedor responderá en estos casos de las violencias o actos intimidatorios llevados a cabo para integrar materialmente la cosa jurídicamente ya parte de su patrimonio.

4. EL TIPO SUBJETIVO

El dolo, núcleo constitutivo esencial del tipo subjetivo, debe abarcar el conocimiento de la pertenencia de la cosa al deudor y la voluntad de apropiarse de ella; ahora bien, esta apropiación debe llevarse a cabo con una finalidad solutoria, esto es, con el objetivo de extinguir la relación jurídico-obligacional preexistente, haciéndose precisamente pago con la cosa apropiada. Ello nos indica que estamos en presencia de un especí-

(50) Díez Picazo, L., *op. cit.*, pp. 641.

(51) «Artículo 609 del Código Civil: «La propiedad se adquiere por la ocupación. La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada o intestada y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición...»

«Artículo 1095 del Código Civil»: «El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada.»

(52) En idéntico sentido Ferris Albenca, *op. cit.*, p. 826, pero con distintas conclusiones referidas a otros elementos del tipo.

fico motivo de la acción legalmente determinado y, en consecuencia, de un elemento subjetivo del injusto (53).

A partir de esta exigencia legal y de la estrecha conexión de la figura, en su parte objetiva, con los delitos patrimoniales de apoderamiento, ha surgido repetidamente en la doctrina y la jurisprudencia penal españolas (54) la cuestión de dilucidar la equivalencia o no equivalencia de aquella exigencia de naturaleza subjetiva, con el ánimo de lucro, especial motivación que debe guiar al autor de un delito contra el patrimonio por imperativo legal.

Sobre la cuestión del contenido a otorgar a la finalidad solutoria prevista en el artículo 337, las posiciones han oscilado tradicionalmente en dos sentidos.

a) Mantener que el ánimo de hacerse pago excluye la presencia del ánimo de lucro (55).

b) Sostener que la finalidad solutoria no excluye el ánimo de lucro, pero sí el de lucro injusto siendo esta última la posición defendida por el monografista del tema (56).

c) Finalmente, Ferris Albenca opta por una tercera vía: la de entender que el ánimo de hacerse pago, no sólo no excluye el ánimo de lucro, sino que aquél es en todo equivalente al elemento subjetivo legalmente exigido en los delitos patrimoniales de apoderamiento, de los que en nada se diferencia el artículo 337, hecha abstracción de la relación subyacente. Dicho en términos sintéticos: ánimo de hacerse pago y ánimo de lucro son conceptos sinónimos.

Las consecuencias a que tal posición conduce, conectada con su tesis acerca del bien jurídico protegido en la figura, resultan en extremo controvertibles e insatisfactorias en materia concursal y adolecen de importantes inconvenientes técnicos de los que me ocuparé en líneas posteriores.

Como puso en su día de manifiesto Bajo Fernández, la diferencia entre los artículos 505, apartado quinto y 337 del Código Penal, cuyo tipo objetivo presenta una estructura típica idéntica, no puede hallarse, si existe, más que en el ámbito del tipo subjetivo.

En efecto, la conducta típica de apoderamiento, constituye el medio anómalo (vías de hecho) de que se vale el acreedor para realizar materialmente su derecho al crédito (ánimo de hacerse pago);

(53) Doctrina unánime. Por todos, Vives Antón, en Cobo, *op. cit.*, p. 295, y Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 734.

(54) Sobre la copiosa literatura en lengua alemana sobre esta distinción, vid. Bajo Fernández, *op. cit.*, pp. 25 y ss.

(55) Rodríguez Devesa, J. M., *op. cit.*, p. 1037; Quintano Ripolles, A., *Comentarios al Código Penal*, Madrid, p. 671, en sentido aproximado Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 734, y Vives Antón, *op. cit.*, p. 295.

(56) Bajo Fernández, *op. cit.*, pp. 17 a 41.

resulta, por tanto, obligado indagar si existen diferencias cualitativas entre el elemento subjetivo cristalizado en la finalidad solutoria y el ánimo de lucro propio de los delitos contra el patrimonio que se articulan alrededor de una acción de apoderamiento, de los cuales el robo es exponente significativo.

La tesis favorable al entendimiento de que el ánimo de hacerse pago elimina la presencia del ánimo de lucro, es mayoritaria en la doctrina y en la jurisprudencia de nuestro país; a dicha posición conduce, más que la adopción de criterios dogmáticos, necesidades de justicia material que tienen por finalidad soslayar las consecuencias insatisfactorias que la posición contraria conllevaría (57).

Así, si se entendiera que el ánimo de hacerse pago no excluye el ánimo de lucro, el apoderamiento violento o intimidatorio con fines solutorios se vería injustamente primado con la imposición de una penal de multa, respecto del apoderamiento con idéntico fin realizado con fuerza en las cosas que constituiría robo del artículo 504 y, naturalmente, respecto del simple apoderamiento que debería ser castigado como un hurto del artículo 514 (58).

La exclusión del ánimo de lucro comportaría, por el contrario, la impunidad de las conductas anteriormente citadas por ausencia del elemento subjetivo.

Sin embargo, este argumento de estricta justicia material, no es, desde el punto de vista dogmático, concluyente en cuanto que no responde a criterios objetivamente contrastables. Por ello, coincido con Bajo Fernández en que el problema planteado no puede solucionarse sin determinar previamente como se entiende el lucro al que va referido el elemento subjetivo de los delitos contra la propiedad (59).

Bajo Fernández centra, pues, correctamente el problema; lo que se trata de determinar no es tanto el contenido que hay que proporcionar al elemento subjetivo en su conjunto, como el de conceptualizar el lucro en el marco de la esfera penal. Para lograrlo realiza una intensa exposición sobre la doctrina alemana en la materia, referida, claro es, a la especial regulación en materia patrimonial del StGB y sobre las repercusiones o influencias de la misma en la dogmática penal española, habida cuenta de la diversa estructuración de los delitos patrimoniales en nuestro sistema punitivo (60).

Su tesis parte de entender el lucro como una ventaja patrimonial obtenida por la apropiación de una cosa con valor económico o de tráfico. Partiendo de este entendimiento, mantiene:

(57) *Op. cit.*, p. 1037.

(58) En términos aproximados respecto al apoderamiento con engaño, Antón Oneca, J., «Las estafas y otros engaños», en *NEJS*, 1957, IX, pp. 14-15.

(59) *Op. cit.*, p. 21.

(60) Así en *op. cit.*, pp. 26 y ss.

a) Que, en este sentido, hacerse pago es lucrarse, pero ello «no significa aún que el comportamiento arbitrario del propio pago, cumpla todos los requisitos típicos de las figuras de los llamados delitos contra la propiedad» (61).

b) Que para la existencia de un delito contra la propiedad, se requiere la presencia de un lucro injusto (antijurídico) el cual no se concibe como elemento normativo sino que forma parte de la antijuricidad tipificada.

c) Que el enriquecimiento es injusto cuando son antijurídicos los medios utilizados para conseguirlo y que éste supuesto se cumple también en el artículo 337 del Código Penal en cuanto que se concreta en un «comportamiento arbitrario del propio pago, es decir, de ejercicio (no legítimo) de un derecho» (62). Primera premisa, pues: la conducta es formalmente antijurídica.

d) Que en el supuesto de realización arbitraria del pago, no se cumple, sin embargo, el tipo del correlativo delito patrimonial porque aún existiendo lucro injusto, no se cumple el tipo por no existir una lesión del bien jurídico de la propiedad. Esto, exclusivamente, en el supuesto en que el acreedor se apodera de la cosa debida con la lógica finalidad solutoria.

Bajo Fernández hace girar, en definitiva, su tesis diferenciadora entre el artículo 337 y los delitos patrimoniales alrededor de la consecuencia final de su razonamiento interpretativo: el ánimo de lucro, formalmente injusto por no constituir la conducta el ejercicio legítimo de un derecho, no se vería excluido por la presencia del ánimo de hacerse pago, pero la presencia de éste comportaría la ausencia de antijuricidad material por no existir lesión del bien jurídico patrimonial.

Si bien es cierto que la coherencia metodológica de la tesis sustentada por Bajo Fernández es exquisita, la conclusión final a la que necesariamente conduce me parece objetable en base a dos razones fundamentalmente:

a) La primera, concretada en que resulta más que discutible que la propiedad del deudor no resulte lesionada por el acto de apoderamiento, que supone la correlativa integración de la cosa en el patrimonio del acreedor, lo cual, lógicamente implica una ventaja patrimonial para el mismo y un menoscabo en el caudal patrimonial del deudor.

b) La segunda, centrada en la consecuencia inevitable a que su tesis le aboca: la estricta circunscripción a la cosa concreta debida o suma de dinero en las obligaciones dinerarias; circunscripción que no

(61) *Op. cit.*, p. 33.

(62) *Op. cit.*, p. 37.

se desprende de ninguna manera de la letra de la ley y que implica el ceñir el ámbito del tipo del artículo 337 a hipotéticos supuestos de estricta compensación, a modo de equilibrio patrimonial, de manera que, si el acreedor se apodera de otra cosa distinta a la debida, pero de igual valor económico, deberá responder por delito de robo, aún concurriendo el ánimo de hacerse pago. Tal posición supone, a mi entender un no conveniente entremezclamiento de los planos objetivo y subjetivo de la articulación típica de la figura.

La tercera propuesta doctrinal se debe a Ferris Alben, el cual se opone tanto a la doctrina dominante como a la posición de Bajo Fernández (63).

Dicha propuesta parte de un justo entendimiento del tipo objetivo de la figura de realización arbitraria del propio derecho, en virtud del cual «la acción de tomar, apropiarse, consiste en realizar un desplazamiento (real o ideal) de una cosa ajena sin la voluntad de su dueño del patrimonio del sujeto pasivo al del sujeto activo». Como señala el autor, se trata de un hecho objetivo que evidentemente deberá ser abarcado por el dolo; dolo que se concretará, pues, en el conocer y querer la apropiación típica. No es, por tanto, necesaria la búsqueda de una distinción entre ánimo de apropiación y ánimo de lucro ni siquiera en sede patrimonial; el ánimo de apropiación integrará el elemento volitivo del dolo y el ánimo de lucro responderá a una finalidad específica del autor: el afán de enriquecimiento o aumento patrimonial (64).

Posteriormente, se manifiesta en favor de conceptualizar el ánimo de lucro como «la intención de comportarse como si fuera el legítimo propietario de la cosa (65), esto es, «ejercer sobre la cosa cualquiera de las facultades que el Derecho otorga a éste». La presencia del ánimo de lucro será «fácilmente constatable mediante el simple análisis del comportamiento del sujeto activo: enajenación de la cosa, usarla, donarla, etc..., como si fuera propia» (66).

Evidentemente ello obliga a una comprensión amplia equivalente a la intención del sujeto de considerar la cosa como parte de su patrimonio o lo que es lo mismo de integrarla en él.

La opinión de Ferris Albenca coincide totalmente con la posición de la doctrina alemana denominada «concepción formal», aplicada en sede de interpretación del tipo subjetivo de los delitos de hurto, robo y apropiación indebida, respecto de los cuales, como se dijo, el StGB exige exclusivamente la presencia del ánimo de apropiación a diferen-

(63) *Op. cit.*, pp. 823 y 827, respectivamente.

(64) Vid. Bajo Fernández, «Manual de Derecho Penal», Madrid, 1987, p. 16, y Quintano Ripollés, *Tratado, cit.*, pp. 115 y ss.

(65) *Op. cit.*, p. 825.

(66) *Op. cit.*, p. 826.

cia de lo que sucede con el delito de estafa al que legislativamente se asocia la exigencia del ánimo de lucro.

La configuración de los delitos contra el patrimonio en nuestro sistema, en el cual también se exige, junto al dolo referido a la apropiación, una finalidad de enriquecimiento o ventaja patrimonial, hace inviable la posición equiparadora entre uno y otro elemento del tipo subjetivo a la que parece conducir la postura de este autor.

Siguiendo con su discurso interpretativo, Ferris Albenca equipara el «ánimo de lucro» típico de los delitos patrimoniales, en el significado estricto que le otorga, al «ánimo de hacerse pago» con la cosa: «Quien se hace pago de una cosa de su deudor no hace sino apoderarse de algo que no le pertenece, por mucho que ostente un derecho de crédito que le permitiría reclamarlo por vía judicial»; «quien se apodera de la cosa con ánimo de hacerse pago, lo hace con un claro ánimo de lucro, esto es, con la intención de comportarse como propietario sin serlo». «No existe, pues, diferencia alguna entre el elemento subjetivo contemplado en el artículo 337 y el ánimo de lucro que se exige en el robo» (67). El entrelazamiento equiparativo entre apropiación, ánimo de lucro y ánimo de hacerse pago aparece evidente en el discurso del autor.

Obviamente, como expondré más adelante, con la realización de la conducta del artículo 337, es innegable que el acreedor-sujeto activo del delito se lucra en cuanto que incrementa objetivamente su patrimonio con la integración en el mismo de un bien ajeno.

Pero ésta no es la conclusión que se deriva de la tesis de Ferris Albenca sobre el lucro, concepción puramente formalista de la que esté ausente su rasgo más esencial: el enriquecimiento o incremento patrimonial; aún más, su concepción, al margen de su disfuncionalidad en la figura objeto de tratamiento, desvirtúa, hasta confundirlos, los conceptos de dolo típico y motivo de la acción en el marco de los delitos patrimoniales de apoderamiento.

Existe, como decía, un lucro objetivo (el incremento patrimonial), pero no «ánimo de lucro» en la conducta del acreedor, de la misma forma que existe en ella «ánimo de hacerse pago», pero no existe objetivamente pago alguno, en cuanto que la realización de la conducta no cancela el crédito, no extingue la obligación porque no posee virtualidad jurídica para hacerlo (es ilegítima). Pero sobre este punto, de fundamental trascendencia, volveré con detenimiento.

Con todo, lo que resulta más perturbador es que la postura doctrinal expuesta, unida al mantenimiento del carácter pluriofensivo del delito (68), comporta gravísimas consecuencias en materia concursal.

(67) *Op. cit.*, p. 826.

(68) *Op. cit.*, p. 828.

A ello se ve obligado, además, en virtud de que no le parece sostenible que el texto legal conceda «tal relevancia a la relación obligacional contemplada en el artículo 337, puesto que a quien se encuentra en una posición jurídico-civil mucho más sólida que la del acreedor, esto es de propietario, y sin que concurra el plus de desvalor que supone la violencia o intimidación exigidos en el artículo 337, se le aplica una pena mucho más grave» (69).

Imagino que e refiere el autor al supuesto de *furtum possessionis* del artículo 532 del Código Penal, en el cual se impone la pena de arresto mayor (pena típica del tipo base de estafa) al dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder con perjuicio del mismo o de tercero. Tal argumentación debe ser rechazada por tres motivos fundamentales:

a) Porque alega razones justificativas que se apoyan exclusivamente en criterios de justicia material; criterios que rechaza con carácter general a lo largo de todo su trabajo, por no considerarlos suficientemente válidos, lo cual implica una contradicción interpretativa no conveniente.

b) Porque en el tipo del artículo 532 se exige un ulterior requisito legal, el perjuicio o daño patrimonial del poseedor legítimo o de tercero. Hay un desvalor de resultado.

c) Porque no es cierto que el sujeto de la acción típica del artículo 532 se halle en una posición jurídico-civil más sólida que la del acreedor, en cuanto que la ley es tajante: la sustracción lo es de la cosa legítimamente poseída, es decir, a un poseedor con protección jurídica. Entender que la relación es más sólida, por el solo hecho de que el sujeto de la acción es propietario de la cosa, supone manejar un concepto trasnochado jurídico-civilmente del dominio y desconocer la relevancia jurídico privada de los derechos posesorios.

Veamos ahora las consecuencias que se derivan en materia concursal.

1. «Conducta típica del artículo 337 *versus* conducta constitutiva del delito de coacciones.»

La doctrina mayoritaria considera de aplicación el artículo 337 en virtud del principio de especialidad (70). Ferris entiende que la relación de especialidad no se da entre el artículo 337 y el artículo 496, sino que el delito de coacciones sólo quedará excluido cuando la conducta del acreedor sea subsumible en el artículo 501.5, que sí es ley especial respecto al mismo (71). En consecuencia, el artículo 337 sólo

(69) *Op. cit.*, p. 829.

(70) Así, Muñoz Conde, *op. cit.*, p. 734, y Rodríguez Devesa, J.M., *op. cit.*, p. 1037.

(71) *Op. cit.*, p. 830.

será de aplicación cuando se trate de una coacción de carácter leve, constitutiva, pues, de la falta tipificada en el número cuatro del actual artículo 585.

Y surge la primera cuestión: ¿Cuándo será de aplicación el artículo 501.5? Es evidente que dicho artículo va referido directamente al artículo 500, y constituye un tipo de recogida de todos los apoderamientos violentos que no causen lesión típica, lo cual implica que siempre la violencia física deberá constituir como *maximun* una falta de maltrato de obra. Si la estructura típica del artículo 337 es idéntica, no sólo en el tipo objetivo, sino, a su parecer, también el tipo subjetivo, evidentemente siempre que exista la violencia típica exigida por este autor, deberá castigarse la realización arbitraria del propio derecho a través del artículo 501, apartado cinco.

La tesis es errónea: *a)* primero, porque tanto el robo del artículo 501.5, como la realización arbitraria del propio derecho, son figuras que se caracterizan por conseguir el apoderamiento a través de medios coactivos; el desvalor del injusto del artículo 496 se halla recogido en aquellos tipos referidos; *b)* porque de este modo extrapola las reglas del concurso en el ámbito del tipo subjetivo.

2. «Conducta del artículo 337 *versus* conducta constitutiva del delito de amenazas condicionales.»

Según Ferris, el que mediante intimidación se apodera de una cosa perteneciente al deudor para hacerse pago con ella, realiza una amenaza condicional del artículo 493, cuya penalidad típica es la de prisión menor si el autor consigue su propósito, o de arresto mayor si no lo logra.

También aquí y en oposición a la doctrina y jurisprudencia dominantes que entiende que tanto las coacciones como la amenaza se dirigen a la consecución del pago arbitrario (son los medios penalmente relevantes), y pese a señalar la benignidad no justificada de la pena prevista en el artículo 337, niega el concurso; Ferris se inclina por proporcionar al supuesto idéntica solución a la mantenida en sede violencia-coacción. Se aplicará el artículo 337 si la amenaza es constitutiva de falta, y entrará en juego el concurso entre el artículo 493 y el 501.5, si la amenaza es grave, resolviéndose a favor de este último.

A dicha solución resultan aplicables las objeciones expresadas respecto del supuesto recogido en el apartado anterior, en idénticos términos y por las mismas razones en él expuestas. A ello hay que sumar las siguientes observaciones:

a) Si el sujeto activo amenaza con la realización de un mal, *sub conditione*, de inmediata realización de la prestación, esta conducta no guarda parentesco alguno con la descrita en el artículo 337, salvo que la condición impuesta es la realización de la prestación o pago. No existen actos típicos de apoderamiento de la cosa y la conducta que realiza el sujeto es sólo la de amenazas del artículo 496.

Igualmente sucede si el acreedor toma la cosa en prenda amenazando al deudor con destruirla si no se aviene a la realización de la prestación; seguimos frente a un puro y simple delito de amenazas. En estos supuestos la pena superior se justifica por constituir la conducta un atentado a bienes jurídicos tan relevantes como la libertad y seguridad del sujeto pasivo deudor; bienes cuya supremacía sobre la Administración de Justicia o el patrimonio resulta a todas luces manifiesta.

b) Si el sujeto activo se apodera de la cosa manifestando una conducta amenazante dirigida a lograr la apropiación de la misma con fines solutorios, está cumpliendo el tipo del artículo 337, sea cual fuere el contenido y la entidad de la amenaza, por lo que entiendo que no procede el concurso, como de igual modo es improcedente en sede de aplicación del artículo 505.5, en relación con el artículo 500.

3. «Conducta del artículo 337 *versus* supuestos de robo del artículo 501, párrafo quinto.»

La propuesta del autor en los supuestos en que se cause alguna lesión es la de aplicación de los números 1, 2, 3 o 4 del artículo 501; ello, naturalmente, fundamentado en su entendimiento, ya señalado, de que el «ánimo de lucro» y el ánimo de hacerse pago son una misma cosa». (72), y en la coincidencia del tipo objetivo de los delitos de robo y realización arbitraria del propio derecho. La doctrina mayoritaria entiende, en cambio, que el concurso lo será entre el artículo 337 y el correspondiente tipo de lesiones.

Respecto de la necesaria delimitación entre el supuesto punible del artículo 337 y los supuestos recogidos en los diversos apartados del artículo 501, opina Ferris que evidentemente la conducta «no puede ser la misma», porque ello supondría «un privilegio inadmisibles»; por tanto, «el artículo 337 tan sólo será de aplicación cuando la violencia o intimidación ejercidas sobre el deudor sea subsumible en los números primero y segundo del artículo 585 (en la actualidad, en el número dos del artículo 582 y en los números tres y cuatro del artículo 585).

Tal conclusión, a la que debe forzosamente llegar a partir del discurso interpretativo desarrollado a lo largo de todo el trabajo, es susceptible aún de dos objeciones importantes:

a) Al considerar el artículo 337 una figura residual de delito contra la propiedad, en la que serían subsumibles los apoderamientos violentos o intimidatorios no constitutivos de robo, el autor está construyendo, sin base legal alguna, una figura cuya característica principal es la de integrar una hipotética «falta de robo» (inexistente en

(72) *Op. cit.*, p. 831.

nuestro sistema punitivo por expresa manifestación del legislador en el artículo 501.5; «en todos los demás casos»), elevada a la categoría de delito, por el hecho de existir una relación obligacional subyacente entre los sujetos activos y pasivo, y que aquél pretenda hacerse pago con su acción de apoderamiento.

Para tal viaje no necesitábamos alforjas. Sobraba el artículo 337 porque la conducta, como él la concibe, ya estaba prevista en el artículo 501, número quinto.

Pero es que, además, realiza una inversión de bienes jurídicos pre- valentes que él considera tutelados a través de la figura (propiedad junto con la salud y la libertad), convirtiendo la esencia en accidente y viceversa, lo cual tampoco resulta dogmáticamente justificable.

b) La segunda objeción deriva de la laguna interpretativa en que incurre al no explicitar la solución a otorgar a los supuestos de apode- ramiento de la cosa del deudor con finalidad solutoria sin violencia o intimidación o con fuerza en las cosas, a pesar de que alude a la cues- tión en su trabajo (73).

Es evidente que, como consecuencia lógica de su interpretación, la conducta deberá ser penada conforme a la pena prevista para el delito de hurto del artículo 514 (más gravemente penado que la reali- zación arbitraria del propio derecho), o con la pena prevista para el robo del artículo 504 si llevare a cabo el apoderamiento con alguna de las circunstancias en él explicitadas, obviamente también de superior gravedad. ¿Qué sucede entonces? ¿Cómo una misma conducta contra la propiedad podría verse más benignamente tratada con pena de menor gravedad, siendo así que el artículo 337 contiene el plus de desvalor del uso de la violencia o la intimidación?

Mi posición, respecto al contenido a proporcionar al tipo subjetivo de la figura de realización arbitraria del propio derecho, parte de unas premisas que he ido apuntando a lo largo de todo el trabajo, pero cuya referencia resulta imprescindible para dotar de unidad de sentido la tesis que propongo. Debo, por tanto, volver sobre ellas de nuevo en las conclusiones en que desgloso mi tesis sobre el problema. Dichas conclusiones se concretan en:

1. Entender que, *de lege lata*, y pese a los importantes inconvenientes sistemáticos apuntados, la inclusión de la figura del artículo 337 en el marco del Título IV, obliga a admitir que el bien jurídico que se pretende tutelar a través de la prohibición bajo pena de la con- ducta es la Administración de Justicia, entendida en un sentido amplio, que no comparto, en cuanto detentadora del monopolio del uso de la fuerza —violencia legal— para la solución de conflictos sociales a través del Derecho.

(73) *Op. cit.*, p. 831.

Las reminiscencias históricas, así como la innegable lesión a la propiedad, no resultan argumentos bastantes para negarle aquel carácter y menos aún para excluir totalmente el interés estatal de mantenimiento de la paz jurídica. Sin que ello obste, como expuse, que *de lege ferenda* me pronuncie en favor de su desaparición de la esfera de nuestra normativa penal.

2. Sostener que el tipo objetivo del delito de realización arbitraria del propio derecho se integra por la conducta de apropiación (en un significado amplio de desplazamiento material o ideal) de una cosa perteneciente al deudor. Dichos elementos deben ser abarcados por el dolo que se integrará por el conocimiento de la ajenidad de la cosa (ajenidad limitada a que es propiedad del deudor) y la voluntad de apoderarse de ella con violencia o intimidación.

Resulta, pues, innecesario todo intento de diferenciación entre ánimo de apropiación y ánimo de lucro en nuestro sistema jurídico penal; el dolo se concreta, en su aspecto volitivo, en aquel ánimo de apropiación también en los delitos patrimoniales de apoderamiento. Otra cosa es la necesidad de efectuar tal distinción en el marco del Derecho Penal alemán por su específica configuración de los delitos patrimoniales, antes señalada, en el que determina exigencias legales diferenciadas.

3. Mantener que el lucro es un concepto puramente económico, ligado a la idea de enriquecimiento o ventaja patrimonial, que escapa, por metajurídico, a una conceptualización formal por parte del ordenamiento jurídico entendido como unidad.

Efectivamente, el ordenamiento jurídico privado no pone más límite al lucro (que es actividad lícita e incluso socialmente valiosa), entendido como incremento patrimonial, que el derivado del enriquecimiento sin causa o enriquecimiento injusto. Así es, como determina Díez Picazo (74), «todo desplazamiento patrimonial, todo enriquecimiento..., para ser lícito debe fundarse en una causa o razón de ser que el ordenamiento jurídico considere justa»; cuando esta causa no es justa, y, por tanto, el incremento o atribución no está fundada en ella, surge la acción para reclamar la restitución por parte de quien ha visto disminuido su caudal patrimonial.

La idea predominante en la civilística actual es la de fundar la acción de prohibición del enriquecimiento o lucro sin causa en la idea de la Equidad: no está moralmente justificado aquel lucro sin causa y engendra el deber moral de restituir e indemnizar, pero eso, dice Díez Picazo, «que sin duda es exacto, significa renunciar a encontrar una explicación jurídica a la acción de enriquecimiento (75).

(74) Díez Picazo, 1, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Madrid, 1979, pp. 73 y ss.

(75) *Vid., op. cit.*, p. 76.

El lucro es, pues, sinónimo de enriquecimiento o ventaja patrimonial, y sobre él no cabe hablar *in genere*, como hace un sector de la doctrina penal, de «lucro justo» en contraposición a «lucro injusto», como fundamento de la relevancia jurídico-penal de las conductas atentatorias a los bienes patrimoniales. El lucro es objetivamente una ventaja patrimonial y sólo eso.

Ahora bien, dicha ventaja o aumento del caudal patrimonial puede serlo sin causa legítima, sin cobertura jurídica, lo cual le hace devenir injusto. Y en este momento, y sólo a partir del mismo, surgen en la esfera jurídico privada límites al lucro. En efecto, los presupuestos de la pretensión de enriquecimiento sin causa son: 1) El enriquecimiento del demandado; 2) El correlativo empobrecimiento o menoscabo patrimonial del actor, y 3) La falta de causa jurídica del enriquecimiento. Estos presupuestos pueden sintetizarse, en expresión afortunada de Díez Picazo, como la constatación «del tránsito sin causa de un valor económico de un patrimonio a otro» (76).

Pues bien, el lucro, conceptualizado como incremento patrimonial por desplazamiento material o ideal de un valor económico de un patrimonio a otro, resulta un concepto autónomo que sólo puede ser interpretado desde una perspectiva objetiva. Cuando se haya obtenido sin causa legítima generará la obligación de restituir o indemnizar (77).

4. Este concreto concepto de lucro, cuyo significado es únicamente proporcionable desde un prisma objetivo, entra en la esfera de la normativa penal en el marco de los delitos patrimoniales, constituyendo ya un enriquecimiento sin causa, en cuanto que no existe razón legítima alguna que dé cobertura al desplazamiento patrimonial.

Pero no cobra relevancia penal todo enriquecimiento o lucro injusto, sino exclusivamente aquel que cumpla los diversos requisitos típicos exigidos por las distintas figuras legales. Así, en el delito de hurto el lucro, el incremento patrimonial objetivo consecuente a la apropiación material de la cosa y la correlativa integración de la misma en el patrimonio del sujeto activo, lo es sin la voluntad de su dueño; en el robo, la relevancia penal viene determinada no sólo por la ausencia de consentimiento del titular del bien, sino por los medios empleados para conseguir el apoderamiento; y en la estafa, por la utilización del medio engañoso que desencadena el error que culmina con el acto de libre disposición patrimonial y el consiguiente menoscabo en el patrimonio del sujeto pasivo y el correlativo enriquecimiento del sujeto activo.

El legislador penal, en definitiva, prohíbe lucrarse sin causa legítima (ilícitamente) mediante comportamientos o medios determinados.

(76) *Op. cit.*, p. 81.

(77) Artículos 1895 a 1901 del Código Civil.

Medios o conductas que, en virtud de su autonomía, elige y describe libremente.

5. Ahora bien, el legislador penal español introduce la exigencia del lucro en los delitos patrimoniales en el ámbito del tipo subjetivo, como un plus al dolo que, como vimos, abarca en su aspecto volitivo el ánimo de apropiación, y lo introduce, lógicamente, conectado a un concepto exclusivamente perteneciente a la esfera interna del sujeto: «el *animus*».

A partir de ese momento, el binomio «ánimo de lucro» cobra identidad y sentido propio, y debe ser objeto de una interpretación dogmática que parta de un exclusivo punto de mira: su pertenencia, junto al dolo, al tipo subjetivo de los delitos patrimoniales.

La polémica doctrinal desatada alrededor del contenido a proporcionar a dicho elemento, y sus repercusiones en el seno de la figura de realización arbitraria del propio derecho, por su equivalencia o no al ánimo de hacerse pago, parte a mi juicio de una confusión, de un planteamiento erróneo en la base: entremezclar, en una búsqueda estéril de soluciones de síntesis, el aspecto normativo del lucro como enriquecimiento objetivo (que existe o no con independencia de las finalidades que guían al sujeto), con el carácter subjetivo del binomio «ánimo de lucro» que no puede ser interpretado más que como un especial motivo de la acción de apoderamiento: el afán de enriquecerse injustamente (sin causa) a través de la realización de determinados comportamientos o del uso de medios específicos (medios ilícitos); esto es, el afán de incrementar el propio patrimonio ilegítimamente y sirviéndose de medios penalmente relevantes.

6. Partiendo de esta consideración, la complejidad aparente, suscitada en el marco del tipo subjetivo del delito de realización arbitraria del propio derecho, se desvanece.

Así, pues, el acto de apoderamiento con medios intimidatorios o violentos de la cosa ajena perteneciente al deudor, y por tanto ajena, lesiona indubitadamente el patrimonio del sujeto deudor, que se ve, efectivamente, menoscabado con el apoderamiento de la cosa por parte del acreedor al que asiste únicamente el derecho a satisfacer el crédito, pero no a extinguir, por las vías de hecho, la relación obligacional. Se afirma, entonces, no sólo la antijuricidad formal, sino también la antijuricidad material.

Por otro lado, la realización dolosa de la conducta de apropiación, con la consiguiente incorporación de la cosa al patrimonio del acreedor (tránsito patrimonial), implica un enriquecimiento o incremento patrimonial ilícito del patrimonio de aquél. Objetivamente hay lucro, la acción de apoderamiento patrimonial comporta un enriquecimiento no justificado (sin causa) conseguido sin la voluntad del deudor y mediante medios ilícitos. Este lucro es, por tanto, siempre un lucro injusto, en el sentido otorgado anteriormente al mismo.

7. Sin embargo, no es esta finalidad de enriquecimiento la que guía al acreedor que realiza por medios ilícitos la conducta de apoderamiento, sino que, como la propia ley indica, el motivo de su acción es «hacerse pago», es decir, dar por cumplida la prestación y, en consecuencia, extinguir la relación.

Con la finalidad de hacerse pago el acreedor no persigue el lucro, no pretende obtener una ventaja patrimonial incrementando su caudal patrimonial a costa del deudor, sino que su pretensión es equilibrar la descompensación patrimonial que, la no efectividad del crédito por parte del deudor, le produce.

Lo que sucede es que, objetivamente, se lucra (existe un incremento patrimonial), pero nos estamos moviendo en el plano del tipo subjetivo y, precisamente por ello, la finalidad de hacerse pago se contradice con la finalidad de lucrarse.

El hombre medio, situado *ex ante* en la posición del autor-acreedor, no persigue con su acción de apoderamiento incrementar su patrimonio (lucrarse), sino equilibrarlo (hacerse pago).

De manera que podemos concluir que, existiendo objetivamente un incremento patrimonial sin causa legítima (lucro injusto), derivado de la acción de apoderamiento, no existe, a pesar de ello, ánimo de lucro en la conducta del sujeto que cumple el tipo del artículo 337.

De igual modo que no hay pago desde un prisma objetivo, aunque sí exista ánimo de hacerse pago, o lo que es lo mismo, de extinguir la relación obligacional. Esta finalidad solutoria que guía al autor no es objetivamente alcanzable, en cuanto que su acción de apoderamiento con aquel fin no cancela el crédito (no se cumple el pago) y no se extingue, en consecuencia, la obligación.

La solución que propongo obvia, a mi entender, las consecuencias insatisfactorias en materia concursal y los inconvenientes que otras propuestas interpretativas conllevan en sede de una necesaria justicia material. Ello, por lo que concierne a la figura de la realización arbitraria del propio derecho, pero incluso desde otra perspectiva más ambiciosa, la tesis que he desarrollado a lo largo del trabajo pretende establecer unas bases mínimas para un replanteamiento del análisis dogmático del contenido del tipo subjetivo en los delitos patrimoniales de apoderamiento en el marco de nuestra normativa penal (78).

(78) Dicha tesis forma parte de un trabajo sobre *El tipo subjetivo en los delitos patrimoniales de apoderamiento*, en elaboración.

El quebrantamiento de condena. Una propuesta legislativa: la frustración de la pena

M. CORCOY BIDASOLO
Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. Introducción. El delito de quebrantamiento de condena. Críticas doctrinales a esta figura. El Proyecto de Código de 1980. 2. El quebrantamiento de condena y otras figuras afines desde las nuevas directrices de la política legislativa y de la política-criminal. 3. Sentido unitario de determinadas modalidades delictivas: el quebrantamiento de condena y otros delitos contra la Administración de Justicia. 4. Bien jurídico protegido en estos el quebrantamiento de condena y otras modalidades de *frustración de la pena*. 5. Constitución y Ley General Penitenciaria: su repercusión en relación con la autofrustración de la pena: diversos problemas de autoría y participación. La relación de parentesco ante este delito. 6. Nuevas medidas sustitutivas de las penas largas privativas de libertad: la aparición de nuevos modalidades delictivas de *frustración de la pena*. 7. Delimitación de los tipos de acuerdo con los criterios generales de imputación objetiva. El tipo subjetivo. Especial repercusión respecto de los tipos cualificados de funcionarios. 8. Conclusión.

1. INTRODUCCION. EL DELITO DE QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA. CRITICAS DOCTRINALES A ESTA FIGURA. EL PROYECTO DE CODIGO DE 1980

1.1. La figura del quebrantamiento de condena se encuentra ubicada desde el Código Penal de 1870 entre los delitos contra la Administración de Justicia. Conductas típicas son las de quebrantar la condena, la prisión, la conducción y la custodia. El término «condena» está dotado de un amplio significado, sin embargo, por una interpretación sistemática e histórica, a partir del artículo 129 del Código Penal de 1870, se ha de reducir a las penas en sentido estricto (1). Desde esta perspecti-

(1) En este sentido, Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, T. III, Barcelona, 1978, p. 1164.

va, por «condena» se entienden las penas: privativas de libertad, restrictivas de libertad, las privativas de derechos y la privación del permiso de conducir (2). No comprende, por el contrario, otras penas como la privación de la nacionalidad española, reprensión, multa, caución y comiso, ni otras consecuencias jurídicas del delito como la responsabilidad civil y las medidas de seguridad (3).

1.2. En el Código se prevén tres tipos distintos en atención a quién sea el autor: si éste es el propio preso, artículo 334, si se trata de un tercero artículo 336 y, por último, en el caso de que el autor sea un funcionario en el artículo 362, bajo el epígrafe de «La infidelidad en al custodia de presos». Se prevé, asimismo, un tipo agravado, artículo 335 del Código Penal, para los supuestos en los que la evasión se lleva a cabo con violencia, intimidación o acuerdo con otros presos o funcionarios. La amplitud del ámbito de este tipo cualificado conlleva que la práctica totalidad de los supuestos «clásicos» (4) de quebrantamiento de condena se subsumiese en este tipo (5). Existen además otras consecuencias jurídicas negativas que se derivan de forma inmediata de la realización del tipo de quebrantamiento de condena, en el supuesto de que éste sea cometido por el propio preso (6) y se trate de la frustración de una pena privativa de libertad, de acuerdo con el artículo 100. 1.º del Código Penal, ello constituye un impedimento para que se otorgue el beneficio de redención de penas por el trabajo. Este beneficio se deniega siempre que exista una sentencia condenatoria por quebrantamiento de condena. También, aunque no ineludiblemente, es factible la aplicación de sanciones disciplinarias de acuerdo con La Ley General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979.

1.3. Es doctrina, prácticamente unánime, que el bien jurídico protegido en el quebrantamiento de condena es la Administración de Justi-

(2) En Alemania, sin embargo, en el § 120 StGB, que contempla la figura de la evasión de la cárcel, el tipo abarca también el quebrantamiento de una medida de seguridad, como es el internamiento en un establecimiento psiquiátrico o de reeducación, por todos, Eser, «Schönke-Schröder», *StGB, Kommentar*, 23.ª ed., München, 1988, § 120, n.º 3.

(3) El § 120 StGB hace referencia exclusivamente a las penas privativas de libertad. Como veremos, la violación de penas de otra clase se contempla únicamente en el § 258 y 258 a) *StGB*.

(4) Como más adelante pondremos de relieve, en la actualidad, y con mucha mayor amplitud en el futuro, las modalidades de conducta han variado como consecuencia de la aplicación de penas cortas de libertad, permisos..., vid., *Infra*, 6.

(5) En este sentido, Muñoz Conde, «Derecho Penal. Parte especial», 8.ª ed., Valencia, 1990, p. 731.

(6) A diferencia de la mayor gravedad que supone el quebrantamiento de una condena para el caso que sea el propio condenado el que la lleve a cabo, en Alemania la propia liberación —autoliberación— es impune. Sobre ello volveremos más adelante.

cia (7). Se entiende que existe en estas conductas un mensocabo de la actividad jurisdiccional del Estado. En particular, se afirma que en estos delitos se protege «la efectividad de los pronunciamientos de la Autoridad Judicial en materia de ejecución de determinadas penas o medidas» (8). Esta cierta unanimidad contrasta con el hecho de que hasta la promulgación de la nueva Ley General Penitenciaria en 1979 la ejecución de la condena tenía un carácter exclusivamente administrativo (9). Por tanto, la inclusión de estos delitos entre los delitos contra la Administración de Justicia supone una renuncia a la pretendida distinción entre la Administración y el Poder Judicial. En todo caso, el reproche fundamental a la consideración del quebrantamiento de condena como delito contra la Administración de Justicia es que ello supone una fundamentación formal del castigo, no material, lo que justifica todas las críticas que contra el tipo de quebrantamiento de condena se han dirigido.

1.4. Las actuales objeciones doctrinales sobre este delito tienen antecedentes históricos, que se remontan a Pacheco y Groizard, recogidas por Córdoba (10). El fundamento de las críticas se centra en que este delito impone a los condenados la obligación penalmente sancionada de cumplir la condena, lo que supone un abuso del *ius puniendi* por parte del Estado (11). Una de estas posiciones, desde una perspectiva política-criminal, propone distinguir el quebrantamiento de condena de penas privativas de libertad del quebrantamiento de otras modalidades de penas, en base a que respecto de las penas no privativas de libertad la situación es distinta «por no afectarles el *bis in idem* que suponen las sanciones penitenciarias y porque son penas cuyo cumplimiento es mucho menos controlable por el Estado» (12) (13). Estas críticas, no

(7) Un contenido distinto del bien jurídico protegido en el quebrantamiento es el que propone Vives Antón, en Cobo-Vives-Boix-Orts-Carbonell, «Derecho Penal. Parte Especial», 2.ª ed., Valencia, 1988, p. 292, entendiendo que lo protegido es el interés del Estado en la efectividad de determinadas resoluciones judiciales. Con ello este autor se acerca a la concepción de la doctrina alemana sobre el bien jurídico protegido en el § 120 StGB, que es el monopolio del poder estatal, por todos, Eser, «Schönke-Schröder», 23.ª ed., § 120, n.º 1.

(8) Quintano Ripollés, «Curso de Derecho Penal», T. II, Madrid, 1963, p. 583.

(9) En la Ley Orgánica de 26 de septiembre de 1979, en los arts. 76 y ss., se introduce la figura del Juez de Vigilancia con lo que la ejecución de la condena no puede considerarse ya como algo exclusivamente administrativo.

(10) Córdoba Roda, *Comentarios*, III, p. 1164.

(11) En parte distanciándose de esta postura doctrinal, Vives Antón, en Cobo y otros, *DP, PE*, 2.ª ed., p. 296, entiende que el cumplimiento de las sentencias tiene jurídicamente un valor y constituye un deber para el condenado.

(12) Magaldi-García Arán, «Los delitos contra la administración de justicia ante la reforma penal», *Documentación Jurídica*, n.º 37 a 40, p. 1153.

(13) Esta distinción, que político-criminalmente podría ser válida, no lo es si alcanzamos a dotar de un contenido propio al tipo de quebrantamiento, como veremos *Infra*, 2. Por lo demás, la última consideración no es aplicable frente a la nueva situación penitenciaria con los sistemas de régimen abierto, permisos, vacaciones...

obstante, sólo hacen referencia al tipo previsto en el artículo 334, es decir, a lo que podemos denominar *autoquebrantamiento*. Como veremos más adelante (14), junto a los motivos aquí aducidos para el rechazo de la incriminación del *autoquebrantamiento*, existen otros derivados de la Constitución, de la Ley General Penitenciaria, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en definitiva, de la función y límites que se predicán del actual Derecho Penal.

1.5. Pese a las críticas doctrinales y pese a que en 1980 ya se había promulgado la Constitución y la Ley General Penitenciaria, ni en el Proyecto de Código Penal de 1980, ni en el Anteproyecto de 1983, ni en las diferentes y numerosas reformas del Código Penal se ha contemplado la supresión de la figura del quebrantamiento de condena. Ello no sólo es así, sino que además la regulación propuesta en el Proyecto de Código Penal de 1980, en el artículo 518 se amplía la mención de los detenidos o presos también a los detenidos (15). Sin embargo, otros aspectos del Proyecto suponen una mejora, desde la perspectiva que aquí vamos a defender. Pueden calificarse como avances: la incorporación, dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, del favorecimiento personal y real y de la prevaricación judicial, junto a la previsión de una atenuación de la pena considerable para el favorecimiento de la evasión por parte de los parientes del condenado. En el Anteproyecto de Código Penal de 1983, se mantiene también el tipo de quebrantamiento de condena cuando el autor es el propio condenado o preso, sin tomar en consideración la propuesta doctrinal de solucionar estos supuestos por medio de sanciones disciplinarias. Si se acoge, por el contrario, la distinción entre las penas privativas de libertad y las privativas de derechos, graduando la pena del quebrantamiento en relación con la pena frustrada. de este modo se asumen algunas de las críticas que se habían vertido (16), en el sentido de entender excesivo que se castigase con pena de cárcel, por ejemplo, el quebrantamiento de la privación del permiso de conducir (17) (17 bis).

1.6. En este punto creo conveniente adelantar algunas de las críticas y objeciones que me suscita este panorama doctrinal y legislativo

(14) *Infra*, 5.

(15) En este sentido la crítica de Luzón Peña, «Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia», Libro homenaje al Profesor J. Antón Oneca, Salamanca, 1982, p. 794, otras críticas en Quintero Olivares, «Los delitos contra la Administración de Justicia», *RJCat.*, 1980, pp. 202-203.

(16) Magaldi-García Arán, *DJ*, n.º 37-40, p. 1153.

(17) Sobre la regulación del quebrantamiento de condena en el Anteproyecto del Nuevo Código Penal de 1983, vid., Magaldi-García Arán, *DJ*, n.º 37-40, pp. 1191-1193.

(17 bis) La regulación de los delitos contra la Administración de Justicia prevista en el Anteproyecto de 1991 no es sustancialmente distinta de la del Proyecto de 1980 o el Anteproyecto de 1983, con la excepción de que suprime la mención a «detenidos» en el art. 438.

del que he hecho una muy sintética exposición. Cuando se rechaza la tipificación del *autoquebrantamiento* de condena únicamente en relación con las penas privativas de libertad se está olvidando que todas las penas suponen un castigo (18), por ser expresión del ejercicio del *Ius puniendi* por parte del Estado. En esta misma dirección, cuando se critica que se castigue por igual el quebrantamiento de una condena de privación de libertad que el de la privación del permiso de conducir se tiene razón sólo en parte. El rechazo parcial a esta objeción se fundamenta en que si se mantiene el delito de quebrantamiento, en una u otra forma, será porque éste tiene un contenido material propio, es decir, tiene una finalidad específica de protección de un bien jurídico. Este bien jurídico protegido en el quebrantamiento ha de ser distinto de aquél que se protegía en el tipo previo, respecto del cual se dictó la condena, en otras palabras, estamos ante un delito autónomo (19).

1.7. A las objeciones anteriores se han de añadir los problemas que suscita la actual redacción de los tipos de favorecimiento de la evasión de presos y de infidelidad en la custodia de presos y detenidos. En estos tipos, a diferencia de la amplitud del tipo básico de quebrantamiento —*autoquebrantamiento*—, se contemplan modalidades de conducta que suponen la violación de una situación de guarda o custodia del sentenciado o preso. Por tanto, sólo aplicable respecto de las penas privativas de libertad y, respecto a éstas, únicamente de algunas formas de conducta (20). Ello determina la aparición de numerosas lagunas legales frente a las innovaciones introducidas respecto a la ejecución de las penas privativas de libertad por la Ley General Penitenciaria —régimen abierto, vacaciones, permisos—, y más se suscitarán de implantarse la pena de arresto de fin de semana y de otorgar mayor importancia a la pena de multa. La tendencia actual de sustituir las penas privativas de libertad por otras medidas alternativas, más acordes a las nuevas tendencias político-criminales (21), conlleva que el surgimiento de *nuevas* modalidades de conducta que realizan materialmente, aun cuando no formalmente, el tipo de quebrantamiento de condena (22). La interpretación de los tipos, que rea-

(18) En este sentido, Mir Puig, «Introducción a las bases del Derecho Penal», Barcelona, 1976, pp. 91-92, que advierte como en muchas ocasiones se confunde el concepto de pena —*mal*—, con la función de la pena.

(19) Sin embargo, como veremos *Infra*, 8, ello no es óbice para que se pueda arbitrar una cláusula, con carácter general, que impida el castigo del quebrantamiento con pena mayor a la prevista para el hecho previo.

(20) Vid. *Infra*, 6.3. y 6.4.

(21) Sobre el carácter general, que en Europa, ha alcanzado esta tendencia, vid. Mir Puig, «Tendencias político-criminales y alternativas a la prisión en al Europa actual», *Revista del Ilustre Colegio de abogados del Señorío de Vizcaya*, n.º 34, 1987.

(22) En Alemania esto es ya un hecho. Así, por ejemplo, según un informe del Ministerio de Justicia de Baden-Würtemberg, en el año 1983, se produjeron, en ese estado federal, 70.000 quebrantamientos de condena durante los permisos y vacaciones.

liza la doctrina y jurisprudencia, de forma que se extiende la aplicación a todos los supuestos en que subsiste la custodia: traslados, hospital..., y no exclusivamente a la evasión de la cárcel no quita valor a lo dicho. En el momento de la creación de estos tipos se pensaba en las modalidades de conducta comunes en aquella época: túneles, muros, llaves falsas... Hoy día, el problema se suscita, básicamente, con los permisos y el trabajo fuera de la cárcel. En el momento en que el condenado tiene la posibilidad de alejarse discrecionalmente no se puede hablar de custodia y, por tanto, tampoco de «evasión» de ésta (23). La situación de custodia sólo subsiste mientras sea posible impedir físicamente la huida (24), en consecuencia, sino hay custodia no puede haber violación de la misma.

2. EL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA Y OTRAS FIGURAS AFINES DESDE LAS NUEVAS DIRECTRICES DE LA POLITICA-LEGISLATIVA Y DE LA POLITIA-CRIMINAL

2.1. Cuando se pretende el estudio del quebrantamiento de condena, atendiendo, junto a principios dogmáticos, a directrices de política criminal se advierte, desde un principio, la necesidad de una nueva regulación. En un sentido similar a lo que ha sucedido con la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con la Ley General Penitenciaria y con la propia Parte General y Especial del Código Penal, se ha de perseguir adecuar su regulación al Estado actual y, en particular, a la Constitución (25) (26). Paralelamente, las nuevas orientaciones doctrinales y legislativas, en relación con los fines de la pena y del Derecho Penal, que ya han tenido repercusión en otras leyes, afectan de modo muy especial a los tipos aquí examinados. A partir de estos principios es necesario comprender las características esenciales propias de determinadas modalidades delictivas, cuya común finalidad de protección las reviste de una estructura básica unitaria (27), y que, sin embargo, están

(23) Sobre esta problemática en Alemania, en relación con el § 120 StGB, vid. Kusch, «Die Strafbarkeit von Vollzugsbediensteten bei fehlgeschlagenen Lockerungen», *NStZ*, 1985, pp. 385-393, en particular, pp. 385-388.

(24) Sobre todo ello volveremos, *Infra*, 6.

(25) Sobre la estrecha relación entre Derecho Penal y Constitución y la necesidad de revisar las leyes penales, vid. Vives Antón, «Introducción: Estado de Derecho y Derecho Penal», *Comentarios a la Legislación penal*, Madrid, 1982, T. I, pp. 1-48 y, en particular, pp. 19-27.

(26) En el mismo sentido de necesidad de adecuación a la ley fundamental, vid. Zielinski, «StGB Kommentar zum Strafgesetzbuch. Alternativkommentare», *Luchterhand*, 1986, Bd., 3, § 120, n.º 1, pone en relación el tipo de evasión de la cárcel con el § 2, n.º 2, 2.º del GG, que considera el derecho a la libertad personal como un derecho inviolable.

(27) Mir Puig, «La reincidencia en el Código Penal», Barcelona, 1974, pp. 7-8, en relación con el estudio conjunto de las distintas modalidades de reincidencia en base a su fundamento común.

recogidas en distintas partes del Código, o incluso que no están contempladas y deberían estarlo. Por razones sistemáticas, jurídicas y de política-criminal es aconsejable al unificación de distintos tipos legales, la supresión o modificación de otros y la creación de algún nuevo precepto.

2.2. Partiendo de la inclusión del quebrantamiento de condena entre los delitos contra la Administración de Justicia la doctrina conside- ra como bien jurídico protegido en este delito la propia Administración de Justicia. Desde esta perspectiva todas la críticas vertidas en relación con el quebrantamiento de condena están justificadas. El quebranta- miento como delito contra la Administración de Justicia supone la «obli- gación penalmente sancionada de cumplir al condena», es decir, se nos ofrece únicamente una fundamentación formal del castigo, no material. Pero es que además, hablando exclusivamente del bien jurídico «Admi- nistración de Justicia» no nos es posible encontrar el ámbito y contenido de los tipos, ya que existen muy distintos aspectos de la Administración de Justicia que se pueden proteger (28). La diversidad de facetas que pueden adoptar los ataques contra la Administración de Justicia determi- nan la consiguiente inconcreción que presenta como bien jurídico a pro- teger. Con ello no se pretende negar que en el tipo de quebrantamiento se protege «también» la Administración de Justicia. Una primera mati- zación parte del hecho de que no sólo hay que hacer especial hincapié en la posibilidad de distinguir entre los delitos contra la Administración de Justicia y los delitos contra la Administración pública, sino también entre los delitos contra la Administración de Justicia penal y civil (30).

2.3. La distinta protección del proceso penal sólo es viable a partir de los motivos que avalan la conveniencia de la protección autónoma del proceso penal. Esta distinción no es posible si entendemos que el nexo común de estas conductas prohibidas es que son «peligrosas o lesivas para los fines del proceso judicial, entendido éste como un ins- trumento de resolución de conflictos sociales» (31). La resolución de

(28) En este sentido, Muñoz Conde, *DP, PE*, 8.ª ed., p. 714, que advierte como, por ejemplo, los delitos que atacan el aspecto ideológico o político de la Administra- ción de Justicia, cual es la independencia del poder judicial como control y garantía de la legalidad del sistema jurídico se encuentran ubicados en otro lugar del Código.

(29) Luzón Peña, «Consideraciones sobre la sistemática y alcance...», p. 785, en sentido distinto, Magaldi-García Arán, *DJ*, n.º 37-40, pp. 1123-1125, ponen acertada- mente de relieve que existen supuestos de ataque a la Administración de Justicia que pueden ser perfectamente comprendidos dentro de los delitos contra la Administración pública.

(30) Un ejemplo de la distinta protección que reciben ambos procesos nos la ofre- ce el propio Código Penal, que distingue entre el falso testimonio en el proceso civil y penal y entre la incomparecencia de testigos o peritos en el proceso civil y penal.

(31) Cfr. Magaldi, «El delito contra la libertad de las partes: aspectos críticos», *CPC*, 1987, pp. 580-617, p. 591.

conflictos sociales es una característica propia tanto del proceso civil, o del procedimiento administrativo o laboral, como del proceso penal. La resolución de conflictos sociales es el fin último de todo el Ordenamiento jurídico. Tampoco sirve seguir la sistemática, propuesta por Quintano (32), que parte de la dinámica procesal, ya que con ello no sólo no es posible proteger diferenciadamente el proceso penal, sino que además se sigue manteniendo una perspectiva formal de estos delitos (33). Una elaboración de los tipos de este sentido, sería equivalente a pretender una reelaboración de los delitos de falsedades, atendiendo a los distintos ámbitos de la Administración Pública a los que afecten, en lugar de tener como criterio rector para su clasificación la forma y medida en que lesionan la seguridad del tráfico jurídico.

2.4. La Constitución, en cuanto que ha de servir para obtener criterios rectores en la resolución de conflictos sociales, tiene que dotar de contenido material tanto al concepto de bien jurídico como al contenido de los distintos bienes jurídicos. En este sentido, la Constitución al consagrar un Estado social y democrático de Derecho nos permite fijar los límites del *Ius puniendi* (34). Estos límites resultan muy especialmente afectados cuando nos refrimos al alcance de la protección del ejercicio del *Ius puniendi* por el Estado. Un punto de referencia de la especificidad del proceso penal, como medio para el ejercicio de la potestad sancionadora por el Estado, nos lo ofrece precisamente el dato de que se proteja especialmente, no ya el proceso en sí, sino sus consecuencias: el cumplimiento de la pena (35). No puede olvidarse que la pena es un mal y, en consecuencia, el cumplimiento de la pena un castigo y como tal no puede ser un bien jurídico a proteger en sí mismo. La Constitución, al consagrar un Estado social y democrático de derecho, permite defender la prevención como función del Derecho Penal. Si la función del Derecho Penal es la prevención al proteger el ejercicio del *Ius puniendi*, lo que realmente se está protegiendo es esa

(32) Quintero Ripollés, «Curso de Derecho Penal», T. II, Madrid, 1963, pp. 570-571.

(33) En este sentido la crítica de Vives Antón, *DP, PE*, 2.ª ed., p. 281; una crítica similar la realizan, Magaldi-García Arán, *DJ*, n.º 37-40, p. 1121.

(34) Vid. Mir Puig, *Introducción...*, pp. 141-165, en relación con los límites del *Ius puniendi* como consecuencia de la existencia de un Estado social y democrático de derecho.

(35) Aun cuando se critique la actual regulación del quebrantamiento de condena, no se niega la necesidad de proteger el cumplimiento de la condena en relación con las conductas de favorecimiento de la evasión o de la infidelidad en al custodia de presos. Sin embargo, Magaldi-García Arán, *DJ*, n.º 37-40, p. 1193, consideran factible una protección común de todas las decisiones judiciales, dentro del delito de desobediencia del art. 237 CP. Considero, sin embargo, que esta propuesta es difícilmente aceptable de *lege lata*, y tampoco creo que fuese adecuada de *lege ferenda*, como veremos al tratar de dotar de contenido material a los delitos aquí examinados.

función preventiva. Por tanto, lo que comporta un contenido de antijuricidad material a los delitos, aquí examinados, es la necesidad de proteger efectivamente las finalidades preventivas de la pena. Sea cual sea la concepción preventiva que se defiende es evidente que tanto el cumplimiento de la pena, como la imposición de ésta, han de ser rápidos y adecuados al hecho efectivamente cometido. Faltando esta inmediatez y adecuación no será posible hablar ni de intimidación, ni de ejercicio de la confianza en la norma, ni de la protección efectiva de la conciencia social de la norma... También desde un punto de vista retributivo, pena como realización de la justicia, es necesaria la protección de la imposición y ejecución de la pena. Sin embargo, desde una perspectiva retributiva, como veremos en su momento, algunos de los supuestos que entiendo han de considerarse típicos, desde un punto de vista preventivo, no lo serían. Así, por ejemplo, los retrasos del proceso — demora en la imposición de la pena— o en la ejecución de la condena no lesionan la idea de Justicia. Esta, en base a su carácter absoluto, no cambia porque se realice en uno u otro momento; una expresión popular de ello lo encontramos en la frase, tantas veces repetida, «al fin se ha hecho justicia».

2.5. Las finalidades preventivas, sin embargo, sí resultan lesionadas por el retraso en la imposición o ejecución de la condena (36). Beccaria, ya afirmaba que «Cuanto más pronta sea la pena y más cerca siga al delito cometido, tanto mayor será su justicia y su utilidad... porque cuando mayor es el intervalo de tiempo que transcurre entre la pena y el mal hecho, tanto más intensa y perdurable es en el ánimo humano la asociación de estas dos ideas: delito y pena, de modo que insensiblemente se considera la una como causa y la otra como efecto necesario e ineludible». Añadiendo «[...] uno de los más grandes frenos del delito no es la crueldad de las penas sino su infalibilidad... La certidumbre de un castigo, aunque moderado, produce siempre impresión más honda que el temor de otro más terrible unido a la esperanza de la impunidad». Palabras estas que están revestidas de la más absoluta modernidad y que deberían de estar en la mente de todo legislador moderno. En orden a lograr la efectividad de las finalidades preventivas del Derecho penal es necesario proteger, de forma específica, los momentos de imposición y ejecución de la pena —y, en su caso, los previos a la imposición y posteriores a la realización del hecho típico— (37). Para alcanzar los efectos preventivos de la pena se han de tipificar aquellos comportamientos idóneos para

(36) La entidad que ha de revestir este *retraso* para poder considerarlo típico se tratará *Infra*, 4.

(37) Nos estamos refiriendo con ello a los supuestos de encubrimiento real y personal, aspecto éste sobre el que volveremos, pero sobre el que, en todo caso, no profundizaremos por exceder los límites de este trabajo.

conseguir la *frustración* de esa imposición o ejecución de la pena (38).

2.6. La comprensión del quebrantamiento de condena y, en general, de la *frustración* de la pena, como tipo/s en los que se protege la efectividad de la finalidad preventiva de la pena, se deriva de que la protección del *Ius puniendi* del Estado se justifica sólo en tanto sirva para proteger esta función preventiva del Derecho Penal. Ello tiene distintas consecuencias, en parte contrapuestas. Por un lado, la nueva interpretación del quebrantamiento de condena, ampliada además a los otros supuestos en que se frustra la pena, permite determinar el alcance que ha de tener la protección del correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, o, en otras palabras, concretar el aspecto del funcionamiento de la Administración de Justicia que, desde una perspectiva preventiva, hay que tomar en consideración. En sentido contrario, se advierte que la protección de las finalidades preventivas no puede surtir efecto, por medio del tipo de quebrantamiento de condena —y de evasión de presos—, cualquiera que sea su configuración. La concreción de los aspectos de la Administración de Justicia que se han de proteger nos conduce a concluir que no todos los delitos contra la Administración de Justicia protegen de modo inmediato la finalidad de prevención. En un primer examen, parece que habría que excluir, de entre éstos, al acusación y denuncia falsa, la simulación de delitos, la provocación de actuaciones judiciales, la omisión de evitar determinados delitos y la realización arbitraria del propio derecho. Mientras que la necesidad de completar la protección de las finalidades preventivas supone que han de abarcar, junto a algunos de los tipos calificados como delitos contra la Administración de Justicia, otros que se encuentran actualmente en otros lugares del Código Penal, como la prevaricación, la presentación de documento falso en juicio, el encubrimiento... y la creación de otros, en este momento, inexistentes.

(38) La elección del término *frustración de la pena* para calificar estas conductas se deriva del sentido del término *Strafvereitelung*, utilizada por el legislador alemán, § 258 StGB, para definir los ataques a la correcta imposición y ejecución de la pena. El significado de la palabra *vereiteln*, en sentido literal, es el de *dejar sin eficacia* —*Wirkungslos machen*— (Küpper, «Strafvereitelung und "sozialadäquate" Handlungen», GA, 1987, pp. 385-402, p. 393). La frustración del delito supone que se ha *dejado sin eficacia* una conducta antijurídica virtualmente lesiva. Se produce la frustración cuando de un comportamiento totalmente adecuado para causar un resultado no se sigue éste, es decir, se *deja sin eficacia al delito*. En la *frustración de la pena*, sin embargo, lo que se *deja sin eficacia es la pena*. La traducción de *Strafvereitelung* por «obstaculización de la punición» (trad. de Mir Puig, en Jescheck, «Tratado de Derecho Penal. Parte General», V, 2.º, Barcelona, 1981, p. 971), hace referencia, en mayor medida, a la anterior regulación de este tipo y no a la actual que pone el acento en la eficacia de la conducta para impedir la imposición o ejecución de la pena.

2.7. Los delitos contra la Administración de Justicia deben de ser revisados y estructurados en atención a la forma y gravedad con que lesionan esa finalidad de protección de la efectividad de la función preventiva del Derecho Penal. Desde esta perspectiva, no tiene el mismo contenido de injusto un delito que lesiona de un modo formal el funcionamiento de la Administración de Justicia, como son los supuestos de provocación de actuaciones —por simulación de delito...—, que otro que esté en relación con el momento y medida de aplicación de la pena. Son hechos, en principio, más graves aquellos que afectan de forma inmediata a la imposición o ejecución de la pena, por la repercusión social que ello conlleva. En conclusión, hay que partir de que ni la Administración de Justicia, ni el Derecho estatal de castigar se protegen en sí mismos, sino únicamente en atención a su común finalidad de servir a la función del Derecho Penal global: la prevención general (39). En consecuencia, el nexo de unión de las modalidades de conducta que se han de considerar típicas se encuentra en su idoneidad para dificultar o frustrar el normal inicio, desarrollo y conclusión del proceso penal o que dificultan o frustran al efectividad de la ejecución de una sentencia condenatoria.

2.8. Este sería el marco general que debe de ser limitado, en un primer momento, en relación con la propuesta legislativa, de acuerdo con los principios generales del Derecho Penal, el carácter de *última ratio* de éste y los principios constitucionales y, en un momento posterior, en relación con el caso concreto, por los criterios generales de interpretación del tipo, reglas generales de autoría y participación, imputación objetiva, riesgo permitido... En palabras de Mir Puig, «[...] una utilización limitadora del concepto de prevención general positiva» y la búsqueda de un «[...] derecho respetuoso de la dignidad de todo hombre —también del delincuente». De este modo, podemos avanzar (40), que el límite más importante a la protección de la efectividad de la función preventiva es la decisión sobre la tipicidad o atipicidad de la *autofrustración*—, ya sea en forma de *autoliberación*, *autoencubrimiento* o de *autofrustración del proceso* (41), en definitiva, de la *autofrustración de la pena*. La decisión se fundamenta en la existencia de una situación de conflicto de intereses entre los derechos del individuo afectados por la imposición de la condena y el mantenimiento de la función preventiva del Derecho Penal. Este conflicto de intereses se soluciona, con carácter general, en base a los propios principios constitucionales, a favor de la no incriminación de estas conductas. No estamos, por tanto, frente a una causa de justificación o de no exigibilidad, en sentido estricto. La razón de ello es que la situación de conflicto existe *ex ante*, y con

(39) Sobre ello, vid. Kusch, NSStZ, 1985, p. 388.

(40) *Infra*, 5.

(41) Sobre el significado de estos términos, vid. *Infra*, 3 y 9.

carácter general, siempre que se dé el hecho de que sea el *autor de la frustración* el mismo sujeto que realizó el hecho típico previo, en base a motivaciones tanto jurídicas como de política-criminal. En las causas de justificación o de no exigibilidad, por el contrario, hay que atender al caso concreto para poder valorar si concurren sus requisitos.

3. SENTIDO UNITARIO DE DETERMINADAS MODALIDADES DELICTIVAS: EL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA Y OTROS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

3.1. Para aprehender el sentido unitario de determinadas modalidades delictivas es necesario atender a su finalidad de protección. No podemos partir de los bienes jurídicos que se entiende protegidos en ellas ya que, en tal caso, nos veríamos inmersos en un círculo vicioso. Por el contrario, lo que hemos de perseguir es configurar claramente el contenido del bien jurídico que pretendemos proteger y, a partir de ahí, ver que tipos ya existentes pueden servir a este fin y que lagunas se deben de cubrir. Por efectividad de la prevención general se puede entender la protección, junto al derecho del Estado a castigar en el caso concreto, de la validez fáctica de todas las normas penales consideradas en el hecho previo y los bienes jurídicos protegidas por ellas (42). Ello supone una concepción de la prevención general fundamentadora como modo de mantener la vigencia de la norma tras la infracción (43), es decir, la prevención entendida como ejercicio del reconocimiento de la norma. Las críticas que se han levantado frente a esta concepción de la prevención son suficientemente conocidas y tienen la suficiente entidad como para rechazar este posible contenido del bien jurídico protegido en estos tipos. Por otro lado, esta concepción del bien jurídico sólo tiene utilidad respecto de las fases previas a la ejecución de la pena —la incoación del sumario y el proceso penal. Si se concibe el bien jurídico como confirmación de la vigencia de la norma éste sólo se lesionaría por la *frustración* del proceso y no por la *frustración* de la condena (44).

3.2. Vemos pues que hablar de protección de la eficacia preventivo-general de la amenaza penal como bien jurídico protegido no nos permite delimitar el contenido de los tipos, siendo necesario determinar lo que entendemos como prevención general. Si partimos de una con-

(42) En este sentido, Amelung, *JR*, 1978, p. 229.

(43) En este sentido, Jakobs, «Strafrecht Allgemeiner Teil», Berlin, New York, 1983, p. 7.

(44) En este sentido, la crítica de Kusch, *NSfZ*, p. 388, en relación con la postura de Amelung.

cepción de prevención general como negativa o intimidatoria, es evidente la necesidad de proteger tanto la imposición de la pena como su cumplimiento (45). Desde esta perspectiva, hay que tomar en consideración que la eficacia preventivo-general-negativa-intimidatoria no depende, en primer lugar, de la gravedad de la penas que amenazan frente a la comisión de un delito. Mucho más, esta eficacia está inmediatamente relacionada con la mayor o menor probabilidad, con que puede contar el autor, de permanecer sin ser descubierto o castigado o sin cumplir la condena. Del mismo modo, se advierte desde esta perspectiva que la eficacia de la prevención general intimidatoria se encuentra también en relación con la probabilidad de recibir la ayuda de otros con que cuenta el sujeto que delinque tras la realización de un delito. La intensivación de la eficacia preventivo-general-intimidatoria de la amenaza penal, surte efecto cuando el autor tiene una mínima probabilidad de encontrar la ayuda necesaria tras la realización del hecho típico y, con ello, de forma mediata, se disminuye el riesgo de la comisión de delitos (46). Pero no sólo la prevención general intimidatoria exige la protección de la efectividad de la amenaza penal, en los dos momentos de la imposición de la pena y de su ejecución, sino que también desde una perspectiva de prevención general positiva es ésta necesaria.

3.3. La prevención general, entendida como «protección efectiva de la conciencia social de la norma» (47), exige que la norma penal tenga efectividad. La población no se puede «tomar en serio» unas normas que en la práctica no surten efecto. Si la sociedad advierte que se pueden conculcar los tipos penales sin que ello conlleve la respuesta legal prevista en la propia norma, o sin que ello se efectúe en forma adecuada y rápida, no sólo desaparece su eficacia preventiva sino que, además, ello provoca un sentimiento de injusticia en relación con los otros supuestos en que sí surte efecto la amenaza penal. La tarea preventiva del Derecho sólo se puede llevar a término correctamente cuando la sociedad «toma en serio» las amenazas de castigo previstas en los tipos penales. Para conseguirlo es exigible, no sólo que se dicte la sentencia de forma rápida y adecuada al hecho, sino además que se ejecute el castigo. En consecuencia, tanto desde una perspectiva de prevención general positiva-integradora como negativa-intimidatoria se ha de pro-

(45) Sobre el concepto de prevención general intimidatoria, vid. Luzón Peña, «Prevención general y Psicoanálisis», en *Derecho Penal y Ciencias sociales* (ed. Mir Puig), Bellaterra, 1982, pp. 149 y ss.

(46) En este sentido, Mieke, «Fest. für Honig», 1970, p. 105; Lenckner, «Zum Tatbestand der Strafvereitelung», *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, München, 1978, pp. 339-357, p. 353 y n.º 40.

(47) Mir Puig, «Prevención y teoría de la pena: presente y alternativas», *Poder y control*, n.º 0, 1986, p. 54.

teger de forma unitaria la imposición y la ejecución de la pena, por lo que no entraremos en la discusión sobre el concepto de prevención general que deba considerarse como más adecuado.

3.4. La función de prevención especial que la Constitución asigna al Derecho Penal, artículo 25.2, ha sido considerada, por la doctrina, como expresión de un derecho ideal, es decir, con una finalidad orientadora en relación con la ejecución de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad (48). Esta interpretación del precepto constitucional es la única posible. Si se aplicarán las penas atendiendo exclusivamente a criterios preventivo-especiales se iría en contradicción con los principios de proporcionalidad y culpabilidad consagrados por la propia Constitución. Por otro lado, no hay que olvidar las profundas críticas vertidas en torno a la idea de resocialización social por atentar a la dignidad humana. A ello hay que sumar el fracaso de la resocialización en los países en que se ha intentado llevar a término. En ningún caso puede decirse que los resultados obtenidos sean esperanzadores. Que la idea de la prevención especial se repita en el artículo 1 de la Ley General Penitenciaria puede explicarse en el sentido de que la resocialización ha de ser la tendencia a seguir en la forma de ejecución de las penas privativas de libertad. En Alemania, sin embargo, un sector doctrinal entiende que en los tipos que protegen la imposición y la ejecución de la condena se protegen conjuntamente las finalidades de prevención general y especial (49). En este sentido, se afirma que un proceso rápido permite ajustar la pena en mayor medida tanto a las circunstancias del hecho —proporcionalidad y prevención general— como a las del sujeto —culpabilidad y prevención especial— (50). En consecuencia, se entiende que la protección del proceso penal con el fin de alcanzar una imposición de la pena de forma adecuada y rápida tiene al mismo tiempo funciones de prevención general y especial y de justicia —proporcionalidad y culpabilidad. Sin entrar en la validez o no de la prevención especial, por no ser ésta la sede adecuada, lo que sí es evidente es la importancia de un proceso rápido, por ser condición *sine qua non* para cumplir con los principios de proporcionalidad y culpabilidad (51).

3.5. La referencia a los principios de proporcionalidad y culpabilidad apunta ya a los límites que han de estar presentes a la hora de pro-

(48) Cobo-Boix, «Garantías constitucionales del derecho sancionador», *Comentarios a la legislación penal*, T. I, pp. 191-232, en particular, pp. 218 y ss.

(49) Cfr. Lenckner, *Gedächtnisschrift für H., Schröder*, p. 344; Rudolphi, «Strafvereitelung durch Verzögerung der Bestrafung», *JuS*, 1979, p. 861; Kusch, *NSZ*, 1985, p. 389.

(50) Rudolphi, *JuS*, 1979, p. 861; Frisch, «Tatbestandsprobleme der Strafvollstreckungsvereitelung», *NJW*, 1983, p. 2471.

(51) La propia Constitución en el art. 24.2 consagra el derecho, en este caso como derecho del procesado, a «[...] un proceso público sin dilaciones indebidas...».

teger las finalidades preventivas del Derecho Penal. Hasta aquí hemos tratado de fundamentar la necesidad de proteger penalmente la imposición y ejecución de las penas de forma rápida y adecuada al hecho típico realizado. No podemos olvidar, sin embargo, que la propia Constitución proporciona criterios rectores sobre los límites que han de ser tenidos en consideración. El primero de estos límites tiene carácter material y hace referencia a la situación de conflicto que surge siempre que el Estado ejercita el *Ius Puniendi* (52). El artículo 10.1 de la Constitución proclama, como «fundamento del orden político y de la paz social», «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás». Tanto la dignidad de la persona como otros derechos inviolables como la libertad —no sólo deambulatoria sino también en otros de sus múltiples aspectos como puede ser: de vivir en un determinado lugar, de ejercer una profesión, de conducir...— o la propiedad — multa, confiscación...— resultan lesionados. La afectación de derechos fundamentales de la persona no sólo tiene lugar en el momento de la ejecución de la condena sino también durante su imposición, es decir, a lo largo del desarrollo del proceso penal. Del artículo 10.1.º es posible deducir al primacía del individuo frente a la sociedad en nuestra Constitución (53). Por tanto, en el conflicto de intereses entre bienes jurídicos supraindividuales, como son tanto la eficacia preventiva del Derecho Penal como el funcionamiento de la Administración de Justicia, y la dignidad humana la balanza se ha de inclinar necesariamente a favor de la segunda (54). La consecuencia inmediata de la existencia de este límite tiene especial incidencia en la propuesta de atipicidad respecto de la *autofrustración* (55).

3.6. El segundo límite está relacionado específicamente con el desarrollo del proceso. La necesidad de que, por exigencias preventivas, la imposición de la pena se lleve a efecto de modo rápido está limitada por el derecho de defensa y otros derechos instrumentales. En el artículo 24.2. de la Constitución se consagra el derecho a la defensa, junto a otros derechos como el de acción o el jurisdiccional. La exigencia de un proceso rápido no puede ir en detrimento del derecho constitucional a la defensa. Este límite debe de ser tenido en cuenta, en primer lugar, en el momento legislativo. En este primer momento la existencia del derecho a la defensa conlleva que sólo se puedan tipificar

(52) Vid., *Supra*, 2.8.

(53) Berdugo Gómez de la Torre, «El consentimiento en las lesiones», *CPC*, 1981, p. 209.

(54) Vid. Cerezo Mir, «La regulación del estado de necesidad en el Código Penal español», *Estudios penales y criminológicos*, X, Santiago de Compostela, 1987, pp. 87-88, que entiende que con la *dignidad de la persona humana* nos encontramos frente a un principio de justicia material, como límite imanente del Derecho positivo.

(55) Vid. *Supra*, 2.8 y *Infra*, 5.

aquellas conductas que supongan una dilatación del proceso sin servir, al mismo tiempo, para cumplimentar ese derecho a la defensa (56). El derecho a la defensa tendrá a su vez eficacia en un segundo momento, es decir, en la resolución del caso concreto. En el juicio sobre la tipicidad de un *retraso* la imposición de la pena habrá que atender a si la causa del retraso servía a la defensa del procesado o únicamente pretendía ocultar datos o, sencillamente, dilatar el momento de la imposición de la condena.

3.7. Dentro de este derecho a la defensa se encuentra el derecho a «no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpable». Este aspecto del derecho de defensa nos ofrece un nuevo motivo para afirmar la atipicidad de la *autofrustración de la pena*, en este caso, en relación con la *autofrustración del proceso*. Este derecho es reflejo, en la propia Constitución, de la situación de conflicto que surge en estos casos. Un sentido similar al anterior, extendiendo el alcance de este derecho a «no colaborar con la acusación», tiene el llamado «derecho al secreto», consagrado en el mismo artículo 24, en el último párrafo. De acuerdo con los artículos 261, 263 y 416 LECr. este derecho se concreta en la dispensa de la obligación de denunciar y de declarar para determinadas personas que tienen un lazo de parentesco o profesional con el acusado. Hasta que punto este derecho de parientes y abogado defensor debe de afectar a la protección de la eficacia preventiva de las normas penales es algo que necesita una profunda discusión que excedería los límites de este trabajo. No obstante, podemos adelantar, que, a primera vista, parece indiscutible la necesidad de tomarlo en consideración, pero ¿cuál ha de ser su alcance? (57). La única posibilidad de concretar este derecho y limitar su alcance es plantearlo como un supuesto de conflicto de deberes. En este conflicto tenemos, por un lado, el deber del abogado o pariente de defender al acusado y, por otro, el deber de los mismos de no obstaculizar irregularmente el deber que tiene el Estado de imponer una condena como consecuencia jurídica de la realización de un hecho típico y antijurídico. Aquellos comportamientos que supongan una obstrucción del proceso, sin estar justificados por el ejercicio del derecho a la defensa, constituirían la modalidad típica de *frustración del proceso*.

3.8. Todo lo anterior nos ofrece un primer marco del contenido y alcance de las conductas típicas en relación con la imposición y ejecución de la pena. Por un lado, ofrecemos un concepto del bien jurídico que se debe de proteger: la eficacia preventiva de las normas penales. Del mismo modo, hemos buscado los límites que ha de tener la protec-

(56) Sobre el alcance del derecho de defensa, vid. Gimeno Sendra, «Los derechos de asociación penal al juez legal y de defensa y sus derechos instrumentales», *Comentarios a la legislación penal*, T. I, pp. 141-190, en particular, pp. 162-190.

(57) *Infra*, 5, haremos una somera referencia a este punto, en relación con la opinión de la doctrina y legislación alemana sobre el mismo.

ción de ese bien jurídico. Ello nos permite comprender la estructura homogénea que tienen los momentos de imposición y ejecución de la pena por constituir dos aspectos de un mismo problema: la eficacia de la norma penal. Junto a esta base común se ha de considerar la existencia de diferencias que, aun no siendo esenciales, no han de ser desestimadas. Un primer motivo, que explica la necesidad de distinguir entre uno y otro momento, es la existencia de límites que sólo afectan a la protección de la imposición de la pena. Un segundo motivo está relacionado con la *posible* mayor relevancia de los aspectos de prevención especial en la protección de la ejecución de la pena. Junto a lo anterior, hay que poner de relieve la estrecha vinculación entre la *frustración* de la imposición y ejecución de la pena y el momento previo a la incoación del proceso: la *frustración* del descubrimiento de la realización de un hecho típico, es decir, el encubrimiento (58).

3.9. Una reestructuración de los llamados delitos contra la Administración de Justicia desde una perspectiva como la que aquí proponemos ha de buscar, de entre los delitos incluidos en ese Título, aquellos que afectan de modo inmediato a la eficacia preventiva de las normas penales, distinguiéndolos respecto de aquellos otros que sólo tienen una relación mediata, en cuanto afectan al correcto funcionamiento de la Administración de Justicia. Entre los primeros estarían el de falso testimonio en juicio penal y los de quebrantamiento de condena y evasión de presos. Por el contrario, los de acusación y denuncia falsa —con toda la problemática que conlleva sobre su carácter pluriofensivo o no (59)—, el llamado delito contra la libertad de las partes —con las críticas que ha merecido su regulación (60)—, el de falso testimonio en juicio civil, el de simulación de delito —que normalmente está íntimamente relacionado con la ocultación de la comisión de otro delito— y los de realización arbitraria del propio derecho y de omisión de evitar determinados delitos —que es difícil incluir, incluso, dentro de los delitos contra la Administración de Justicia en sentido amplio. De otros lugares de la Parte especial del Código habría que incorporar los de prevaricación judicial en asunto criminal, infidelidad en la custodia de presos y presentación de documento falso en juicio penal. Por último, de la Parte General se debería de extraer el tipo de encubrimiento, considerado por la doctrina como forma de participación (61).

(58) Vid. *Supra*, n.º 36.

(59) Cfr. Magaldi, «Aspectos esenciales de la acusación y denuncia falsa», *ADPCP*, 1987, pp. 37-72, en particular, pp. 38-46; a favor del carácter pluriofensivo; Córdoba Roda, *Comentarios*, III, p. 1088.

(60) Sobre los problemas que suscita este tipo, vid. Magaldi, *CPC*, 1987, pp. 589-617.

(61) En otro sentido, Mir Puig, «Derecho Penal. Parte General», 3.ª ed. Barcelona, 1990, p. 442, que entiende que el art. 17 CP no obliga a considerar al encubridor como partícipe, sino que sólo determina el carácter accesorio del encubrimiento respecto del hecho principal.

3.10. Lo anterior fue recogido, en parte, por el Proyecto de Código Penal de 1980 y por el Anteproyecto de Código Penal de 1983. En el primero se recoge dentro de los delitos contra la Administración de Justicia la prevaricación de jueces, abogados y procuradores y el favorecimiento personal y real, es decir, el encubrimiento. Junto a ello incorpora un tipo nuevo en el artículo 513 que hace referencia a la destrucción, inutilización u ocultación, cometida por abogado o procurador, de documentos o actuaciones, que afecta de modo inmediato a la protección de la imposición de la pena. Con ello, sin embargo, no se logran los objetivos que aquí pretendemos alcanzar (62). Estos son:

— Protección diferenciada de las conductas que afectan únicamente al funcionamiento del proceso penal y las que lesionan las finalidades preventivas.

— Una protección específica y unitaria respecto de aquellas conductas que afectan de modo inmediato a la eficacia preventiva de la norma penal.

— Una limitación de esta protección en atención a los principios constitucionales.

— Protección conjunta cualquiera que sea el autor, con independencia de poder crear tipos agravados para los supuestos en que el autor sea un funcionario o de poder castigar, en estos casos, también las realizaciones imprudentes.

— Dentro del tratamiento unitario de estas conductas distinguir entre aquéllas que afectan al momento previo al proceso, las que lo hacen respecto de la imposición de la pena y las que atañen a la ejecución de la pena.

— Una concreción de las conductas típicas y de la imputación del resultado, en base a las finalidades preventivas que se protegen.

3.11. Las características que presenta la Administración de Justicia, como bien jurídico, no permiten hablar de un resultado distinto a la propia lesión del bien jurídico que supone la realización de una conducta típica. De esta forma los delitos que afectan exclusivamente al funcionamiento de la Administración de Justicia, sin lesionar la finalidad de prevención general, han de quedar separados e, incluso de *lege ferenda*, y en virtud del principio de *ultima ratio* del Derecho Penal, sustituir la protección penal por la administrativa. Si analizamos los distintos delitos contra la Administración de Justicia es posible advertir que nos encontramos frente a delitos que además de no tener identidad propia, en general, tienen una naturaleza pluriofensiva. Son tipos, en los cuáles la lesión del funcionamiento de la Administración de Justicia puede ser: 1) un medio para la comisión de otro delito, como en la acusación y denuncia falsa respecto de la calumnia (62 bis); 2) un

(62) En este sentido, Vives Antón, en Cobo y otros, *DP, PE*, 2.ª ed., p. 299.

(62 bis) Esta afirmación es válida también respecto de la regulación de los delitos contra la Administración de Justicia en el Anteproyecto de 1991.

medio para ocultar o para cometer otro delito, así la simulación de delito (63), o 3) una consecuencia irrelevante de otro hecho típico, como en el llamado delito contra la libertad de las partes (64). Respecto al delito de omisión de evitar determinados delitos se trata de avanzar las barreras de protección de otros bienes jurídicos que se consideran especialmente valiosos (65). En relación con el falso testimonio su naturaleza falsaria ha sido repetidamente puesta de relieve por la doctrina (66). Hay un dato histórico que avala esta postura y es que hasta la promulgación del Código Penal de 1939 este tipo estuviera situado entre las falsedades. Desde un punto de vista de contenido material y sistemático no entiendo el porqué se sacó de las falsedades únicamente el falso testimonio y no la presentación en juicio de documento falso. Por último, respecto de la realización arbitraria del propio derecho se pone de relieve no sólo su carácter pluriofensivo (67), sino que incluso se pone en duda su carácter de delito contra la Administración de Justicia (68) y se advierte sobre su carácter superfluo (69). Esta rápida exposición de la situación actual pone de relieve que los delitos contenidos en este Título no tienen un verdadero contenido de injusto material común. Ello puede verse como consecuencia de la poca concreción que permite un bien jurídico como la Administración de Justicia. Del mismo modo, el panorama anterior sirve para poner en duda la necesidad de un tratamiento penal diferenciado de los supuestos que únicamente afectan al funcionamiento de la Administración de Justicia (70),

(63) Muñoz Conde, *DP, PE*, 8.ª ed., p. 736, advierte como la simulación de delito puede servir tanto para ejecutar otro delito como para ocultar la realización de otro. Esto se advierte aún con mayor claridad al analizar los casos que llegan a los tribunales como simulación de delito, así por ejemplo, SAP, Sevilla, 21-7-1983, en la que se finge que B ha sido víctima de un atraco para quedarse con el importe del cheque que *había sido robado*.

(64) En este sentido la crítica de Quintero Olivares, *RJCat*, 1980, p. 200, donde afirma que las conductas previstas en este tipo serían igualmente punibles sin la existencia de estos delitos.

(65) En este sentido, Vives Antón, en Cobo y otros, *DP, PE*, 2.ª ed., p. 299; en otro sentido, Muñoz Conde, *DP, PE*, 8.ª ed., p. 739, que entiende que el bien jurídico protegido es el deber de solidaridad referido a los bienes jurídicos previstos en el tipo.

(66) Vid. Magaldi-García Arán, *DJ*, n.º 37-40, p. 1144.

(67) Córdoba Roda, *Comentarios*, III, p. 1182; Bajo Fernández, «La realización arbitraria del propio derecho», Madrid, 1976, p. 61.

(68) En este sentido STS 1 de febrero de 1971 (A 453) o STS 12 de junio de 1975 (A 2863).

(69) Quintero Olivares, *RJCat*, 1980, p. 201, entiende que la mayoría de los comportamientos previstos como típicos, en la ampliación del tipo propuesta en el Proyecto de Código Penal de 1980, se puedan subsumir en los delitos de amenazas y coacciones.

(70) En el supuesto de que político-criminalmente parezca conveniente su mantenimiento se podría considerar la propuesta de Magaldi-García Arán, *DJ*, n.º 37-40, p. 1125, de incluirlos entre los delitos contra la Administración Pública (en la actualidad «delitos de funcionarios en el ejercicio de sus cargos»).

ya que en ese caso aparece más conveniente un tratamiento unitario con los otros delitos contra la Administración Pública. Esta propuesta de configuración de los tipos de quebrantamiento de condena supone un retroceso de la barrera de protección respecto a la actual regulación, a diferencia de lo que está sucediendo en las actuales reformas del Código con la creación de numerosos delitos de peligro tanto concreto como abstracto. Este retroceso no sería posible si se entiende que el bien jurídico protegido es la Administración de Justicia, pues en tal caso el delito se consuma cuando la conducta interfiere en el proceso penal alterando su correcto funcionamiento.

4. BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN ESTOS TIPOS: EL QUEBRANTAMIENTO DE CONDENA Y OTRAS MODALIDADES DE *FRUSTRACION* DE LA PENA

4.1. En el apartado anterior hemos adelantado el contenido del bien jurídico protegido en el delito de quebrantamiento y afines. Ahora pretendo indicar alguno de los problemas que supone defender otro contenido del bien jurídico y señalar las consecuencias que conlleva defender el bien jurídico propuesto. Hemos advertido como no es posible desligar el estudio de estas conductas de las finalidades de la pena y del Derecho Penal. En cierta medida, estamos frente a un problema análogo al que suscita la reincidencia, como puso de relieve Mir Puig (71). No obstante, así como la reincidencia es indicativa del fracaso del actual sistema punitivo, los tipos a que aquí hacemos referencia pretenden combatir, desde otra perspectiva, ese mismo fracaso (72). Decimos desde otra perspectiva porque, como ya avanzamos en el apartado anterior, con estos delitos no se pretende proteger, al menos como finalidad primordial, la eficacia de la prevención especial. El fracaso del sistema punitivo es un fracaso, básicamente, de la prevención especial y, en particular, de la resocialización. La idea de resocialización no justifica el castigo por quebrantamiento, pues el quebrantamiento de una condena sólo indica que no se ha logrado esa pretendida resocialización. Con estos tipos, sin embargo, no se pretende incidir en el sujeto que ya ha delinquirido sino en toda la sociedad. Por otro lado, desde la prevención especial no se puede abarcar

(71) Mir Puig, *La reincidencia...*, p. 13, pone de relieve la estrecha relación entre reincidencia y finalidad de la pena, considerando que el instituto de la reincidencia es un criterio esencial para medir el éxito o el fracaso de un sistema penitenciario.

(72) El diferente significado de la reincidencia y el quebrantamiento, es puesto de relieve por Mir Puig, *La reincidencia...*, pp. 525-526, que advierte como en el primero supone la negación del contenido inmediato de la sentencia, la infracción del reincidente deja intacto el contenido de la condena.

todas las modalidades de conducta que, en esta sede, consideramos que merecen un tratamiento unitario.

4.2. El quebrantamiento de condena, entendido como delito contra la Administración de Justicia, se justifica únicamente como lesión del «sentido de autoridad de una sentencia condenatoria» (73). Así considerado, se justifica también la propuesta de situar los tipos de quebrantamiento y evasión como delito de desobediencia a sentencias, que hoy se reconduce al delito de desobediencia del artículo 237 del Código Penal (74). Con ello nos enfrentáramos a un delito que estaría dirigido, de forma inmediata, al sujeto sobre el que ha recaído la condena, cuando lo que aquí proponemos, en atención a criterios constitucionales y a los principios generales del Derecho Penal, es la consideración de las conductas de *autofrustración* como atípicas. Por el contrario, el planteamiento aquí defendido permite distinguir entre la desobediencia a una sentencia penal y a otra civil, y tratar conjuntamente las conductas que afectan a los distintos momentos en que ha de mostrar su eficacia la norma penal. Por último, y motivo esencial del rechazo a entender que el bien jurídico es la Administración de Justicia es la falta de justificación material del castigo de estas conductas desde el momento en que se niega que el Derecho Penal tenga como finalidad convencer al delincuente de su maldad. Es decir, las mismas críticas que se han vertido frente a la idea de resocialización se podrían repetir aquí.

4.3. La concepción del bien jurídico de los tipos de quebrantamiento y afines, entendido como eficacia de las finalidades de prevención general adscritas al Derecho Penal, conlleva la configuración de los tipos como delitos de resultado, a diferencia de los delitos contra la Administración de Justicia, en general, de mera actividad. No es lo mismo un delito contra la Administración de Justicia, en el que se persigue un correcto funcionamiento del proceso y, por tanto, de naturaleza formal, en los que no se produce un efectivo resultado lesivo, que un delito que lesiona la función preventiva de la pena. Los delitos propuestos en este trabajo están configurados como delitos de resultado, en el sentido de que no persiguen proteger el proceso penal, sino lograr una aplicación y ejecución rápida de la pena adecuada. Si el proceso se retrasa o se sigue un procedimiento de falta en lugar de delito, por ejemplo, el ciudadano tiene la impresión de que el hecho penal no ha sido tenido en cuenta o no lo ha sido suficientemente, lo que determina la infracción de las finalidades de prevención general de la pena. El resultado típico se produce cuando no se impone la pena, se impone una menor a la debida, cuando se retrasa la imposición un tiempo considerable y cuando no se ejecuta esa pena o se

(73) En palabras de Latagliata, «Contributo allo studio della recidiva» (tomado de Mir Puig, *La reincidencia...*, p. 506).

(74) En este sentido, Magaldi-García Arán, *DJ*, n.º 37 a 40, p. 1193.

retrasa su ejecución. El resultado puede consistir en: la imposición de una pena distinta a la que correspondía, en la aplicación de una pena atenuada, en que no se tenga en consideración una circunstancia agravante, en que el comiso o la confiscación sólo alcancen a parte de los objetos que debían de ser confiscados o decomisados (75). También se consideraría frustrada la imposición de la pena si, por ejemplo, en base a una conducta antijurídica se consigue la absolución en primera instancia, aun cuando luego el sujeto fuera condenado en una instancia superior.

4.4. Mucho más problemático es afirmar la existencia de un resultado en los supuestos en que éste consiste en un *retraso* en la imposición de la pena y más aún, cuando se trata de un *retraso* en la ejecución de la pena. Un proceso rápido tiene al mismo tiempo una función de prevención general y de justicia, siendo además una exigencia constitucional, como pusimos de relieve en los apartados anteriores. Es evidente que el tiempo todo lo diluye y borra las pruebas, todo aparece más dudoso. El problema es determinar que *en qué casos* y *qué entidad* tiene que revestir el retraso para que suponga una efectiva *frustración de la pena* (76). Desde la perspectiva cualitativa, es evidente que cualquier retraso en el proceso no supone la realización de una conducta típica. En primer lugar, el retraso ha de surtir efecto respecto del momento de la imposición de la pena (77) y, además, este retraso ha de ser contrario a derecho. Un retraso en el proceso será contrario a derecho cuando exceda de los límites que se concede al derecho de defensa (78). Para ello será necesario examinar, en el caso concreto, si, dadas las circunstancias, el retraso en la imposición de la pena o en la ejecución de la condena lesiona la eficacia de la prevención general. Desde el punto de vista cuantitativo, el primer problema lo suscita el hecho de que no es posible decidir, con carácter general, qué cantidad matemática de tiempo constituye lo que se ha llamado *tiempo considerable* (79). Es decir, cuál es el lapso de tiempo

(75) En Alemania, donde se impone la pena de días-multa atendiendo a la posición económica del procesado, se considera también como resultado de frustración de la pena cuando se procuran pruebas falsas sobre los ingresos, vid. Stree, «Schönke-Schröder, 23.^a ed., § 258, n.º 16.

(76) Este problema ha sido largamente discutido en Alemania, vid. Vormbaum, «Der strafrechtlich Schutz des Strafurteils», 1987, pp. 394 y ss; Rudolphi, *JuS*, 1979, pp. 859 y ss., sin que, sin embargo, se haya llegado a resultados completamente satisfactorios. Se está de acuerdo en que el retraso en un *tiempo considerable* —*geraumte Zeit*—, es un resultado típico del delito de *frustración de la pena*, pero las posturas se enfrentan en el momento de determinar cuando es *considerable* el tiempo.

(77) En este sentido, Stree, «Schönke-Schröder», 23.^a ed., § 258, n.º 16.

(78) Sobre la naturaleza y alcance del derecho de defensa, vid. Gimeno Sendra, *Comentarios*, T. I, pp. 170-190.

(79) En Alemania existen sentencias contradictorias; así, por ejemplo, según el GBH, *NJW*, 1959, p. 495, no se produce el resultado por un retraso en la indagación de

que se considera suficiente para afirmar la existencia de un resultado típico de frustración de la pena. En relación con el retraso en el tiempo en la ejecución de la condena de privación de libertad, la doctrina alemana (80), está de acuerdo en afirmar que se produce siempre que el autor del hecho previo comete un delito en ese lapso de tiempo. Sin embargo, tampoco en relación con los *retrasos* en la ejecución de la condena existe acuerdo sobre cuándo, en los otros casos, se entiende que el tiempo transcurrido en libertad es *considerable* (81). Lo esencial es, en este punto, que el sujeto salga del ámbito de la custodia estatal, siendo irrelevante la *cantidad* de tiempo transcurrido (82). En general, tanto respecto de la frustración del proceso como de la ejecución, lo único que se puede afirmar *a priori* es que, desde el momento en que se *inicia* el *retrao*, en la imposición de la pena o en la ejecución de ésta, comienza *ya* el problema del límite (83). En España, esta discusión puede parecer pura ciencia ficción cuando estamos *acostumbrados* a retrasos no de días sino de años. Sin embargo, ello no justifica el rechazo de una disposición de tal índole, sino que, por el contrario, la existencia de esta criticable situación hace más necesaria una norma de este tipo. Ello no es óbice para que, en base a la *costumbre al retraso* en los procesos penales, institucionalizada en nuestro país, no se podrá considerar infringida la finalidad preventiva por un retraso de días sino de meses y, sucesivamente, en tanto en cuanto mejore la situación de la justicia, de semanas...

4.5. El hecho de que el delito de quebrantamiento de condena se conciba con una *finalidad de protección de la eficacia preventivo-general de la pena* tiene también consecuencias a la hora de realizar el juicio sobre el injusto típico de la conducta. Para que una conducta sea típica ha de ser idónea para lesionar la eficacia preventivo general de la pena. La constatación de la existencia de un riesgo típicament relevante en la conducta del sujeto se prueba a través de lo que he denominado primer juicio de atribución (84). Para la realización de este juicio son de utilidad algunos principios regulativos, como el

seis días; Stuttgart, *NJW*, 1976, p. 2084, considera suficiente para afirmar la realización del resultado cuando se hace factible al autor un vuelo al extranjero y éste retorna voluntariamente a los diez días.

(80) Kusch, *NStZ*, 1985, p. 390.

(81) Frisch, *NJW*, 1983, p. 2474, afirma que un retraso de dos días en la ejecución de la condena no es suficiente para la consumación; Kusch, *NStZ*, 1985, p. 390, afirma, por el contrario, que un día de retraso es suficiente para la consumación.

(82) En este sentido, Zielinski, *AK*, § 120 StGB, n.º 2 d).

(83) En este sentido, Lenckner, «Gedächtnisschrift-H. Schröder», p. 346 y n.º 21, el inicio del límite surge cuando se retrasa horas.

(84) Sobre el concepto y contenido de este «primer juicio de imputación», como presupuesto de la imputación objetiva», vid. Corcoy Bidasolo, «El delito imprudente», Barcelona, 1989, pp. 335 y ss.

riesgo permitido y la adecuación social (85), que sirven como criterios de interpretación sobre la naturaleza típica de la conducta. El riesgo permitido o la adecuación social sirven como criterio restrictivo respecto del carácter típico de una conducta, en tanto que idónea para lesionar la eficacia preventivo general de la pena. En cada caso será necesario examinar si, pese a la apariencia de tipicidad de un determinado comportamiento, éste se encuentra dentro del ámbito del riesgo permitido o de la adecuación social (86). Respecto a la prueba de la relación de riesgo entre la conducta y el resultado, o imputación objetiva en sentido estricto (87), la utilización del criterio de la finalidad de protección de la norma infringida vuelve de nuevo la vista al bien jurídico protegido por la norma conculcada. Serán, imputables, por tanto, únicamente aquellos resultados que la norma tuviese como finalidad evitar (88).

4.6. En consideración a la finalidad de prevención general que se predica de los delitos de *frustración de la pena* —entendidos como frustración de la imposición de la pena o de su ejecución— es posible hacer depender, en cierta medida, la medida de la pena prevista para el delito de frustración de la pena. En la determinación de la pena se ha de tener en cuenta la gravedad del hecho previo, respecto del cuál se ha realizado la conducta de frustración de la pena. La gravedad de la infracción de la eficacia preventivo-general de la pena es distinta según se frustre, por ejemplo, la imposición o ejecución de la pena por un delito de hurto o por un asesinato. En esta dirección, en Alemania en el delito de frustración de la pena, § 258 StGB, se prevé una cláusula de medición de la pena en su pár. 3). Esta cláusula establece un *límite* a la pena prevista para el delito de frustración, en el sentido de que ésta no podrá ser superior a la prevista para el hecho previo. Otro aspecto de la situación de dependencia relativa respecto al hecho previo está en relación con la necesaria existencia de un hecho típicamente antijurídico y culpable de un autor. La *relatividad* de la dependencia llega hasta el punto de que la doctrina alemana (89), entiende que no es necesaria la comprobación de la existencia de un hecho previo determinado, siendo suficiente la prueba de la existencia de uno de los posibles hechos que sea merecedor de una pena o medida. En estos casos, para el límite de la pena previsto en el apartado 3) del § 258 StGB, se tendrá en consideración el hecho castigado con una

(85) Corcoy Bidasolo, «El delito imprudente», pp. 296 y ss., sobre el significado de los principios del riesgo permitido y la adecuación social.

(86) Vid. *Infra*, 7.

(87) Sobre estos términos, vid. Corcoy Bidasolo, «El delito imprudente», pp. 434 y ss.

(88) Corcoy Bidasolo, «El delito imprudente», pp. 561 y ss.

(89) Stree, «Schönke-Schröder», 23.^a ed., § 258, n.º 10.

pena menor. Esta dependencia, relativa, del hecho previo, no se contradice con la pretensión de este trabajo de dotar de un contenido propio de antijuricidad al delito de frustración de la pena y afirmar su naturaleza de delito autónomo (90). La autonomía de la *frustración de la pena* es consecuencia de que ésta, al igual que el encubrimiento, tiene un objeto de protección específico y un marco penal propio.

5. CONSTITUCION Y LEY GENERAL PENITENCIARIA: SU REPERCUSION EN RELACION CON LA AUTOFRUSTRACION DE LA PENA: DIVERSOS PROBLEMAS DE AUTORIA Y PARTICIPACION. LA RELACION DE PARENTESCO ANTE ESTE TIPO

5.1. Desde una concepción *no limitada* de la prevención general estaría indicado castigar los supuestos de frustración de la pena, *también* cuando éstos son realizados por el autor del hecho previo, es decir, por el procesado o condenado. No obstante, es de todos conocida la necesidad, puesta de manifiesto por la doctrina, de limitar la prevención general para no caer en el *terror penal* (91). La conveniencia de una restricción no puede predicarse, exclusivamente, respecto de la prevención general negativa (92), sino que afecta también a la prevención general positiva. El inexcusable acotamiento de la prevención general positiva ha conducido a la distinción entre la prevención general positiva fundamentadora y limitadora (93). Es evidente la *utilidad*, al menos a corto plazo, del castigo del procesado o condenado que frustra la imposición o la ejecución de la pena. Para lograr, en mayor medida, la eficacia de la función de prevención general del Derecho Penal estas conductas deberían de estar tipificadas. sin embargo, como hemos avanzado (94), la Constitución que, como con-

(90) En este sentido, Herzberg, «Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände», *GA*, 1971, pp. 1-12, en particular, p. 3, afirma que la existencia de un hecho penal previo no es un obstáculo para considerar el encubrimiento como delito autónomo.

(91) Cfr. Mir Puig, «Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva», *ADPCP*, 1986, pp. 49-58.

(92) Sobre la tendencia al terror penal de la prevención general negativa, vid. Roxin, «Culpabilidad y prevención» (trad. Muñoz Conde), Madrid, 1981, pp. 102 y ss. y 183.

(93) Esta necesidad se ha puesto de relieve especialmente tras la aparición del Tratado de Derecho Penal de Jakobs en 1983. Los peligros que conlleva su concepción de la prevención general como fundamentadora de la intervención penal fueron puestos en evidencia por Baratta, «Integración-prevención: una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», *CPC*, 24, 1984, pp. 541-549, y, en particular, p. 545.

(94) Vid. *Supra*, 2.8 y 3.5-3.7.

secuencia de la consagración de un Estado social y democrático de derecho, permite justificar la función de prevención del Derecho Penal, contiene, al mismo tiempo, otros principios que obligan a fijar unos límites a la protección de esta finalidad preventiva de la pena (95). La declaración de inviolabilidad de los derechos inherentes a la dignidad humana condiciona la consideración jurídica de la conducta del sujeto que frustra o intenta frustrar su *propia* pena. El condenado o procesado que persigue *frustrar* la imposición o ejecución de la pena está tratando de realizar un derecho fundamental protegido constitucionalmente, que, además tiene su raíz en el Derecho natural (96).

5.2. Una concepción de la prevención general puramente intimidatoria conduce a la conveniencia de castigar las conductas de *autofrustración*, tal y como afirmábamos en el apartado anterior. Sin embargo, desde una concepción de la prevención general positiva limitadora, como protección efectiva de la conciencia social de la norma, llegamos a una solución contraria. La atipicidad de la conducta de frustración llevada a cabo por el autor del hecho previo es la conclusión a que se llega desde esa postura en base a que *la sociedad no espera de él que se conforme con la imposición o ejecución de la pena*. Entra dentro del curso natural de los hechos que el procesado o condenado trate de obstaculizar la imposición o ejecución de la pena por lo que esa clase de conductas no afectan a la *conciencia social* de la norma a la que hacíamos referencia. El injusto, en cuanto lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, supone un ataque a la libertad ajena (97). Si la esencia de la infracción del Derecho es un ataque a la libertad ajena, el conflicto es evidente cuando se realiza un comportamiento que supone un ataque a la libertad ajena para lograr la propia (98). Estamos frente a una situación análoga a la que se suscita en el delito de detenciones ilegales, con la diferencia de que en éste se hace referencia únicamente a la libertad deambulatoria (99). Córdoba (100), en relación con el delito de detenciones ilegales, pone de

(95) Sobre estos límites, vid. *Supra*, 3.5 a 3.7.

(96) En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo imperial alemán, RGSt, 63, 233, fundamenta la impunidad del propio favorecimiento en el reconocimiento del derecho natural del derecho del autor penal a la *autofrustración*.

(97) La libertad carece de contenido sino se pone en relación inmediata con una serie de derechos intereses que permiten su ejercicio, sobre ello, vid. Vives Antón, *Comentarios*, T. I, pp. 23-25.

(98) Entendida la libertad en un sentido amplio de *dignidad humana*, vid. *Supra*, 3.5. y, en particular, notas 53 y 54.

(99) Sobre la libertad deambulatoria, vid. Córdoba Roda, «El delito de detenciones ilegales», *ADPCP*, 1964, pp. 383-404, en particular, pp. 390-392; sobre otros posibles contenidos de la libertad, vid. Vives Antón, *Comentarios*, T. I. pp. 21-24 y 37-44.

(100) *ADPCP*, 1964, p. 392.

manifiesto como *cualquier privación de libertad está necesitada de justificación*, por plantear un conflicto de intereses.

5.3. La atipicidad, de *lege ferenda*, de la conducta del sujeto que durante la ejecución de una pena privativa de libertad quebranta su condena, ha sido propuesta desde el siglo pasado por la doctrina española (101). Estructuralmente el prisionero está situado en una situación análoga a la de la legítima defensa o el estado de necesidad (102). Lo mismo es aplicable a las otras modalidades de pena, puesto que todas ellas suponen un mal que se infringe al sujeto y un ataque a la libertad entendida como posibilidad de ejercicio de los derechos fundamentales. Sin embargo, como estado de necesidad no se justificaría nunca la conducta por la naturaleza de *mal* que amenaza al sujeto: el cumplimiento de una condena legítimamente impuesta. Hay un cierto consenso doctrinal en afirmar, respecto de la naturaleza del *mal* propio del estado de necesidad, que éste *no ha de poder valorarse positivamente por el derecho* (103). Ello no es óbice para que, bajo determinadas condiciones, se puedan suscitar problemas de estado de necesidad, en sentido estricto. El estado actual de las cárceles, con los problemas derivados de la superpoblación —agresiones físicas y sexuales— y, el más grave aún, que ha surgido en la actualidad, como consecuencia del gran número de presos que son portadores de SIDA o de hepatitis B (104), determina que con el cumplimiento de la condena de privación de libertad se esté infringiendo un castigo que va más allá de lo legalmente previsto (105). Esto se pone en evidencia cuando se afirma que los principios inspiradores de la legislación penitenciaria son el respeto a la dignidad humana y el desarrollo de los reclusos (106). En estos casos el *mal* que amenaza no es ya el intrínseco al castigo que supone una sanción

(101) Vid. *Supra*, 1.4.

(102) En este sentido, Zielinski, *AK*, § 120, n.º 2.

(103) En este sentido, Mir Puig, *DP, PG*, 3.ª ed., pp. 492-493. El mismo problema se suscitaba de pretender aplicar la legítima defensa por no concurrir el requisito esencial de la agresión ilegítima.

(104) En Alemania estos problemas ya están llegando a los Tribunales, precisamente en relación con delitos de quebrantamiento de condena, así, por ejemplo, LG Ellwangen, 24-2-1988, *NSrZ*, 1988, pp. 330-331. En España, se han planteado ya estos problemas ante los Tribunales, pero no se ha aceptado ni estado de necesidad completo ni incompleto. Así, por ejemplo, STS 16-11-1990, en la que se recurre contra una condena por quebrantamiento de condena, alegando estado de necesidad, en base a las condiciones de higiene y salubridad del Depósito carcelario de Alcoy.

(105) Son imaginales, igualmente, otros supuestos de estado de necesidad, como puede ser, por ejemplo, libertar a algunos presos para terminar con una toma de rehenes, vid. Eser, «Schönke-Schröder», 23.ª ed., § 120, n.º 4.

(106) Mapelli Caffarena, «Principios fundamentales del sistema penitenciario español», Barcelona, 1983, p. 292, que entiende que la misión más importante del sistema penitenciario es preservar la dignidad del recluso.

penal sino otro distinto que afecta a la vida y a la integridad física del recluso. Por tanto, en estos casos, sí que es posible acudir a los criterios generales del estado de necesidad. Estamos frente a una problemática diferente a la que hemos desarrollado, en este trabajo, para fundamentar la *atipicidad* de la *autofrustración* (107). Se trata aquí de un problema de justificación, *stricto sensu*, que puede conducir a excluir la antijuricidad de conductas de frustración de la pena realizadas por personas distintas del condenado, en virtud de la figura del auxilio necesario. La atipicidad de la *autofrustración* se deriva de: 1.º) la preponderancia del derecho del individuo a la dignidad humana respecto de cualquier otro interés de la comunidad, y 2.º) del hecho de que la *autofrustración* no lesiona la función de prevención general limitadora del Derecho Penal. Esta fundamentación de la atipicidad de la *autofrustración* conlleva que sólo pueda afectar, en principio (108), al propio procesado o condenado, excepto que concurren los requisitos de una causa de justificación, como sucedería, por ejemplo, en el supuesto de darse un peligro inminente de contraer el SIDA. Una situación de esa clase justificaría, por auxilio necesario, no sólo la conducta del condenado, que sería atípica, sino también la del sujeto o sujetos que induzcan o cooperen a su puesta en libertad. Por último, añadir que respecto a las conductas de *autofrustración* de la pena en el momento de la ejecución existen otros medios para castigarlas. En los supuestos en que ésta se produce respecto de una condena de privación de libertad existen otras sanciones previstas en el Código Penal, como es la imposibilidad de redención de penas por el trabajo, artículo 100, 1.º del Código Penal, y en la Ley General Penitenciaria, entre las que se encuentran la pérdida de beneficios penitenciarios (109). La posibilidad de sancionar la frustración de la ejecución de una pena no se limita a los supuestos de quebrantamiento de una condena privativa de libertad (110). Encontramos otra clase de sanciones, por ejemplo, en el Código de Circulación donde se castiga la conducción sin permiso de conducir (111) o en los supuestos de inhabilitación, en los cuales, el sujeto que infringe una pena de esta clase, puede ser condenado por un delito de intrusismo o de usurpación de funciones.

(107) Vid. *Supra*, 2.8.

(108) Decimos *en principio* por las limitaciones que es posible proponer respecto de los parientes.

(109) Muñoz Conde, *DP, PE*, 8.ª ed., p. 730.

(110) En otro sentido, Magaldi-García Arán, *DJ*, n.º 37-40, p. 1153, proponen distinguir entre penas privativas de libertad y de derechos por no afectarles a las segundas el *bis in idem* que suponen las sanciones penitenciarias.

(111) Con independencia que antes también se castigaba penalmente esta conducta. En el Anteproyecto de 1991, se propone de nuevo su penalización en el art. 602, dentro de las faltas contra el orden público.

5.4. Los motivos aducidos en el apartado anterior hacen referencia especialmente a la *autofrustración* de la ejecución de la pena. Respecto a la fundamentación de la *atipicidad* de la *autofrustración*, en relación con el momento de la imposición de la pena, es decir, de la *frustración del proceso*, existen también razones específicas. En este primer momento, la atipicidad viene avalada por los amplios límites que alcanza la defensa por parte del acusado (112). La amplitud, que la Constitución y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, otorgan al *derecho de defensa* es consecuencia de que este derecho es la manifestación de una reacción natural de todo individuo consistente en repeler cualquier agresión (113). Se ha dicho que el procesado tiene derecho a defenderse por el silencio e, incluso, por la vía de ocultarse a la acción de la justicia provocando la rebeldía (114). Los derechos a no declarar contra sí mismos y a no declararse culpables están previstos, de modo específico, en el artículo 24, 2.º de la Constitución respecto de cualquier procesado (115) y en la LECr., por Ley Orgánica de 12 de diciembre de 1983, en el artículo 520, 2.º. Respecto al *derecho a mentir*, pese a que la Constitución no dice nada al respecto y el artículo 387 LECr. parece excluirlo, no existe ninguna norma que castigue esta conducta. Por el contrario, los artículos 420 y 715 LECr. prescriben que los testigos han de comparecer y decir la verdad, por lo que si incumplen estas obligaciones pueden ser procesados por delito de desobediencia a la autoridad o por falso testimonio (116). Un significado análogo tiene el derecho a *no confesarse culpable*, por parte del acusado. Para «no declarar contra sí mismos», tal y como se recoge en el artículo 520, 2.º LECr., según el sentido y contenido de la pregunta, muchas veces no es suficiente con callar sino que se debe de faltar expresamente a la verdad. A lo anterior, hay que añadir, por último, la relativa importancia que tiene en el proceso penal la confesión del acusado (117). En consecuencia, parece que nuestro derecho positivo está de acuerdo con la propuesta que realizamos, de tipificar las conductas de *frustración del proceso* únicamente respecto de los sujetos distintos del procesado. La incomparecencia de un testigo o la mentira de éste pueden constituir modalidades típicas de lo que aquí

(112) Vid. *Supra*, 2.8.

(113) Gimeno Sendra, *Comentarios*, T. I, p. 171.

(114) Gimeno Sendra, *Comentarios*, T. I, p. 172.

(115) Como pone de relieve Gimeno Sendra, *Comentarios*, T. I, p. 185, que advierte como en el art. 17, 3.º de la Constitución el *derecho al silencio* se refiere exclusivamente a los detenidos, mientras que aquí hace referencia al *derecho a no declararse culpable* de cualquier procesado, aun cuando no esté detenido.

(116) Gimeno Sendra, *Comentarios*, T. I, p. 186.

(117) Art. 406 LECr., «[...] la confesión del procesado no dispensará 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 de delito».

denominamos *frustración de la pena*. Por el contrario, esas mismas conductas realizadas por el procesado son atípicas.

5.5. Al afirmar la convenciencia, de *lege ferenda*, de la atipicidad de las conductas de *autofrustración de la pena* no se puede desconocer que, en la práctica generalidad de los casos, es el propio procesado o condenado el primer interesado en la realización de esos comportamientos. Ello conlleva que, en numerosos supuestos, la pertenencia o dominio del hecho (118) recae sobre el propio condenado o procesado, mientras que la conducta de los otros sujetos intervinientes está revestida de las características propias de la participación. Ello unido al principio de accesoriedad limitada de la participación conlleva que, según cómo se proponga la regulación del delito de frustración de la pena, éste puede quedar sin contenido en la práctica. La regulación alemana de la *frustración de la pena* —*Strafvereitelung*— en el § 258, StGB ha dado lugar a innumerables controversias doctrinales (119), por las dificultades que la redacción de este precepto suscita para poder castigar al sujeto que participa en una *autofrustración*. La actual redacción del § 258 StGB determina que pueda considerarse como interpretación contraria a la ley el castigo de un sujeto, que induce o coopera con el procesado o condenado, como autor del tipo de frustración de la pena (120). Es decir, cuando el *autor*, según los criterios generales de autoría, del delito de frustración de la pena, es el propio condenado o procesado, los demás deberían de quedar impunes, en virtud del principio de accesoriedad limitada en la participación. Otro sector doctrinal, sin embargo, de acuerdo con una interpretación histórica sobre la voluntad del legislador, al reformar el § 258 StGB, afirma que el actual tipo de frustración de la pena debe de entenderse como *causación de un resultado de ayuda* (121). Más exactamente, se trata de tipificar, en un mismo nivel, las modalidades delictivas de autoría, inducción o cooperación necesaria respecto del tipo de frustración de la pena. La anterior configuración de la frustración de la pena como un tipo de participación necesaria (122), susci-

(118) No entraremos aquí en el concepto de autor que se considera preferible pues ello excede con mucho los límites de este trabajo.

(119) Entre otras, vid. Wolter, «Notwendige Teilnahme und straflose Beteiligung», *JuS*, 1982, pp. 343 y ss.; Herzberg, *GA*, 1971, pp. 1-12; Frisch, «Tatbestandsprobleme der Strafvollstreckungsvereitelung», *NJW*, 1983, pp. 2471 y ss.

(120) En este sentido, Rudolphi, *JR*, 1984, p. 339; el mismo, «Fest-Kleinknecht», p. 392; Samson, *SK*, 4.ª ed., Frankfurt, 1985-6, § 258, n.º 45, que consideran que pese a tratarse de una laguna no deseada, ésta debe de ser rellenada por el legislador, no por una interpretación de esta clase.

(121) Küpper, *GA*, 1987, p. 393.

(122) Lo que en España se conoce, tradicionalmente, como delitos de encuentro. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en los delitos de encuentro, en este tipo el sujeto pasivo no es el procesado o condenado y, éste puede incluso no intervenir.

taba, sin embargo, otros problemas. La dificultad surgía respecto de la Jurisprudencia, que entiende que en la participación necesaria el interviniente necesario, en este caso el autor del hecho previo, era punible cuando inducía o cooperaba de forma que excediera de su papel (123) (124). Puede entenderse, por tanto, que la nueva redacción del § 258 StGB tiene como finalidad evitar esta interpretación. La fundamentación que hemos desarrollado respecto de la atipicidad de la *autofrustración* determina que no tenga sentido que pueda castigarse como participe a quien se considera que no debe de castigarse como autor. Por consiguiente, el tipo de frustración de la pena debería tener una estructura similar al de inducción y auxilio al suicidio, elevando a la categoría de autoría formas de participación, al configurar como delito autónomo determinadas modalidades de participación (125).

5.6. La atipicidad de la *autofrustración*, puede dar lugar a que en algunos supuestos los otros sujetos intervinientes no lleguen a realizar el tipo se frustración pese a cooperar en la conducta del autor previo y pese a que se configure la frustración de la pena como delito autónomo, en el sentido que proponíamos en el apartado anterior. De este modo, se puede entender que aquellos supuestos en los que la conducta del sujeto se puede calificar como cooperación mínima, de mero apoyo o fortalecimiento, con el autor previo, ésta será impune (126). Por el contrario, cuando al conducta del sujeto supere esta cooperación mínima, estaremos ante una frustración de la pena punible, en grado de consumación o tentativa, según el autor previo consiga o no la frustración del castigo (127). Se trata pues, de llevar a cabo una interpretación teleológica del tipo que permita distinguir los hechos que supongan una autoría punible de frustración de la pena de aquellos que son participación impune a una *autofrustración* del proceso o de la ejecución (128). Esta interpretación restrictiva del tipo pretende limitar la calificación de autor del tipo de frustración de la pena a aquellos suje-

(123) Sin embargo, tras la reforma de enero de 1974, la doctrina mayoritaria, entiende que no es así, por todos, Küpper, *GA*, 1987, p. 394, de lo que se derivan los problemas cuando el *autor* de la frustración, según las reglas generales de autoría, es el propio procesado o condenado.

(124) En contra de esta interpretación doctrinal, entre otros, Wolter, *JuS*, 1982, p. 349; Herzberg, *GA*, 1971, pp. 3-4; Stree, «Schönke-Schröder», 23.^a ed., § 258, n.º 33.

(125) En este sentido, respecto de la inducción y auxilio al suicidio, Cobo-Carbo-nell, en Cobo y otros, *DP, PE*, 2.^a ed., p. 542; Muñoz Conde, *DP, PE*, 8.^a ed., p. 68. La diferencia estribaría, en que en este caso no se distinguirían los supuestos de participación, *stricto sensu*, de los de «auxilio ejecutivo» o de «homicidio consentido», como sucede respecto del suicidio.

(126) Sobre el concepto de cooperación mínima, vid. Wolter, *JuS*, 1982, pp. 343 y ss.

(127) En este sentido, Frisch, *NJW*, 1983, p. 2472; Stree, «Schönke-Schröder», 23.^a ed., § 258, n.º 33.

(128) Lackner, *StGB Kommentar*, 16.^a ed., München, 1985, § 258, 2 b).

tos que realicen una conducta calificable, al menos, como de cooperación necesaria o de inducción, excluyendo las de complicidad.

5.7. Resta por mencionar otro problema que suscita la atipicidad de la *autofrustración de la pena*. La dificultad surge en aquellos supuestos en los que el procesado o condenado realiza una conducta, que junto a procurar su impunidad o liberación, sirve para lograr la impunidad o la liberación de otro. ¿Debe de quedar esta conducta también impune o tiene que castigarse como frustración de la pena respecto del otro sujeto? En este aspecto, la doctrina, distingue entre los supuestos en los que la impunidad o liberación de otro sujeto se produce *con ocasión* de la propia impunidad o liberación, de aquellos otros en los que éstas se producen *con motivo* de la *autofrustración* (129). En el segundo caso, *con motivo*, se trataría de supuestos en los que el sujeto instiga o coopera a la liberación de la cárcel o a la frustración de la pena de otro, para conseguir sustraerse él mismo del castigo (130). En este caso, en base a consideraciones sobre la finalidad de protección de la norma infringida es posible abogar por la impunidad (131). Se trata, en realidad, de supuestos que podrían calificarse de coautoría en una *autofrustración de la pena recíproca* y como autores, ambos de su propia frustración, impunes. Por el contrario, cuando la frustración de la pena de un tercero, se produzca *con ocasión* de la *autofrustración* de la pena, ésta será punible (132). Se entiende que la conducta de frustración de la pena de un tercero es únicamente «con ocasión» de la *autofrustración* y no «con motivo» cuando con la conducta de favorecimiento al tercero no se consigue ninguna mejora respecto de la propia frustración (133). La ayuda a la frustración ajena sucede, generalmente, *con ocasión* de la propia frustración, no «en ejercicio» y con «el fin» de la *autofrustración*. Estos comportamientos no están comprendidos por el significado de los motivos que fundamentaban la atipicidad de la *autofrustración*. La

(129) Sobre esta distinción, con ejemplos de una y otra clase de cooperación, vid. Wolter, *JuS*, 1982, pp. 344 y ss.

(130) Un ejemplo, de estos supuestos lo tenemos en la OLG Oldenburg, *NJW*, 1958, p. 1598, en la cual los presos G y B realizan de acuerdo su plan de huida. B se debería de poner de pie en el hombro de G y así treparía por encima del muro. Luego B ayudaba a subir a G al muro y de esta forma saltar ambos el muro y huir.

(131) En este sentido, Roxin, *LK, StGB Kommentar*, 10.^a ed., Berlin-New York, 1985, ante § 26, n.º 34; en sentido similar, Stree, «Schönke-Schröder», 23.^a ed., § 258, n.º 35, que entienden que será impune tanto si la ayuda a tercero es un medio o una consecuencia de la propia frustración.

(132) En este sentido, Wolter, *JuS*, 1982, p. 346.

(133) En este sentido, Schröder, *OLG Celle 7-4-1960, JZ*, 1961, p. 265, comenta una sentencia del *OLG Celle NJW*, 1961, p. 183, en la que el prisionero se procura la llave de la celda y en su huida abre la celda de su compañero de prisión B, para hacerle posible una huida común.

conducta de ayuda a un tercero «con motivo» de la *autofrustración*, por un lado, *no* suscita un conflicto de intereses en relación con la dignidad humana del sujeto y, por otro, sí infringe las necesidades preventivo-generales de la imposición o ejecución de la pena, puesto que en este caso la sociedad *sí espera* que el sujeto no pretenda la impunidad o liberación de otros (134).

5.8. A la cláusula que, en Alemania, prescribe la impunidad de la frustración de la pena, cuando la conducta típica se realiza a favor de un pariente, se le otorga el carácter de causa de exclusión personal de la pena (135). Se considera, sin embargo, que la naturaleza de estos supuestos es análoga al estado de necesidad exculpante, que tiene eficacia en el ámbito de la culpabilidad (136). Se trata, por tanto, de un problema de no exigibilidad de una conducta distinta (137) (138). La consideración de la impunidad de los parientes, en tanto que causa de exclusión de la culpabilidad, determina que para que surta efecto es necesario que el sujeto conozca que el autor previo, a quien ayuda en la *frustración de la pena*, es un pariente (139). No es suficiente que se dé el dato objetivo de que el sujeto a quien se frustra la pena sea un pariente (140). La doctrina tradicional española (141), entendía que la razón de la impunidad del encubrimiento entre parientes tenía su fundamento en la «ley natural» o en las «leyes de la naturaleza» (142). La

(134) Vid. *Supra*, 5.2.

(135) Stree, «Schönke-Schröder», 23.ª ed., § 258, n.º 39; Herzberg, *GA*, 1971, p. 10, creo que muy certeramente, entiende que por su naturaleza esta cláusula se fundamenta en el principio de inexigibilidad, es decir, es una causa de exclusión de la culpabilidad, a la que la ley trata como excusa absolutoria.

(136) En Alemania es impune la frustración de la pena de un pariente, de acuerdo con el pár. 6 del § 258 StGB; en Italia, art. 348, pár. 1.º, Code Penale, el parentesco es una causa especial de impunidad común a todos los delitos contra la Administración de Justicia, que incluyen también un parentesco.

(137) Herzberg, *GA*, 1971, p. 10, entiende que el privilegio que se concede a los parientes del autor previo en el encubrimiento y en la frustración de la pena se debe a razones de inexigibilidad. En el mismo sentido, Cobo-Vives, «Derecho Penal. Parte general», 2.ª ed., Valencia, 1987, p. 526, respecto del art. 18 CP.

(138) La doctrina tradicional española había considerado siempre la cláusula de impunidad del encubrimiento de parientes como una excusa absolutoria, sin embargo, en la actualidad, tanto la *jurisprudencia* como la *doctrina mayoritaria* la consideran como causa de inexigibilidad. Sobre las distintas opiniones doctrinales y jurisprudenciales, vid. Conde-Pumpido Ferreiro, «Encubrimiento de parientes», *Comentarios a la legislación penal*, T. V., vol. 1.º, pp. 343-347.

(139) Samson, *SK*, 4.ª ed., § 258, n.º 55.

(140) En este sentido, sin embargo, Lackner, *StGBK*, 16.ª ed., § 258, n.º 8.

(141) Sobre esta doctrina, vid. Conde-Pumpido Ferreiro, *Comentarios*, T. V, vol. 1.º, pp. 341-343.

(142) Sobre las distintas argumentaciones que la doctrina española ha propuesto para fundamentar la impunidad del encubrimiento entre parientes, vid. Bajo Fernández, «El parentesco en el Derecho Penal», Barcelona, 1973, pp. 207-224.

no exigibilidad de otra conducta se fundamenta en la existencia de lazos afectivos, con lo que, en principio, se tendría que estar al caso concreto para determinar si existe *efectivamente* una relación de afectividad y, en consecuencia, la situación de inexigibilidad. La inexigibilidad, como causa de exclusión de la culpabilidad, obliga a valorar en el caso concreto las circunstancias en que ha actuado el sujeto. No obstante, Rodríguez Mourullo (143), entiende que es «perfectamente posible reconocer que el artículo 18 del Código Penal se inspira en al no exigibilidad y atribuir, sin embargo, a la exención en él consagrada el carácter de excusa absolutoria y no de causa de inculpabilidad» (144).

5.9. Respecto a los motivos por los que el derecho positivo configura esta cláusula de forma objetiva, como presunción *iures et de iure* de la existencia de una causa de no exigibilidad (145), es especialmente atractiva la tesis de Bajo Fernández (146). Este autor entiende que la naturaleza objetiva de esta cláusula, como excusa absolutoria, se debe a que el legislador no pretende tener en cuenta los lazos de afectividad entre parientes, sino fomentar el deber de solidaridad humana. Desde esta perspectiva, el fundamento de la atipicidad de la *frustración de la pena* entre parientes se encontraría en una situación de *conflicto de intereses*. Por un lado, el interés, específico del tipo de frustración de la pena, en evitar la solidaridad de terceros con el procesado o condenado y, por otro, este deber de solidaridad humana que el derecho pretende fomentar. Sin embargo, actualmente, la doctrina rechaza que sea función del Derecho Penal moderno el fomentar valores éticos y afirma que su función ha de ser, exclusivamente, la de proteger bienes jurídicos. Pese a todo, de acuerdo con el derecho positivo, no puede olvidarse que tanto en el Código Penal como en la Constitución y en la LECr. se toma en consideración la relación de parentesco, en relación con situaciones que afectan al contenido del tipo de frustración de la pena (147).

5.10. Dada la estrecha relación existente entre el encubrimiento y la frustración de la pena, el parentesco, en principio, debería afectar a

(143) En Córdoba Roda-Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, 1972, T. I, pp. 944-945.

(144) Es decir, la misma argumentación de Herzberg, *GA*, 1971, p. 10 (nota 135), daba respecto de la cláusula prevista en el tipo de frustración de la pena.

(145) Rodríguez Mourullo, en Córdoba Roda-Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, T. I, p. 945.

(146) *El parentesco...*, pp. 217-219.

(147) En España, el art. 18 CP regula la impunidad para los encubridores del cónyuge o de persona ligada con análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos por naturaleza o afines en los mismos grados; en la Constitución, art. 24, párr. último se prevé la posibilidad de que la relación de parentesco afecte a la actividad de los parientes en relación con el proceso y en la LECr., art. 261 se exime del deber de denunciar a los parientes.

la consideración que la ley deba de tener respecto de las conductas de frustración realizadas por los parientes del autor previo. Abona esta afirmación el dato de que en el Proyecto de Código Penal de 1980, se prevé una atenuación cualificada de la pena para los supuestos en que el favorecimiento de la evasión de un preso lo realice uno de los parientes enumerados a propósito del encubrimiento. En la misma dirección, adquiere especial relevancia el artículo 24 pár. último, de la Constitución, que establece que la ley regulará los casos en que por razón de parentesco o de secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Este *derecho al secreto* se recoge en la LECr., en el sentido, de no obligar ni a denunciar, ni a comparecer ante el juez, ni a declarar. Sin embargo, sea cual sea el alcance que se conceda a este derecho al secreto, no creo que pueda fundamentarse, a partir de él, un derecho a mentir, como si sucedía respecto del propio procesado (148). Sin embargo, una cláusula, que considere una excusa absolutoria la relación de parentesco, con el consiguiente carácter objetivo que ello conlleva, no me parece lo más adecuado. Repugna a la idea de justicia que se considere impune la conducta del sujeto que proporciona un escondite a un preso evadido a cambio de una cantidad de dinero, porque éste sea su hermano, mientras que se castigue esta misma conducta cuando se hace por estrictas razones de amistad, sin que medie relación de parentesco alguna (149). Ello no obsta, para que la existencia de una relación de parentesco pueda surtir efecto en el caso concreto. En el juicio sobre lo injusto de la conducta se deberá de tomar en consideración, por ejemplo, el derecho al secreto prescrito en la LECr. Del mismo modo, es posible fundamentar la existencia de una causa de exclusión de la culpabilidad, por inexigibilidad de otra conducta, en base, precisamente, a esa relación de parentesco. Y, desde luego, en todo caso, es posible atenuar la responsabilidad a través de la circunstancia mixta de parentesco del artículo 11 del Código Penal. Si además de lo anterior es conveniente arbitrar una atenuante cualificada específica para el tipo de frustración de la pena, es algo que puede tomarse en consideración (150).

5.11. En el pár. último del artículo 24 de la Constitución se da un tratamiento unitario respecto de los parientes y el abogado defen-

(148) En este sentido, Gimeno Sendra, *Comentarios*, T. I, p. 190, entiende que, aun cuando el pariente tiene derecho a no declarar, si decide prestar declaración, rige para él la obligación de veracidad, pudiendo incurrir, por tanto, en un delito de falso testimonio.

(149) En este caso, no podría fundamentarse la impunidad ni tan siquiera en el supuesto de «análoga relación de parentesco», previsto para el encubrimiento, art. 18 CP, ya que ésta hace referencia a situaciones de vida en pareja.

(150) Lo dicho, en relación con la eficacia de la relación de parentesco, respecto de la frustración de la pena, se puede también reconsiderar respecto del encubrimiento.

sor. Sin embargo, dadas su diferente naturaleza jurídica y la distinta situación de ambos frente al proceso determina que no se puedan tratar conjuntamente respecto al problema que nos ocupa: la *frustración de la pena*. En primer lugar, señalar que la situación privilegiada del abogado sólo afecta al momento del proceso, no al de la ejecución, a diferencia de los parientes cuyo beneficio tiene efectos tanto respecto del proceso como de la ejecución. Respecto del abogado, no estamos frente a una causa de no exigibilidad sino frente a un aspecto del ejercicio del derecho a la defensa. No puede olvidarse que en el proceso penal la función del abogado presenta un marcado carácter público y está subordinada al interés superior de la Justicia (151). El abogado tiene que mantener su actuación dentro de los límites señalados por los medios procesales permitidos. Por ejemplo, en relación con los *retrasos* en el proceso, que como dijimos pueden constituir un supuesto de *frustración* de la pena (152), el abogado puede retardar el juicio con una solicitud de prueba o interponiendo otro medio jurídico, aun cuando no tenga ninguna posibilidad de éxito, pero no puede obstaculizar el proceso con medios inadecuados (153). Todo encubrimiento de la situación y toda obstaculización ilícita del proceso por parte del abogado defensor puede dar lugar a la realización del tipo de *frustración* de la pena. En Alemania, se califican como tales, por ejemplo: el realizar declaraciones falsas, por sí mismo o por medio de testigos ya decididos a realizar perjurio (154); fortalecer la voluntad de los testigos para realizar una declaración falsa; utilizar engaño o coacción con los testigos; hacer propias declaraciones falsas del acusado y presentarlas como verdaderas; esconder pruebas o suprimir una pieza probatoria... En este sentido, en el proyecto de Código Penal de 1980, en el artículo 513, se tipificaba «la destrucción, inutilización u ocultación, cometida por abogado o procurador, de documentos o actuaciones...». Esta regulación casuística de las posibles conductas de obstrucción del proceso por parte de los abogados determina que no se tengan en consideración «[...] otros posibles comportamientos profesionales tendentes a entorpecer maliciosamente la actividad de los Tribunales» (155). En resumen, pues, pese a la referencia conjunta que realiza la Constitución a los parientes y el abogado, el único aspecto que tienen en común es el *derecho al secreto*

(151) Gimeno Sendra, *Comentarios*, T. I, p. 171.

(152) Vid. *Supra*, 3.6 y 4.4.

(153) Sobre los límites del ejercicio del abogado penal, vid. Stree, «Schönke-Schröder», 23.ª ed., § 258, n.º 20, así, por ejemplo, según la sentencia BGH 10, 393, se puede recusar a un testigo pese a que este testifique correctamente o provocar la retirada de una querrela criminal con dinero.

(154) Vorbaum, «Der strafrechtliche Schutz», p. 421, con referencias jurisprudenciales.

(155) En este sentido, la crítica de Quintero Olivares, *RJCat*, 1980, p. 198.

entendido como no obligación de declarar hechos o datos que únicamente conocen por su especial relación con el procesado. En todos los demás aspectos, el abogado no sólo está obligado a no entorpecer ilícitamente el proceso sino que, además, tiene un especial deber de actuar.

6. NUEVAS MEDIDAS SUSTITUTIVAS DE LAS PENAS LARGAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD: LA APARICION DE NUEVAS MODALIDADES DELICTIVAS DE FRUSTRACION DE LA PENA. EN PARTICULAR, PROBLEMATICA SUSCITADA POR LOS ARRESTOS DE FIN DE SEMANA, LOS PERMISOS Y VACACIONES, LA PRISION ABIERTA Y LA PENA DE MULTA

6.1. Al inicio del trabajo advertíamos como la actual configuración de los tipos de evasión de presos y de infidelidad en la custodia de presos no son adecuadas a las nuevas modalidades de penas (156). La regulación existente puede dar lugar al surgimiento de innumerables lagunas frente a la nuevas situaciones surgidas tras la reforma penitenciaria como consecuencia de la aparición de penas sustitutivas de la de privación de libertad. En Alemania, por estos problemas, se propone la supresión del § 120 StGB que contempla la evasión de la cárcel, por considerar que se trata de un tipo que ha quedado obsoleto (157). La razón básica para rechazar la actual redacción de los artículos 336 y 362-363 del Código Penal, que regulan la evasión de presos y la infidelidad en la custodia de presos, es que están pensados para proteger la *custodia* de los presos (158). Por custodia no es posible entender otra cosa que la posibilidad de impedir la huida del prisionero de una forma física (159), pues sólo en esos casos subsiste la custodia administrativa. Al

(156) Vid. *Supra*, 1.7.

(157) Así, por ejemplo, Zielinski, *AK*, § 120, n.º 1; en sentido similar, Küpper, *GA*, 1987, p. 385, que advierte como tras la reforma de enero de 1974, se suprime el § 346 a) StGB, que era un tipo semejante al de infidelidad en la custodia de presos, y su contenido, pasa al § 258 a), como tipo agravado de la frustración de la pena, para los supuestos en que el autor sea un funcionario; análogo, Schröder, en «Maurach-Schröder», *Strafrecht Besonderer Teil*, II, 6.ª ed., 1981, p. 320, entiende que con ello, junto a la eliminación del § 120 StGB, terminará «la triste historia de la frustración de la pena».

(158) Vid Kusch, «Die Strafbarkeit von Vollzugsbediensteten bei fehlgeschlagen Lockerungen», *NSiZ*, 1985, p. 385, advierte como el fin de la prisión, entendida en el sentido tradicional, ha de llevar consigo la necesidad de arbitrar nuevas formas de protección de la ejecución de la condena.

(159) Vid. Córdoba Roda, *Comentarios*, T. III, p. 1164, hace referencia a la STS de 24 de mayo de 1967, en la cual se definen los términos «conducción y custodia», como «[...] situaciones de guarda del sentenciado o preso en cualquier lugar». La referencia a «lugar» refleja como la idea de «custodia» va unida a un espacio físico determinado.

hacer referencia, en el artículo 336 del Código Penal, a la conducta de «extraer», se pone de nuevo el acento en la idea de «extraer de las cárceles o de los establecimientos penales» (160).

6.2. El problema estriba en la imposibilidad de calificar determinados hechos como quebrantamiento de condena en base a la falta de la situación de «custodia» que pueda infringirse. Esta dificultad se suscita, especialmente, respecto de los arrestos de fin de semana, los permisos y vacaciones y los sistemas de cumplimiento de la pena privativa de libertad en régimen de prisión abierta... Suponen, sin duda, analogía contra reo, aquellas interpretaciones que ensanchan el significado del término *custodia* de modo que abarca a todas las situaciones en las que el preso está en el lugar en que tendría que estar, rompiéndose, únicamente, la situación de custodia cuando no es así (161). En consecuencia, so pena de caer en analogía contra reo, si tras un permiso o unas vacaciones, o incluso después de trabajar fuera, el sujeto no vuelve al establecimiento penitenciario, o, en el caso del arresto de fin de semana, sino se reintegra a la cárcel al llegar el sábado, no se puede hablar de realización del tipo de evasión de presos, ni de infidelidad en la custodia. En España, el problema no se ha suscitado, porque la redacción del artículo 334 del Código Penal, permite, en todo caso, castigar al preso por quebrantamiento de condena. Quebrantamiento de condena es toda conducta «[...] en virtud de la cual del sujeto condenado incumple la ejecución de la pena impuesta» (162). Por pena se entiende no sólo la privativa de libertad, sino también las restrictivas de libertad y las privativas de derechos (163). Pese a que en el artículo 334 del Código Penal, no se excluye expresamente ninguna clase de pena, se ha comprendido que éste no rige para la pena de muerte, de privación de la nacionalidad española (164), reprobaciones, multa, caución y pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito (165).

6.3. Creo necesario, en este punto, hacer dos puntualizaciones. La exposición anterior permite poner de manifiesto que, con nuestro derecho

(160) Córdoba Roda, *Comentarios*, T. III, p. 1178.

(161) En este sentido la interpretación de Eser, «Schönke-Schröder», 21.^a ed., § 120, n.º 6; sin embargo, en la 23.^a ed., § 120, n.º 6, se retrae de dicha afirmación, y sigue a la doctrina mayoritaria, que entiende que no se realiza el tipo del § 120 cuando el preso no vuelve tras un permiso.

(162) Córdoba Roda, *Comentarios*, T. III, p. 1166.

(163) En este sentido, Quintero Olivares, *RJCat.*, 1980, p. 203, entiende que la supresión de la mención al quebranto de la pena de privación de permiso de conducir no significa que sea atípica, sino el reconocimiento de que la actual fórmula es redundante.

(164) Este podría ser el sentido que habría que darle al controvertido artículo, que se propuso en el Proyecto de Código Penal de 1980, de «entrada indebida en territorio español».

(165) Córdoba Roda, *Comentarios*, T. III, p. 1168.

positivo, en la actualidad, en la mayoría de supuestos de frustración de la ejecución de una pena —quebrantamiento de condena— sólo se puede castigar por frustración de la ejecución de una pena al propio condenado. Esto se agudizará en el futuro, en tanto se produzcan menos modalidades delictivas incursas en la tipicidad de la evasión o infidelidad en al custodia de presos, en base a las nuevas formas de cumplimiento de las penas privativas de libertad y al hecho de que ganen terreno las penas alternativas a éstas. La doctrina española, ha criticado la existencia del tipo de quebrantamiento de condena, precisamente por recaer sobre el propio sujeto al que se impone la condena (166), mientras que, por el contrario, estas críticas no afectan a los tipos de evasión e infidelidad. Sin embargo, como advertíamos en el apartado anterior, con las nuevas modalidades de cumplimiento de la condena privativa de libertad, previstas en la Ley General Penitenciaria, el castigo sólo puede recaer sobre el propio condenado. No puede hablarse ni de evasión de presos ni de infidelidad en la custodia de presos cuando el favorecimiento del incumplimiento de la condena se produzca en una situación en la cual el sujeto no está bajo custodia: permisos, vacaciones, trabajo fuera de la cárcel, arresto domiciliario... Del mismo modo, estos tipos no son de aplicación cuando se favorece el quebrantamiento o, mejor dicho, la frustración de una pena no privativa de libertad. En consecuencia, respecto de la frustración de determinadas penas no privativas de libertad sólo se puede castigar al condenado y, en el supuesto de la frustración de otras, como la pecuniarias, la conducta de favorecimiento queda necesariamente impune.

6.4. En el apartado 6.3., veíamos que la doctrina entiende que quedan excluidas del artículo 334 del Código Penal los supuestos en que se infringe el cumplimiento de las penas pecuniarias: la multa, la caución y la pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito (167). Respecto a la multa, hay que tomar en consideración que la tendencia de la moderna política-criminal persigue potenciar la pena de multa en detrimento de las penas privativas de libertad (168). Si la pena de multa se erige en uno de los puntales del sistema de penas será necesario arbitrar una serie de medidas tendentes a proteger su eficacia. Entre ellas podría estar la de castigar las conductas que frustran la efectividad sancionadora de su cumplimiento, es decir, que suponen una forma de realización del tipo de frustración de la pena. Se ha considerado como supuesto de realización de una frustración del proceso, respecto de la pena de multa, la conducta del sujeto que procura datos falsos que prueban que el pro-

(166) Por todos, Córdoba Roda, *Comentarios*, T. III, p. 1164.

(167) Respecto de la pena de muerte, pérdida de la nacionalidad española y reclusión, su mismo significado impide que puedan ser quebrantadas.

(168) Mir Puig, *Rev. del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, enero-febrero, 1987, pp. 57-61, donde pone de relieve la actual tendencia legislativa a sustituir las penas cortas privativas de libertad por pena de multa.

cesado tiene un salario diario inferior al real que conlleva la aplicación, por el Juez, de una pena de multa como si el procesado tuviera unos ingresos mínimos o la ocultación de propiedades del sujeto para impedir la ejecución de la pena de multa o facilitar informes falsos para facilitar el pago aplazado... (169). En todos los casos anteriores, la pena de multa pierde, en todo o en parte, su naturaleza sancionatoria, puesto que supone para el condenado una carga mucho menor de la prevista por la ley.

6.5. Un supuesto límite se suscita respecto de la conducta del sujeto que paga la multa en sustitución del condenado. En Alemania, este comportamiento se ha calificado como supuesto de realización del tipo de frustración de la ejecución de una pena de multa (170). El fundamento de esta calificación estriba en el hecho de que las sanciones penales tienen una naturaleza de responsabilidad personal. Por consiguiente, la multa, en cuanto pena, tiene que significar una carga —castigo— personal respecto del procesado (171). El pago de la multa tiene la naturaleza de ejecución o cumplimiento de una pena. Uno de los inconvenientes que la doctrina ha puesto de manifiesto, respecto de la pena de multa es, precisamente, que «[...] la multa se satisface, en muchas ocasiones, por familiares o terceros, lo que pugna en cierto modo con el carácter personal de la multa» (172). La propuesta, de *lege ferenda*, de poder castigar el pago por terceros sería un paliativo para este problema. Es, sin embargo, diferente la consideración que debe de recibir el pago por un tercero de los perjuicios o de la responsabilidad civil, ya que en estos casos no estamos frente al cumplimiento de una sanción penal sino frente a un resarcimiento por daños y perjuicios, de naturaleza civil. En relación con el comiso la situación es, en cierta medida, similar a la anterior. La similitud es doble, por un lado su naturaleza de pena pecuniaria, aun cuando en este caso sea siempre pena accesoria, y, por otro, la importancia, que el comiso tiene en la actualidad, en relación con la lucha contra el tráfico de drogas (173). Conse-

(169) Stree, «Schönke-Schröder», 23.ª ed., § 258, n.º 16.

(170) Stree, «Schönke-Schröder», 23.ª ed., § 258, n.º 28; Hillenkamp, «Zur Höchstpersönlichkeit der Geldstrafe. Fest-Lackner», Berlin, 1987, p. 466; Lackner, *StGB K*, 16.ª ed., § 258, n.º 2 c); en contra de la punición de esta conducta, Samson, *SK*, 4.ª ed., § 258, n.º 35.

(171) Expresión del carácter personal de la pena de multa es la existencia de la figura del arresto sustitutorio del art. 91 CP, para los supuestos de incumplimiento de una pena de multa.

(172) Mir Puig, *DP, PG*, 3.ª ed., p. 803; en sentido similar, Cobo-Vives, *DP, PG*, 2.ª ed., p. 583, que ponen de relieve la falta de efectos preventivos de la multa por la posibilidad de práctica impunidad en los casos de insolvencia real o provocada.

(173) Art. 344 bis b) CP que prevé el comiso de «[...] cuantos bienes y efectos, de la naturaleza que fueren hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b)...». Establece, además, este artículo, en su segundo párrafo, una cláusula de garantía para lograr la efectividad del comiso.

cuentemente, con el paralelismo existente entre ambos institutos, se ha calificado como frustración de la ejecución de una pena de comiso el comportamiento del sujeto que hace desaparecer objetos destinados al comiso (174).

6.6. En esta rápida reseña de los distintos problemas que han surgido y, que se incrementarán, como consecuencia de los nuevos sistemas de cumplimiento de las penas privativas de libertad y de la importancia que van adquiriendo otras modalidades de penas, no puede faltar la referencia al significado penal de la concesión de permisos o vacaciones de forma ilícita o errónea (175). La situación de quebrantamiento de una condena, como consecuencia de la concesión de un permiso, se ha suscitado en España, en los últimos años, en supuestos que han alcanzado gran notoriedad (176). En otros casos, que hasta el momento no habían trascendido con igual intensidad a la opinión pública, el condenado con permiso, ha cometido nuevos delitos durante el transcurso del permiso (177) (178). El tipo que, de *lege lata*, es aplicable en estos supuestos, en relación con el juez o funcionario que concedió este beneficio, siempre que existieran irregularidades al dictar el auto o resolución administrativa, es el de prevaricación. Ello, con independencia del castigo por quebrantamiento de condena que recae sobre el huido, lo cual se rechaza en este trabajo de *lege ferenda* (179). Sin embargo, siguiendo la propuesta objeto de este trabajo, la posibilidad de *lege lata*, de castigar estas conductas como prevaricación, no obsta a considerar más adecuada, de *lega*

(174) Stree, «Schönke-Schröder», 23.ª ed., § 258, n.º 28.

(175) En Alemania este problema ha alcanzado gran popularidad como consecuencia de que en abril de 1981 un psiquiatra concedió un permiso a un sujeto, condenado como autor de diversos delitos sexuales, y éste al salir de la cárcel cometió tres delitos sexuales más, sentencia del LG Göttingen en *NSiZ*, 1985, p. 410.

(176) Entre ellos está el supuesto de la «dulce Neus» o el del ultra Hellín, condenado por el asesinato de Yolanda. La primera huyó a América del Sur, aprovechando el régimen de prisión abierta que se la había concedido y el segundo un permiso.

(177) En febrero de 1991, ha saltado a la opinión pública el caso de un juez, Manuel Sánchez Rodríguez, titular del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Santa Cruz de Tenerife, que concedió permiso al preso Dámara Rodríguez Martín, condenado por asesinato y considerado muy peligroso, contra la opinión del fiscal, que se ha evadido y que al parecer ha causado la muerte de dos ancianos.

(178) En Alemania, en estos casos, se plantea la posibilidad de castigar, como autor mediato por imprudencia, de los delitos cometidos por el condenado, al médico o al juez que concedió el permiso de forma irregular, sobre ello, vid. Schaffstein, «Die strafrechtliche Verantwortlichkeit Vollzugsbediensteten für den Mißbrauch von Vollzugslockerung», *Fest-Lackner*, Berlin, 1987, pp. 795 y ss; Kusch, *NSiZ*, 1985, pp. 392-393.

(179) Ello no obsta a la posibilidad de aplicar al huido sanciones penitenciarias, a que la huida se tome en consideración respecto de la concesión de nuevos beneficios y, por supuesto, de que, en su caso, el sujeto sea condenado por los nuevos delitos cometidos.

ferenda, la calificación de los hechos, en su caso, como frustración de la ejecución de la pena (180).

6.7. La cuestión, tanto dogmática como práctica, que se suscita es la de determinar cuándo la concesión de un permiso —igualmente si se trata de vacaciones, régimen de prisión abierta...— realiza, de lege ferenda, un tipo de frustración de la pena o, de lege lata, de prevaricación. En el artículo 47 LGP, se prevén los supuestos en que se puede conceder un permiso. Con independencia de los supuestos tasados del pár. 1, en el pár. 2.º se condiciona la concesión del permiso al informe del equipo técnico. Aun cuando, la concesión del permiso es función del Juez de Vigilancia, artículo 76.2.º i) LGP, éste puede y debe fundamentar la autorización en el informe de un equipo técnico (181). Ello suscita un problema adicional para calificar los hechos como prevaricación, en el supuesto de que la causa de la concesión del beneficio sea un informe técnico manipulado o incorrecto (182). En estos casos, si la persona que ha realizado el informe no es un funcionario sino, por ejemplo, un médico, no cabe calificar su conducta como prevaricación, por ser ésta un delito de especial propio. El informe ha de consistir en una prognosis de la conducta del sujeto durante el permiso, en el mismo sentido que la concesión de la libertad condicional, de acuerdo con el artículo 98, 4.º del Código Penal, se condiciona a un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad. Para la concesión del permiso, se deberá tener en cuenta la probabilidad de que el sujeto quebrante la condena o cometa nuevos delitos (183). Se trata, en todo caso, de un juicio de prognosis, y, como tal, existe siempre el riesgo de que se produzca una huida o la comisión de nuevos delitos. Por consiguiente, la legalidad de la decisión no depende de si el preso realmente huye o comete nuevos delitos, por ser esto algo constatable únicamente *ex post*. Pese a la huida o la comisión de nuevos delitos, será

(180) En sentido similar, desde otra perspectiva, Orts Berenguer, en Cobo y otros, *DP, PE*, 2.ª ed., p. 427, considera que las infracciones de deberes profesionales detalladas en los artículos 351 a 361, «[...] por su diversidad son muy difíciles de compendiar en un concepto unitario, como difícil e inadecuado es tratarlas conjuntamente».

(181) Según el art. 43, 2.ª del Reglamento Penitenciario, se hace depender la concesión del régimen de prisión abierta, de la «[...] evolución favorable en segundo grado, pueden recibir tratamiento en régimen de semilibertad. En los casos que por la personalidad del sujeto ello no sea posible, será «[...] el Equipo de Tratamiento o, si no lo hubiere, la Junta de Régimen y Administración dictaminará el tipo de vida aplicable al interno..., decidiendo la posibilidad de salidas al exterior y de los permisos de fin de semana...». Igualmente, en el art. 254, 2.º RP, se regula la necesidad de un informe del Equipo Técnico para conceder los permisos de salida.

(182) En el caso que mencionábamos en la nota 169, la concesión del permiso fue consecuencia de un informe del médico y fue a éste a quien se procesó.

(183) De acuerdo con el art. 254, 2.º RP; en el mismo sentido, en Alemania, el § 11, II, StWollzG, establece que los permisos sólo pueden concederse cuando «[...] no se tema ni una huida ni la comisión de nuevos delitos».

lícita la autorización siempre que se fundamente en todo lo conocido sobre la personalidad del preso y sobre los hechos típicos por él cometidos, atendiendo a los conceptos de huida y del peligro de comisión.

6.8. Respecto de la prevaricación es indiferente que el sujeto huya o cometa nuevos delitos, por tratarse de delitos de mera actividad en los que el tipo se consume en el momento en que se dicta la sentencia, auto o resolución injusta. La decisión sobre si la concesión del permiso realiza un tipo de prevaricación o no, depende, únicamente, de una valoración sobre la justicia de la resolución (184). Sin embargo, respecto de la frustración de la pena, para que se realice el injusto típico, lo relevante no es la justicia o injusticia de la resolución. Un permiso, supondría la comisión de un delito de frustración de la pena, cuando con su concesión se cree un riesgo no permitido de que el condenado cometa nuevos delitos o quebrante la condena (185). El riesgo es no permitido cuando, en base a los datos que se tienen sobre el condenado (186), se sobrepasa el peligro inherente, pero permitido, de toda concesión de un permiso. Junto a este juicio *ex ante*, sobre la realización del injusto típico, para la consumación de la frustración de la pena, hay que efectuar un segundo juicio *ex post* sobre si realmente se ha producido un resultado de frustración de la ejecución de la pena. Este resultado ha de consistir en la efectiva puesta en peligro de la sociedad —comisión de nuevos delitos— o en un retraso, en la vuelta al cumplimiento de la condena que afecte a la función preventivo-general de la pena (187).

7. DELIMITACION DE LOS TIPOS DE ACUERDO CON LOS CRITERIOS GENERALES DE IMPUTACION OBJETIVA. EL TIPO SUBJETIVO. ESPECIAL REPERCUSION RESPECTO A LOS TIPOS CUALIFICADOS DE FUNCIONARIOS

7.1. La delimitación del tipo no puede, ni debe, de ser efectuada por el legislador, sino que ha de ser consecuencia de un juicio valora-

(184) Sobre la determinación del carácter de *injusta* de una resolución, en la prevaricación, vid. Muñoz Conde, *DP, PE*, 8.ª ed., p. 749; Orts Berenguer, en Cobo y otros, *DP, PE*, 2.ª ed., p. 429.

(185) En este sentido, Schaffstein, *Fest-Lackner*, pp. 807, afirma que el riesgo creado por el médico era no permitido porque éste conocía la gran probabilidad que existía de que con la concesión del permiso el sujeto cometiera nuevos delitos.

(186) En el caso referido, en nota 169, los datos, que revestían del carácter de no permitido al riesgo creado por el psiquiatra al conceder el permiso, eran que el sujeto cuando estaba bebido tenía problemas sexuales que no podía controlar y el médico sabía que en las últimas salidas había vuelto muy bebido.

(187) Con ejemplos sobre cuando se considera que se ha producido este resultado, vid. Lenckner, «Gedächtnisschrift für H. Schröder, p. 345; Frisch, *NJW*, 1983, p. 2474; Kusch, *NStZ*, 1985, pp. 389-390.

tivo sobre el injusto típico del comportamiento del sujeto, en el caso concreto. El criterio rector para determinar si una conducta realiza o no el injusto típico ha de ser el de la finalidad de protección de la norma. En este punto adquiere toda su importancia la elaboración anterior sobre el contenido material del tipo de frustración de la pena. Sólo conociendo cuál es la finalidad de protección de la norma infringida podemos llevar a efecto adecuadamente este juicio valorativo y teleológico sobre la tipicidad de una conducta (188). La norma que, de lege ferenda, tipificaría la frustración de la pena, tendría la finalidad de proteger la eficacia de la función preventivo-general del Derecho Penal (189). El cumplimiento de esta norma penal depende de que se atienda a una serie de normas de cuidado (190), dirigidas a evitar la solidaridad de terceros con el procesado o condenado (191). Como ya se ha dicho, la tarea de proteger la eficacia preventivo-general de las penas, a través de una imposición y ejecución de la pena adecuada, sólo se puede llevar a efecto correctamente si el condenado o procesado no puede contar con la ayuda de terceros para lograr escapar del castigo (192).

7.2. Desde la tesis de la solidaridad, infringen la norma de cuidado los comportamientos que suponen una ayuda para el procesado o condenado y aquellas conductas con las que éste contaba para llevar a efecto la autofrustración. Solidaridad con el procesado y condenado representan todas las ayudas, sin que sea posible excluir ninguna, como no sea en base a la falta de previsibilidad *ex ante* (193). Se ha suscitado, sin embargo, la posibilidad de considerar impunes determinadas conductas de ayuda o solidaridad con el procesado o condenado, por sus especiales características. La discusión ha surgido especialmente en relación con la delimitación de la tipicidad o atipicidad de determinadas conductas como: la concesión de alojamiento a un

(188) Corcoy Bidasolo, «El delito imprudente», pp. 336 y ss., sobre el contenido y naturaleza de este juicio sobre el injusto típico, como presupuesto de la imputación objetiva.

(189) Vid. *Supra* 3 y 4.

(190) Corcoy Bidasolo, «El delito imprudente», p. 571, donde se pone de relieve que pese a que en el caso concreto cuando se habla de finalidad de la norma, se hace referencia a la norma de cuidado, el fin último de esta norma de cuidado es precisamente la finalidad de protección de la norma penal, es decir, evitar que se lesione el bien jurídico protegido por la norma penal.

(191) Sobre el contenido del término *solidaridad*, en relación con los tipos de frustración de la pena, vid. Schumann, «Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen», 1986, pp. 58 y ss.

(192) En tanto en cuanto, en base a distintos principios jurídicos, se afirma la concurrencia de la atipicidad de la *autofrustración*.

(193) Desde esta perspectiva, es cierta la crítica de Küpper, *Ga*, 1987, pp. 390-391, de la tesis de la solidaridad, por entender que no permite distinguir de entre las *ayudas* recibidas por el autor previo, las que realizan el tipo y las que no.

evadido; los cuidados médicos; la venta de alimentos; venta de billetes de tren o avión; reintegro de dinero en la ventanilla de un banco; el pago del salario a un trabajador o su readmisión en el puesto de trabajo... (194). El problema estriba en conseguir unos criterios válidos para delimitar el ámbito de lo punible respecto de estas modalidades de comportamiento (195). El criterio del riesgo permitido puede servir, en estos casos, para restringir el ámbito de lo punible. Ello no significa afirmar que estas conductas entran dentro del riesgo permitido, en cuanto lo estarían respecto de un sujeto que no fuese un procesado o un condenado (196). Del mismo modo, carece de validez la tesis que defiende que son atípicas en cuanto son socialmente adecuadas, puesto que el problema respecto de estas modalidades de comportamiento surge, en tanto en cuanto, conceptualmente son conductas socialmente adecuadas. Sin embargo, estas concepciones del riesgo permitido y de la adecuación son erróneas de base, pues basan la consideración de la conducta como permitida o como adecuada en el hecho de que en abstracto lo son.

7.3. Los criterios del riesgo permitido y de la adecuación carecen totalmente de utilidad si no se opera de acuerdo con todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, incluidos los conocimientos del sujeto (197). Parece evidente que en todos los ejemplos propuestos la atipicidad de la conducta no se discutiría si el sujeto no conociese que aquél a quien cura o a quien vende los alimentos es un procesado o condenado que trata de evadirse de la imposición o de la ejecución de la pena. Sin embargo, a través de la utilización del criterio del riesgo permitido, en el sentido aquí propuesto, es posible llegar a distinguir en qué supuestos sí, y en cuáles no, son típicas las conductas arriba reseñadas. Una u otra solución depende, de forma inmediata, de las circunstancias que concurran en el caso concreto. El comportamiento será atípico, por estar dentro del ámbito del riesgo permitido, cuando no tenga eficacia en relación con la frustración de la pena, es decir, cuando el riesgo creado por la conducta no sea cualitativamente relevante. Estaremos frente a un riesgo relevante y, por tanto, no permitido, cuando la conducta de ayuda mejora la situación del sujeto sobre el que recae. Si examinamos los ejemplos enumerados en el apartado

(194) Küpper, *GA*, 1987, pp. 385-402.

(195) Küpper, *GA*, 1987, pp. 388 y ss., va analizando las distintas propuestas de solución que ha realizado la doctrina alemana. Entre éstas se encuentran: la de la adecuación social, la de la finalidad de protección de la norma; criterios generales de autoría y participación; *conductas especiales Sonderverhalten* —frente al autor penal; criterios subjetivos; manifestación de la voluntad de quebrantamiento.

(196) En este sentido, sin embargo, Frisch, *NJW*, 1983, p. 2473, entiende que son permitidas todas aquellas conductas, que lo serían respecto de un sujeto cualquiera.

(197) Vid. Corcoy Bidasolo, «El delito imprudente», pp. 337 y ss., sobre el doble aspecto objetivo-subjetivo del juicio de imputación sobre el injusto típico.

anterior, vemos como en el caso de la concesión de alojamiento, la tipicidad o atipicidad de la conducta dependerá de que éste tenga carácter de «escondrijo» o no. Ello es así porque, sólo en el caso de que la habitación ofrecida tenga carácter de escondite, tendrá la conducta eficacia para obstaculizar la acción de la justicia. El mismo razonamiento podría seguirse respecto de los otros supuestos. No obstante, en el supuesto del médico y de la venta de alimentos, la justificación del comportamiento puede buscarse, también, en un segundo momento, siempre que concurren los requisitos del estado de necesidad.

7.4. La necesidad de tomar en consideración los conocimientos del autor, a que hacíamos referencia en el apartado anterior, no nos dice nada sobre el contenido del tipo subjetivo de la frustración de la pena. Que el sujeto conozca las circunstancias concretas, que concurren en el caso, es un requisito necesario para que pueda hablarse de riesgo no permitido. Sin embargo, pese a que el autor conozca las circunstancias, es posible que falte el dolo, si el sujeto desconoce la eficacia que puede tener su conducta en relación con la frustración de la pena. Para que exista dolo el sujeto debe de ser consciente de que con su conducta obstaculiza la imposición o la ejecución de una pena, aun cuando este conocimiento lo sea en la esfera del profano (198). No es necesario, que el sujeto realice la conducta con la finalidad de frustrar la pena, es decir, para la realización del tipo subjetivo sería suficiente el dolo eventual (199). Una tal configuración del tipo subjetivo de la frustración de la pena viene avalada por razones de política-criminal. La exigencia de dolo directo para el tipo subjetivo de la frustración de la pena, supondría, en la práctica, una casi total ineficacia del tipo. En general, el sujeto que presta ayuda a un condenado o procesado lo hace con la finalidad de solidarizarse con él, ya sea por amistad o por interés, con el hecho de solidarizarse se presupone que se persiguen los mismos fines que el procesado o condenado: impedir la imposición o ejecución de la pena. El conocimiento, por parte del autor, de que su conducta determina la existencia de una gran probabilidad de que se retrase, o se impida, la imposición o la ejecución de la pena, es suficiente para el dolo eventual (200). No es válido, por el contrario, afirmar que quien pretenda retrasar intencionadamente el proceso rea-

(198) La obstaculización del proceso o el quebrantamiento de condena, como contenido de la frustración de la pena, son elementos normativos, por lo que el conocimiento que tenga el sujeto sobre su contenido y significado, es suficiente con que sea el del profano, del mismo nivel social que el autor, vid. Mir Puig, *DP, PG*, 3.ª ed., p. 259.

(199) En contra de esta opinión, Stree, «Schönke-Schröder», 23.ª ed., § 258, n.º 22.

(200) En este sentido, Stree, «Schönke-Schröder», 23.ª ed., § 258, n.º 22, que se muestra partidario de exigir dolo directo, entiende por tal, que el autor conozca la *posibilidad* de que con su conducta se retrase la imposición o ejecución de la pena; en consecuencia, su postura, que en apariencia es más restrictiva que la mía, en la práctica es ampliatoria.

liza siempre el tipo de frustración de la pena (201). La intención del sujeto no puede tener ninguna relevancia penal en tanto en cuanto no se manifieste objetivamente a través de su comportamiento.

7.5. La limitación de los tipos de frustración de la pena a las formas de comisión dolosas parece que, en principio, no plantea dudas. Ello, sin embargo, no es tan evidente en los supuestos en que la conducta la realiza un sujeto que está especialmente obligado a lograr la eficacia preventivo-general de la pena. En Alemania, en el § 258 a) StGB, se prevé un tipo agravado para los funcionarios que actúan dentro del proceso penal o en el cumplimiento de las penas y medidas. Se incluyen entre ellos, los jueces penales, los fiscales, los funcionarios de la Administración de Justicia penal, los funcionarios de la policía judicial... Esta cualificación del tipo no tiene relevancia, únicamente, en cuanto a la elevación de la pena. Junto a la pena agravada, se elimina la cláusula que prevé la impunidad de las conductas realizadas a favor de los parientes y se suprime el límite de punición, que impedía superar la pena prevista para el hecho previo. No se prevé, por el contrario, la punición de las realizaciones imprudentes. Sin embargo, en determinados supuestos, como en la concesión de un permiso erróneo (202), la jurisprudencia alemana, ha calificado, la conducta de la persona que concedió el permiso, como autoría mediata imprudente de los delitos cometidos por el sujeto al que se concedió el permiso (203). Esta discutible actuación no podemos esperar que sea exclusiva de los tribunales alemanes, aun cuando en España pueda tomar otra dirección. Como en otras ocasiones he puesto de manifiesto (204), el Tribunal Supremo, en la distinción entre dolo eventual e imprudencia, se rige, en la práctica por criterios de oportunidad o conveniencia. Con ello, no quiero decir que la oportunidad de prever el castigo de la comisión imprudente de la frustración de la pena sea consecuencia inmediata de esta criticable postura jurisprudencial. Sin embargo, esta posibilidad no puede olvidarse, mucho más frente a un tipo como éste. Sólo hay que examinar la jurisprudencia sobre prevaricación para advertir lo restrictivo que se muestra el Tribunal Supremo en este ámbito. En relación con la prevaricación imprudente los requisitos que exige el Tribunal Supremo para apreciar su comisión están más cercanos a los propios de la comisión

(201) En este sentido, Rudolphi, *JuS*, 1979, p. 862, que entiende que en ese caso el autor se solidariza con el condenado o procesado; ésta es también la solución a que llega, Stree, «Schönke-Schröder», 23.ª ed., n.º 22, vid. *Supra*, nota 189.

(202) Vid. *Supra*, 6.6.

(203) Schaffstein, *Fest-Lackner*, p. 812, en relación con este caso, advierte como el problema de fondo lo suscita la exigencia de dolo, tanto respecto del § 120 StGB, de evasión de la cárcel, como del § 258 y 258 a) StGB, de frustración de la pena.

(204) Corcoy Bidasolo, «En el límite entre el dolo y la imprudencia», *ADPCP*, 1985, pp. 963 y ss.; la misma, «El delito imprudente», pp. 278-279.

dolosa que de la imprudente (205). Otro motivo, de mayor entidad, a favor de la incriminación culposa lo encontramos en el derecho positivo y, en particular, en la regulación de la prevaricación a que aludíamos. La incriminación de la prevaricación culposa no sólo se encuentra en el actual Código Penal, sino que también se preveía en el Proyecto de Código Penal de 1980, artículo 441, sin que ello haya sido objeto de crítica alguna por parte de la doctrina.

8. CONCLUSIONES

1. Lo primero que hay que tratar de evitar, frente a una eventual reelaboración de los delitos contra la Administración de Justicia, y, en particular, de los tipos que afectan específicamente, a la eficacia preventivo-general del Derecho Penal, a través de la frustración del proceso o de la ejecución de la condena, es caer en una técnica legislativa casuística. No es posible, ni conveniente, tratar de llevar al Código todas las posibles modalidades de conducta que pueden tener eficacia para entorpecer la imposición de una pena o la ejecución de una condena. Una tal pretensión está abocada, de antemano al fracaso, por las lagunas que, sin lugar a dudas, provocaría. El Proyecto de Código Penal de 1980 y el Anteproyecto de 1983, son buena muestra de las consecuencias nefastas de esa forma de legislar. Ello se advierte en la superfluidad de algunos tipos y en la falta de regulación de otras formas de conducta que deberían de estar prohibidas.

2. Si no se quiere caer en una crítica análoga a la anterior, tampoco se ha de pretender delimitar las clases de sujetos, que puedan ser autores del tipo. Volviendo al Proyecto de 1980, en el artículo 512, vemos que se hacía referencia a «denunciantes, partes, peritos, intérpretes y testigos» olvidando mencionar a los abogados, procuradores, oficiales del Juzgado... La afirmación anterior no es obstáculo para que pueda y deba prever un tipo agravado, en virtud de los especiales deberes jurídicos de actuar que recaen sobre determinados sujetos, como consecuencia o de su carácter de funcionario o de un especial deber prescrito por la ley. Dentro de este tipo cualificado incurrirían los comportamientos de frustración de la pena realizados por los sujetos especialmente obligados, respecto a la marcha del proceso o del cumplimiento de la pena, en virtud del cargo que ostentan.

3. La propuesta de creación del tipo de frustración de la pena, no se contradice con la posibilidad y, más aún, la necesidad de que conductas como la prevaricación o el falso testimonio sigan siendo

(205) En este sentido, vid. Orts Berenguer, en Cobo y otros, *DP, PE*, 2.^a ed., pp. 430-431, con abundantes referencias jurisprudenciales.

típicas. Lo único que se pretende es poner de relieve la importancia de proporcionar un tratamiento conjunto a determinadas conductas, en base a su significado específico en relación con la función del Derecho Penal. Junto a la propuesta de regulación análoga de todas las modalidades de comportamiento que afecten a la eficacia preventivo-general de la pena, parece, asimismo, conveniente diferenciar entre la frustración del proceso y la frustración de la ejecución. La diversidad de algunos principios que rigen en el momento de la imposición de la pena respecto de los que priman durante su ejecución justifican esta diferenciación.

4. El tipo de frustración de la pena se ha de configurar como delito de resultado, de lesión de la eficacia preventivo-general adscrita a la imposición de las penas y medidas. Al dotar de un contenido material al tipo es posible concretar el ámbito de lo punible sin necesidad de acudir a una técnica legislativa casuística. Con ello no se pretende afirmar que una tal configuración no suscitaría problemas. Una de las dificultades puede surgir en relación con el momento de la consumación, en los supuestos en que la conducta no frustra totalmente la pena. La entidad que deba de tener la diferencia entre la pena impuesta y la que en realidad correspondía o el tiempo que se considere suficiente para que un retraso en la imposición o ejecución de la pena constituyan un resultado de frustración de la pena, es algo que sólo se puede decidir en el caso concreto. A este respecto serán de utilidad los criterios generales de interpretación del tipo: finalidad de protección de la norma, riesgo permitido... El mismo procedimiento se debería seguir en las decisiones sobre el carácter típico de determinadas modalidades de conducta que están en el límite entre el riesgo permitido y no permitido, como el proporcionar hospedaje o curar unas heridas... Igualmente, será a través del juicio sobre el injusto típico, como se deberá decidir sobre si la concesión errónea de un permiso de fin de semana o de un régimen de prisión abierta realiza el tipo de frustración de la pena.

5. Los argumentos esgrimidos a favor de la atipicidad de la autofrustración creo que tienen la suficiente entidad como para justificarla. Las razones que se pueden aducir con miras a defender el castigo de la *autofrustración*, en base a que, por motivaciones de política criminal, pudiera parecer más oportuno no llegar tan lejos en la desincriminación, tienen, por el contrario, un fundamento más aparente que real. Esto es así, básicamente, por tres motivos: 1.º) el descubrimiento, por parte de la Administración de Justicia, de la existencia de una autofrustración tiene siempre consecuencias negativas para el sujeto, por lo que no parece ya tan conveniente añadirle otro castigo; 2.º) a su vez, estos efectos contrarios a la persona que realiza la autofrustración debilitan el presunto carácter lesivo de esta conducta, en relación con la eficacia preventivo-general de la pena; 3.º) esta presunta

lesión de la finalidad preventivo-general del Derecho Penal, se encuentra, asimismo, desvalorada por el hecho de que la sociedad no espera que el procesado o condenado se conforme con el castigo.

6. La previsión de una cláusula que determine la impunidad de la comisión de un delito de frustración de la pena, cuando la conducta típica se realiza a favor de un pariente, no creo que esté justificada de una forma plenamente evidente. La presunción *iures et de iure* de inexigibilidad a favor del sujeto que persigue su propia impunidad, que fundamenta la atipicidad de su conducta, no puede trasladarse, sin más consideraciones, a los parientes. No siendo función del Derecho Penal fomentar las relaciones familiares o, lo que es lo mismo, la solidaridad entre parientes, el Derecho no está obligado, ni debe de presumir la existencia de lazos de afectividad entre estos. Por consiguiente, en el caso de las relaciones de parentesco, la inexigibilidad deberá probarse en el caso concreto. De este modo, el parentesco podrá mostrar su eficacia en todos los niveles: injusto típico, antijuricidad o culpabilidad, al ser tenido en consideración en el juicio de valoración que se realice respecto de cada uno de estos niveles de imputación. La relación de parentesco puede determinar que una conducta, por ejemplo, de proporcionar alojamiento, sea riesgo permitido cuando se hace a favor de un pariente y no si esa misma conducta se hubiera realizado a favor de un tercero. A mayor abundamiento, será siempre posible aplicar la atenuante mixta de parentesco o, en su caso, prever una atenuante cualificada específica respecto del tipo de frustración de la pena.

7. La atipicidad de la autofrustración lleva consigo un problema subsidiario que no puede olvidarse en el momento de formular el tipo. Dada la naturaleza de las conductas contempladas en el delito de frustración de la pena, es muy difícil imaginar situaciones en que la conducta se realice en contra de la voluntad del procesado o condenado e, incluso, sin su colaboración. En consecuencia, serán innumerables los supuestos en los que, al ser el procesado o condenado, a su vez «autor» del tipo de frustración, los demás partícipes quedarían impunes en virtud del principio de accesoriedad limitada de la participación. Por consiguiente, es necesario formular el tipo de forma similar a la del delito de inducción y auxilio al suicidio. Sin embargo, la incriminación de conductas de participación como autoría debe de limitarse, en el sentido de que la tipicidad sólo alcance a conductas de autoría, propiamente dicha, inducción y cooperación necesaria y no a las de mera complicidad. En sentido contrario, la atipicidad de la *autofrustración* no debe abarcar aquellos supuestos en los que el sujeto, al mismo tiempo que realiza la *autofrustración* de su pena, frustra también la de otro u otros. La delimitación en este caso, puede lograrse distinguiendo los supuestos en los que la *frustración de la pena de otro* se produce *con motivo* de la *autofrustración*, en cuyo caso será

también atípica, de aquellos otros en los que se causa únicamente *con ocasión* de la *autofrustración*, en los cuales la *frustración de la pena de un tercero* será típica.

8. La autonomía del delito de *frustración de la pena* no queda refutada por la previsión de un límite en la imposición de la pena. Este límite hace referencia a que en la determinación de la pena del delito de *frustración de la pena*, se ha de tomar en consideración la gravedad del castigo previsto para el hecho previo, cuya sanción ha sido frustrada. De este modo, la pena impuesta por el delito de *frustración de la pena* no podrá nunca revestir mayor entidad que la correspondiente al hecho previo. El motivo de esta limitación no está en la dependencia del delito de *frustración* respecto del delito cuya pena ha sido frustrada. El fundamento material de esta cláusula se encuentra en el hecho de que el contenido de injusto es menor frente a la *frustración de una pena*, que debería de imponerse o cumplirse como consecuencia de la comisión de un asesinato, que si la pena frustrada se debía, por ejemplo, a la comisión de un hurto. El motivo por el cual decimos que el injusto es distinto se deriva de que la mayor gravedad del delito, cuya pena se ha frustrado, determina que se produzca una mayor lesión de la eficacia preventivo-general del Derecho Penal y lo mismo a la inversa, a menor gravedad del delito cuya pena sea frustrada menor lesión de la eficacia preventivo-general de la pena.

9. La concurrencia, en determinados sujetos, de una específica situación obligacional respecto del buen funcionamiento del proceso y del correcto cumplimiento de las penas aconseja la creación de un tipo cualificado. Para que concurra el tipo agravado no es suficiente que el sujeto sea funcionario, lo esencial es que la comisión del delito se realice por infracción de los especiales deberes jurídicos de que el sujeto es titular. La cualificación es posible en dos sentidos. Desde la perspectiva de la gravedad de la pena, por un lado, a través de prever una pena mayor y, por otro, suprimiendo el límite que hace referencia a la gravedad del delito al que afecta la conducta de *frustración*. Desde el punto de vista del tipo subjetivo, la existencia de estos deberes jurídicos que recaen en determinados sujetos puede hacer aconsejable el castigo tanto de la comisión dolosa como de la imprudente. En la misma dirección, puede advertirse que la posibilidad de castigar comportamientos omisivos de *frustración de la pena*, afectará especialmente a estos sujetos comprometidos con el funcionamiento de la Administración de Justicia Penal o con los estamentos encargados del cumplimiento de las penas. En determinadas situaciones la existencia de un deber jurídico puede fundamentar, asimismo, la posición de garante del sujeto.

El principio de inherencia del artículo 59 del Código Penal

EMILIANO BORJA JIMENEZ

Universitat de Valencia

SUMARIO: Introducción. Breve referencia al origen histórico del principio de inherencia. Situación en el derecho alemán e italiano. Fundamento y naturaleza jurídica: *a)* Fundamento; *b)* Naturaleza jurídica. Ambito de aplicación. Criterio de determinación de la relación de inherencia. Algunos supuestos en el derecho positivo español: *a)* El robo con violencia o intimidación y la agravante de uso de armas u otros instrumentos peligrosos; *b)* las lesiones agravadas del número 1 del artículo 421 del Código Penal; *c)* Otros supuestos menos conflictivos.

INTRODUCCION

El artículo 59 del Código Penal señala:

«No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyeren un delito especialmente castigado por la Ley o que ésta haya expresado al describirlo o sancionarlo.

Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que, sin la concurrencia de ellas, no pudiera cometerse.»

En el momento de la determinación de la pena, como es sabido, el juez tiene que concretar la genérica sanción establecida en el tipo penal según las peculiaridades que presenta el supuesto específico a enjuiciar. Pero no toda particularidad del hecho positivo es relevante en el marco de la individualización penal, sino tan sólo aquellas que especialmente han sido consideradas por el legislador, bien sea como agravantes o atenuantes genéricas, eximentes incompletas o elementos específicos de agravación o atenuación. Todos ellos desempeñan una función propia y otra común, consistiendo esta última en un ajus-

te de la pena a la concreta gravedad del hecho antijurídico y de la culpabilidad del autor del mismo.

El artículo 59 del Código Penal, sin embargo, prohíbe que, cuando concurren determinados presupuestos, se apliquen estas circunstancias para la obtención de la cuantía penal. Más precisamente, dicha prohibición se realiza cuando se trata de circunstancias agravantes y que por sí mismas constituyan un delito especialmente castigado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo o sancionarlo, o que, finalmente, sean inherentes al mismo.

El precepto sugiere al intérprete una serie de cuestiones interesantes. Así, se plantea cuál es la razón de su prohibición o si sólo se aplica a las circunstancias agravantes, a qué clase de principio responde o por qué criterio se determina la relación de inherencia.

La resolución de estas cuestiones y otras de semejante entidad pasan a constituir el objeto fundamental de la presente investigación, y a tal fin se desarrollará el trabajo a través de unas coordenadas muy definidas y precisas. De esta forma, se introduce el tema con una breve referencia a su evolución histórica para poder comprender mejor su fundamento y naturaleza jurídica, y a su vez, estos dos últimos aspectos permiten entender la exclusiva atención literal de la disposición a las circunstancias agravantes. Con estos presupuestos, se consiguen los datos necesarios para poder determinar el criterio que da contenido a la relación de inherencia. Aquí habrá terminado la construcción teórica del trabajo, que tendrá que ser aplicada a una serie de supuestos problemáticos que surgen en nuestro derecho positivo.

Se señala por la doctrina que el artículo 59 del Código penal contiene el denominado principio de inherencia en materia de circunstancias de forma genérica, y en su sentido más estricto aquel principio viene expresado en el párrafo segundo del mentado precepto. Con el mismo se está señalando que el juez tiene una limitación en el momento de determinar la pena cuando concurren circunstancias agravantes en el enjuiciamiento del hecho punible, limitación que viene impuesta por la absorción previa del desvalor que representa la agravante en la figura típica subsuntiva. Ahora bien, esta prohibición, que aparentemente responde a un único criterio, viene establecida por la Ley de tres formas diferentes.

En la primera de ellas se dispone que no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que, por sí mismas constituyeren un delito especialmente castigado por la Ley. De ese modo, se está haciendo referencia a una casi total identidad entre la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal y el delito que la absorbe, como puede ser el caso tan reiterado por la doctrina de los delitos de desacato y atentado, en los que siempre consisten básicamente en «ejecutar el hecho con ofensa de la autoridad», que es precisamente el contenido del artículo 10, n.º 16, donde viene señalada la

agravante genérica. Desde luego, como ha indicado Córdoba Roda (1), esto no significa que el legislador intente establecer una especial clase de agravantes que gozan de la misma naturaleza que el delito mismo. Ello es imposible y la razón impone que el primer párrafo del artículo 59 del Código Penal, para que pueda ser aplicado, presupone la existencia previa de un delito y una agravante, pues ésta no puede tener vida sin aquél. Aunque más adelante haremos referencia a este asunto, en el primer párrafo del artículo 59 se está desplazando la posibilidad subsuntiva del delito agravado por la circunstancia, en favor del concurso de delitos (2). Esto va a determinar que alguna de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal del artículo 10 apenas van a poder ser aplicadas (como hemos visto, las de los números 3 y 16), tan sólo en la medida en que encuentren una zona propia no abarcada por la figura típica, y así, por ejemplo, la agravante de ejecutar el hecho en morada ajena sólo será aplicable cuando no concurren alguno de los requisitos típicos del delito de allanamiento de morada, como ocurre cuando el hecho se ejecuta en la casa del ofendido, pero la presencia del agresor en la misma estaba permitida.

El segundo supuesto que contempla la Ley contiene la prohibición de aumentar la pena a las circunstancias agravantes que hayan sido expresadas legalmente al describir y sancionar el hecho punible. Este supuesto, al igual que el anterior, ofrece pocos problemas de interpretación. En muy pocas ocasiones, el Legislador toma una circunstancia genérica del artículo 10 del Código Penal como elemento típico de una figura delictiva cualificada. En estos casos, claro está, el sustrato propio de la agravante genérica es tomado para establecer un nuevo subtipo penal y por eso no puede ser considerado de nuevo el término típico como circunstancia agravante de ese delito. Un ejemplo claro es la alevosía en el asesinato, que ha sido tomada del artículo 10.1.º y trasladada al artículo 406 para cualificar el delito de homicidio. De igual forma, el hurto cualificado del artículo 516, 4.º por abuso de superioridad no puede ser agravado de nuevo por la circunstancia del artículo 10.8.º, pues ésta ya ha sido expresada por la Ley que ha tipificado los hurtos agravados.

Los dos casos anteriores son expresiones del principio de inherencia y su claridad deja poco lugar para las dudas interpretativas, ade-

(1) Córdoba Roda, J., en AA.VV.: *Comentarios al Código Penal*, T. II (arts. 23-119), Barcelona, 1972, p. 246.

(2) Así, por ejemplo, si alguien mata en la vivienda del ofendido después de un ingreso ilícito, el art. 59, párrafo primero, obliga a aplicar el concurso de delitos entre el allanamiento de morada y el propio homicidio, desplazando la posible calificación de homicidio con la agravante genérica de ejecutar el hecho en morada del ofendido (art. 10.16). Esto mismo se puede decir también respecto de la agravante de incendio del n.º 3 del art. 10 y el correlativo delito de incendios.

más de que los supuestos de aplicación son escasos y casi taxativamente determinados. Los grandes problemas tanto en el plano teórico como práctico, surgen con el párrafo segundo del tan repetido artículo 59, en el cual se recoge el supuesto de inherencia tácita (3). Es aquí donde el tenor literal de la disposición penal suscita las mayores dudas al intérprete, dado que las fronteras son más difusas que en los dos supuestos anteriores. Es necesario acudir a la naturaleza concreta de cada figura típica y de la circunstancia en concreto para poder determinar finalmente si existe esa relación de inherencia entre una y otra. Es necesario realizar un examen profundo de su fundamento y ámbito de aplicación. Es necesario, en definitiva, llevar a cabo una investigación más profunda para poder determinar en última instancia sí en específicos enjuiciamientos que se reiteran día a día en el foro, se está violando este principio o por el contrario se está respetando su sentido con toda vigencia. En las líneas que siguen se van a presentar los puntos más controvertidos en su actual formulación teórica, se va a determinar su alcance y finalmente se va a realizar una propuesta de solución en casos muy concretos cuya aplicación está siendo puesta en duda por algún sector doctrinal, tal y como ya había sido anunciado, y en esta línea, para poder situar mejor el objeto de la presente investigación, se considera necesario, en primer lugar, realizar algunas puntualizaciones históricas y de Derecho comparado.

BREVE REFERENCIA AL ORIGEN HISTORICO DEL PRINCIPIO DE INHERENCIA. SITUACION EN EL DERECHO ALEMAN E ITALIANO

El principio de inherencia responde a unas necesidades impuestas por los criterios determinantes de un ordenamiento jurídico en unas coordenadas espaciotemporales concretas. Por esta razón, es necesario que se sitúe previamente, aunque sea de forma muy concisa, su posible origen y diversa importancia según el tipo de ordenamiento que se trate.

Como señala Hettinger (4), la historia del principio de la prohibición de la doble valoración (principio similar en el Derecho alemán al contenido en nuestro artículo 59) se remonta a los tiempos de la Ilustración. En efecto, no hay que olvidar que las propuestas de reforma de aquella época (en particular, la de Feuerbach) querían eliminar, en la medida de lo posible, la tan acostumbrada y usual arbitrariedad de los jueces mediante una ligadura legal que se denominó Estado de Derecho. No obstante, debió resultar bastante difícil imponer la

(3) Terminología utilizada por Rodríguez Devesa, J. M., «Derecho Penal Español. Parte general», 13.ª ed. puesta al día por Serrano Gómez, A. Madrid, 1990, p. 695.

(4) Hettinger, M., «Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen» (pár. 46, abs. 3, 50 StGB), Berlín, 1982, p. 34.

voluntad de la Ley para poder sustituir el Derecho judicial extralegal vigente hasta ese momento. Con estas pautas se creó el Código Penal de Baviera de 1813, en el cual se intentó someter el arbitrio del juez a la Ley con la lógica consecuencia de admitir un adecuado margen de discrecionalidad, sin que ésta permitiese ser diluida en una arbitrariedad encubierta. Esto tendría repercusiones en todos los niveles, pero especialmente en el ámbito de determinación de la pena, donde se intentó conjugar esos dos criterios esenciales de discrecionalidad judicial con limitación a la arbitrariedad del juzgador.

Quizá para evitar que dentro de las reglas legales de individualización de la sanción penal, el impartidor de Justicia pudiese valorar un mismo elemento como circunstancia accidental del delito y al mismo tiempo, como constitutivo del mismo; se plasmase en el artículo 8 del citado Código Penal de Baviera (5) ese principio enunciado de prohibición de la doble valoración de los elementos del tipo penal.

Luego una primera razón histórica de la positivización del principio señalado en la Europa continental, podría ser expresión del intento de racionalizar la determinación de la pena frente a los escasos criterios lógicos que existían en el Antiguo Régimen, y que venían siendo sustituidos por la intuición de los tribunales o su «prudente arbitrio», sin que con esta afirmación se pretenda negar la presencia de algunas reglas de individualización penal (6).

Nuestro Derecho no fue una excepción a las presentes consideraciones, y ya en el Código Penal de 1822, aun sin ser ajeno a nuestra legislación histórica, recoge el principio ilustrado de legalidad (7), con referencias muy claras a la prohibición de la absoluta libertad del juez en la aplicación de la Ley (8). Sin embargo, el principio de inhe-

(5) En dicho precepto se señalaba una posible aminoración de la pena según las circunstancias, presuponiendo que no se hubiesen tomado en consideración ya expresamente esas circunstancias atenuantes en la específica disposición penal sobre el delito. Al respecto, véase Zipf, H.: «Die Strafmassrevision», Munich, 1969, p. 97.

(6) En este sentido, y refiriéndose a la etapa histórica inmediatamente anterior a la Revolución Francesa, González Cussac ha señalado: «En este estado de cosas, el sistema penal se caracterizaba por un desmedido arbitrio judicial, que conducía necesariamente a una tremenda desigualdad e injusticia y a la absoluta falta de seguridad jurídica», «Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal», Valencia, 1988, p. 13.

(7) En el art. 1.º de dicho texto se establecía: «Comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia hace u omite lo que la ley prohíbe o manda bajo alguna pena.»

(8) Precisamente en el ámbito de determinación penal existía una fuerte atadura legal del juez en sus facultades de establecimiento de la sanción correspondiente al hecho concreto. Claro ejemplo de ello es el art. 108 del Código Penal de 1822: «Ningún juez o tribunal podrá jamás aumentar ni disminuir las penas prescritas en la ley sino en los casos y términos expresados en el art. 102. Tampoco podrá nunca variar, conmutar, dispensar ni alterar, en manera alguna, las penas que la ley señale, ni dejar de aplicarlas en los casos respectivos.»

rencia de las circunstancias no sería todavía uno de los criterios legales expresos dentro de las reglas de individualización penal. Va a ser el Código Penal de 1848, el primer texto legal que defina el mentado principio entre sus preceptos, con la particularidad de que el artículo 68 del mismo tomó a aquél de forma tan precisa que el contenido de la disposición ha viajado en la evolución históricopenal de nuestros Códigos sin sufrir cambio material alguno (9), a excepción, como en otras muchas ocasiones, del Texto punitivo de 1928 (10). Algunos comentaristas de la época, sin embargo, entendieron que el legislador de 1848 había pretendido mediante la introducción de las reglas técnicas de determinación penal reducir el margen de arbitrariedad de los jueces (11).

No obstante, y aunque alguna autora ha señalado que la «formulación del artículo 68 (actual art. 59) en cuanto a la no estimación de las circunstancias inherentes al delito o que por sí mismas constituyan otro penado por la ley es tenida en cuenta por los comentaristas citados como expresión de la carencia del juez para aumentar la pena en estos casos (12)», lo cierto es que dichos comentaristas entendieron que la aplicación concreta del párrafo segundo del artículo 68 debería ser facultativa para los tribunales, siendo éstos en última instancia quiénes dotarían con la práctica de contenido a dicho precepto (13). Sin embargo, parece bastante probable que en la mente del legislador de la época estuviese presente esa consideración de buscar el imperio de la ley en todas las fases de su aplicación y, especialmente, en la concreción final de la consecuencia jurídica del delito.

De todo lo anteriormente expuesto se deduce que la expresión legal del principio de inherencia no surge por necesidad de plasmar un nuevo criterio técnico en un determinado sistema jurídico de concreción penal, sino que más bien obedece a una necesidad política de

(9) El art. 68 del Código Penal de 1848 pasó a ser el art. 79 del Código Penal de 1870, y éste a su vez se trasladó al Código Penal de 1932 bajo el n.º 59, que saltó sin ni tan siquiera modificar su cifra al actual art. 59 en el Código de 1944.

(10) Las diferencias, sin embargo son mínimas, pues el art. 149 es prácticamente idéntico al actual art. 59. Ahora bien, se introduce una ampliación del mismo en el art. 62 del Texto legal: «El grado de culpabilidad se determina, según las circunstancias de la infracción y las condiciones personales del infractor o delincuente, en cuanto unas y otras no hayan sido previstas por la ley como elementos constitutivos de la infracción o como causa de irresponsabilidad.»

(11) Basta con ojear las conocidas obras de autores como Pacheco, Alvarez Martínez y Vizmanos, Ortiz de Zúñiga y Orozco de Castro, especialmente cuando comentan el art. 67 del Código.

(12) García Arán, M., «Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español», Barcelona, 1984, p. 29.

(13) Se pueden citar a De Castro y Orozco, J.-Ortiz de Zúñiga, M., «Código Penal explicado», T. I, Granada, 1848, p. 179. En el mismo sentido, Pacheco, J. F., «El Código Penal comentado y concordado», T. I., 3.ª ed., Madrid, 1867, p. 398.

poner fin al predominio de la voluntad judicial como fuente real del Derecho Penal. Por esta razón, no es de extrañar que los autores decimonónicos expresasen que la regla contenida en el precepto correspondiente era tan clara que veían innecesaria su plasmación en un texto legislativo (14). Y en efecto, con la aparición de la técnica de dosimetría penal en aquella época, se podría haber pensado que una manifestación formal de tal índole resultaba superflua, aunque en realidad eso no fuese así por las razones que acaban de ser mencionadas. De otra parte, y en íntima conexión con lo que se acaba de exponer, no hay que olvidar que el Código Penal de 1848, estructura básica de todos los demás salvo el de 1928, estaba impregnado de un carácter eminentemente retributivo (15) y el artículo 68 del Código Penal, en la medida que censuraba una injustificada agravación de la sanción que excedía del merecimiento de pena atendiendo a la comisión del hecho en concreto, suponía una clara representación del mentado carácter retributivo en el área de la métrica penal.

Otros ordenamientos han recogido también este principio de prohibición de la doble valoración, pese a que algún intérprete del Derecho foráneo haya calificado su inclusión legal como una auténtica perogrullada (16). Pero al igual que ocurre con el artículo 59 del Código Penal español, cuando se trata de aplicar dicho precepto al caso individual, las dudas emergen por todas partes.

En el Código Penal italiano se mantiene un sistema de determinación penal muy semejante al nuestro. El principio de la prohibición de la doble valoración de elementos del delito viene recogido tanto para las circunstancias agravantes como atenuantes genéricas en los artículos 61 y 62 de dicho Texto legal (17). La doctrina italiana, al igual que la española, le ha dedicado escasa atención al tema, quizá porque al estar claramente determinadas las circunstancias genéricas modifi-

(14) A título de ejemplo, Pacheco, obra y página citadas en nota anterior.

(15) Véase, por todos, García Arán, «Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español...», *cit.*, pp. 32 y ss.

(16) Así, Bergmann, M., «Die Milderung der Strafe nach», p. 49, abs. 2, *StGB*, Heidelberg, 1988, p. 23 señala que el principio de prohibición de la doble valoración en el Derecho alemán es banal por su clara evidencia; Dreher, E., «Doppelverwertung von Strafbemessungsumständen», *Juristenzeitung* (1957), p. 155. Este autor comienza su trabajo señalando que el principio de la prohibición de la doble valoración es una perogrullada (*Binsenwahrheit*) y que no necesita de fundamentación alguna, pues el mismo tan sólo sirve para ser infringido.

(17) Así, el art. 61 del Codice Penale, en el cual se establece un amplio cuadro de circunstancias agravantes genéricas, se señala que «Agravan el delito, cuando no son elementos constitutivos o circunstancias agravantes especiales, las circunstancias siguientes...». De otra parte, el art. 62 de dicho texto, que de forma paralela establece el catálogo de atenuantes genéricas, dispone: «Atenúan el delito, cuando no son elementos esenciales o circunstancias especiales, las circunstancias siguientes...»

cativas de la responsabilidad criminal, el campo de aplicación de los respectivos preceptos queda nítidamente dibujado con pocas dudas para el intérprete (18).

Por el contrario, las peculiaridades propias del Derecho Penal alemán, especialmente en lo que se refiere a su sistema de determinación penal, ha repercutido en una singular consideración del principio de prohibición de la doble valoración (*Das Doppelverwertungsverbot*), por parte tanto de la doctrina como de la jurisprudencia. Como ha señalado González Cussac (19), el Código Penal alemán (StGB) constituye el prototipo de los sistemas que desconocen la mecánica de las circunstancias comunes o generales. En este sentido, no existe un catálogo cerrado de atenuantes y agravantes comunes para todas las figuras dolosas de la Parte Especial del Código, sino que en el artículo 46 de dicho texto legal (20) el juez de la determinación penal tiene una serie de criterios generales para individualizar la pena sin que existan reglas métricas estrictas como ocurre en el Código penal español o italiano. Tan sólo en la Parte Especial existen una especie de agravantes y atenuantes específicas que más bien participan de la naturaleza de auténticos subtipos que el de ser circunstancias accidentales del delito básico.

Con estas reglas tan abstractas de determinación penal, el establecer la frontera entre un elemento configurador del tipo penal y una pauta para agravar o atenuar la pena fuera de esa consideración previa de la figura legal genérica, resulta bastante difícil en no pocas ocasiones, y el peligro a la doble consideración de una circunstancia como

(18) Se ha dicho en Italia a este respecto que «se trata de una referencia (la de la doble valoración) que, aun estando presente constantemente en materia de circunstancias del delito, viene usualmente colocada en un segundo plano...»; De Vero, G., «Circonstanze del reato e commisurazione della pena», Milán, 1985, p. 60.

(19) González Cussac, «Teoría general de las circunstancias...», *cit.*, pp. 45 y ss., con una referencia expresa al sistema de individualización penal en el país germánico.

(20) En el parágrafo 46.1 y 2 se contienen los criterios legales que el juez debe tener presente en el momento de la determinación de la pena:

«1. La culpabilidad del autor es la base principal de la determinación de la pena. También deberán tenerse en cuenta las consecuencias que quepa esperar de la pena sobre la vida futura del autor en la Sociedad.

2. En la determinación de la pena, el Tribunal ponderará conjuntamente las circunstancias que atenúen y agraven la situación del autor. Se tomarán en consideración a estos efectos:

Los móviles y la finalidad del autor, la intención que se manifiesta en el hecho y la voluntad que en él concurra.

El grado de contrariedad al deber.

El modo de ejecución y las repercusiones culpables del hecho.

La vida anterior del autor, su situación personal y económica.

Su comportamiento después del hecho y en especial, su esfuerzo por reparar el daño causado.»

dato típico constitutivo del hecho punible, de un lado, y como agravación o atenuación accidental de aquél, de otra parte; no es nada despreciable.

De ahí que en el propio artículo 46 del StGB, el cual viene rubricado con la expresión «Principios de determinación de la pena», establezca en su número 3 el denominado por la doctrina y jurisprudencia, como se acaba de ver, principio de la prohibición de la doble valoración, de gran importancia tanto por lo dicho anteriormente como por esa expresa regulación entre las escasas reglas de individualización penal (21).

FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURIDICA

En el presente apartado se va a intentar desvelar dos cuestiones que guardan una estrecha relación entre sí, pero que sin embargo, no pueden ser confundidas. La primera de ellas, que se refiere al fundamento del principio de inherencia, se sitúa en el análisis de las diferentes razones que pueden justificar la inclusión del contenido del párrafo segundo del artículo 59 en nuestro ordenamiento jurídico, determinando a su vez si aquélla guarda su vigencia con carácter absoluto o por el contrario encuentra ciertos límites que, dé existir, tendrán que ser concretados en la medida de lo posible.

En cuanto a la naturaleza jurídica del criterio de la inherencia, se trata de descubrir la esencia jurídicopenal del principio contenido en el párrafo 2.º del artículo 59 con el fin de poder establecer el régimen de reglas y axiomas del instituto de Derecho Penal que le es aplicable y de esta forma poder conocer mejor su ámbito de aplicación en un momento posterior. Aquí se debe averiguar si corresponde su naturaleza con una mera regla de determinación penal, o se encuentra en la teoría del concurso de delitos, del conflicto aparente de normas, etc.

a) Fundamento

Se manifestaba anteriormente que ni en nuestra doctrina, ni en nuestra jurisprudencia, se encuentran referencias profundas sobre el artículo 59. Esto se refleja también en la consideración genérica y casi

(21) Dispone el art. 46.3 del Código Penal alemán: «No se tendrán en cuenta aquellas circunstancias que son ya elementos de la infracción legal.» Este precepto tiene que ser relacionado a su vez con el pár. 50, el cual establece: «concurso de causas de atenuación. Una circunstancia, que por sí misma o junto con otras, fundamente la aplicación de un caso menos grave y al mismo tiempo, de una especial causa legal de atenuación del pár. 49, sólo podrá ser tenida en cuenta una vez».

unánime de nuestra Literatura a un simple enunciado de que el principio de inherencia responde a otro principio fundamental del Derecho: el *non bis in idem* (22). Con todo, recientemente el artículo 59 del Código Penal ha suscitado la atención de la doctrina, si bien esto ha sido de forma incidental a raíz de la discusión de un controvertido punto de la Parte Especial (23). Es necesario, no obstante, realizar algunas precisiones sobre el tema.

La mayoría de la doctrina alemana ha buscado el fundamento del criterio de la prohibición de la doble valoración en el principio de división del trabajo entre el legislador y el juez. Esto que se acaba de señalar ha sido auspiciado por el propio sistema de individualización penal, pues si el juez no tenía en consideración el punto de vista que había guiado al legislador en el establecimiento del correspondiente marco penal, con la creciente casuística se estaba elevando cada vez más los elementos configuradores de la figura legal a la categoría de circunstancias de determinación penal, con el consiguiente peligro de reiterada valoración de causas de necesidad de pena ya tenidas en cuenta por el legislador (24).

Pero fue Dreher (25) quien expresó que para la fundamentación coherente de los resultados a los que conduce el mentado principio, se

(22) Señalamos algunos autores representativos, Córdoba Roda; *Comentarios al Código Penal...*, cit., p. 248; Guallart y De Viala, «Parricidio-asesinato: ¿concurso de leyes o concurso de delitos?», *Actualidad Penal*, n.º 37 (octubre, 1990), p. 462; Ferrer Sama, A., *Comentarios al Código Penal*, T. II, Murcia, 1946, p. 251; González Cussac, «Teoría general de las circunstancias...», cit., p. 212; Alonso Alamo, M., «La compensación de circunstancias generales y especiales ante la reforma del Derecho Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 19 (1983), p. 9; Gallego Díaz, M., «El sistema español de determinación de la pena», Madrid, 1985, p. 373; Zugaldía Espinar, J. M., «Consideraciones críticas en torno a la reforma del Código Penal de 21 de junio de 1989», *Jornadas de estudio sobre la nueva reforma del Código Penal, Poder Judicial*, número especial XII, Madrid, 1990, p. 64; Llorca Ortega, J., «Manual de determinación de la pena», Valencia, 1988, p. 53, y Conde-Pumpido Ferreiro, C., en AA.VV., «Código Penal comentado», Akal, Madrid, 1990, p. 188.

(23) Aunque se volverá más adelante sobre el tema, el art. 59 ha sido traído a colación por Mir Puig para resolver el controvertido punto de calificar la muerte de una persona en quien concurre una situación de parentesco de las señaladas en el art. 405 y alguna de las circunstancias del art. 406. Esto ha desembocado en una discusión colateral sobre el fundamento y naturaleza del repetido art. 59. A este respecto Mir Puig, S., «Sobre la relación entre parricidio y asesinato», *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona*, Libro homenaje al profesor Antonio Beristain, San Sebastián, 1989, pp. 823 y ss. La posición de Mir Puig (que será examinada más adelante) ha sido contestada por Cobo del Rosal, M., y Carbonell Mateu, J. C., en AA.VV., «Derecho Penal. Parte especial», 3.ª ed., Valencia, 1990, p. 550, y Guallart y De Viala, *op. cit.*, *Supra*.

(24) Hoegel, H., «Gesamtreform des oesterreichischen Strafrechtes», Leipzig, 1909, p. 241.

(25) Dreher, «Doppelterwertung von...», cit., p. 155.

recurre en la mayoría de los casos al concurso de división del trabajo entre el legislador y el juez. Esta idea ha sido formulada por ZIPF (26) de la forma siguiente: «La parte de la determinación penal, que ya el legislador ha resuelto de forma general, esto es, la tipificación de las circunstancias que de lo contrario deberían manifestarse como factores de determinación penal, no debe ser tomada en consideración de nuevo por el juez.» Este enunciado básico, con las puntualizaciones de Bruns (27), es hoy punto de referencia de la mayoría de los estudiosos del tema (28).

Pero esta fundamentación no puede ser entendida, según postulan sus propios partidarios, si no se relaciona con otros factores relevantes de la determinación penal y con los propios fines de la pena.

En este sentido, como los elementos de la figura típica, esto es, la concreción legal del injusto y de la culpabilidad del hecho genérico, han sido previstos para ser aplicados indistintamente y de la misma forma a todas las acciones de ese hecho genérico, se dirá que, por esta razón, aquéllos no son susceptibles de ulterior concreción según las circunstancias del caso individual (29). La concreción de la cuantía penal no puede ser usurpada por los términos típicos de la categoría genérica de delito, sino que ésta tiene que venir determinada por las circunstancias accidentales modificativas de la responsabilidad criminal, las cuales desempeñan propiamente esa función de acoplamiento del supuesto legal abstracto al hecho individual concreto, contemplando de forma más completa las particularidades del acontecimiento.

(26) Zipf, H., «Die Strafmasrevision», Munich, 1969, p. 97.

(27) En este mismo sentido ha señalado Bruns que decisivo para la determinación de la correcta cuantía de la pena son siempre las respectivas circunstancias del caso individual, no las consideraciones debidas al legislador sobre la necesidad de pena del delito como categoría genérica. El legislador, dirá el autor, ha anticipado mediante la definición de los tipos legales con sus correspondientes conminaciones penales, que en el fondo ya representan un catálogo completo de causas de determinación penal, una parte del trabajo de individualización penal. Por eso, concluirá, el juez no tiene que tomar en consideración de nuevo esas circunstancias en la auténtica determinación penal; Bruns, H. J., «Strafzummesungsrecht», 2.ª ed., Colonia-Bonn-Berlín-Munich, 1974, p. 363. El autor ha reiterado esta idea en otros trabajos, «Zum verbot der Doppelverwertung von Tatbestandmerkmalen der strafrahmendilbenden Umständen (Strafbemessungsgründen)», *Festschrift für H. Mayer*, Berlín, 1966, p. 354 y también en «Das Recht der Strfszummesung», 2.ª ed., Colonia-Berlín-Bonn-Munich, 1985, p. 134.

(28) El propio Zipf se reafirma en su tesis inicial («Die Strafzummesung. Heidelberg-Karlsruhe», 1977, p. 40), añadiendo las precisiones de Bruns. De la misma opinión y con similares argumentos Seebald, R., «Das missverständene Doppelverwertungsverbot und seine Grenzen», *Goldammer's Archiv für Strafrecht —GA—* (1975), p. 231; Hirsch, H. J., en *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, T. II, 10.ª ed., Berlín-Nueva York, 1985 (Comentario al pár. 46.3), p. 68; Stree, W., en «Schönke-Schröder», *Strafgesetzbuch Kommentar*, 23.ª ed., Munich, 1988, p. 583.

(29) Zipf, «Die Strafzummesung...», *cit.*, p. 40.

to antijurídico y ajustando finalmente la pena necesaria a dicho acontecimiento (30). Por ello no es de extrañar que se haya descrito el principio de prohibición de la doble valoración de forma más precisa como infracción de la necesidad de la valoración individual de la culpabilidad del hecho (31): allí donde una circunstancia no proporciona, más allá de su representación general en el marco penal, ningún concreto valor afirmativo para el contenido del injusto y de la culpabilidad del hecho individual, no se puede recurrir a aquélla como factor de individualización penal. Se completa este peculiar punto de vista con la afirmación de que los elementos del tipo no son precisamente ninguna causa de determinación penal para el juez, y por ello no deben repercutirse como causas de agravación o atenuación (32).

Desde el punto de vista de los fines de la pena, se señala que allí donde el abstracto punto de vista de la prevención general es ya considerado en la conminación penal del tipo, éste no tiene que ser tenido en cuenta en la determinación de la pena dentro del marco penal concreto bajo el recurso de circunstancias agravantes del delito (33). En consecuencia, atendiendo al principio de inherencia, son rechazables todas aquellas decisiones judiciales en las que se ha anticipado una agravación de la pena desde el punto de vista de la prevención general «sin necesidad», esto es, sin la existencia del incremento del peligro del correspondiente hecho para la comunidad (peligro de propagación) (34). Este tipo de interpretación ha sido utilizada por nuestros tribunales para justificar una posible doble valoración de una circunstancia específica como tal y como elemento del tipo básico, argumentando a favor de esta posibilidad, la alarma de la comunidad ante ese tipo de acciones y el reproche social que exige una mayor necesidad de pena de ciertos hechos (35).

Expuesto brevemente el razonamiento utilizado en la doctrina alemana, conviene realizar una sucinta reflexión bajo el prisma de nuestro ordenamiento jurídico.

(30) En la determinación penal, el juez no pregunta ya sobre la extensión y límites de un elemento del tipo —sobre el «sí»—, sino sobre su contenido —sobre el «cómo» en relación con el «cuánto»; Hettinger, «Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen...», *cit.*, p. 103.

(31) Zipf, *cit.*, p. 40.

(32) En este sentido, véase por todos Seebald, «Das missverständene Doppelverwertungsverbot und seine Grenzen...», *cit.*, p. 232.

(33) Bruns, «Das Recht der Strafzumessung...», *cit.*, p. 134.

(34) Bruns, *cit.*, p. 134.

(35) Aunque más adelante se profundizará en el tema, piénsese en el delito de robo con homicidio del art. 501, 1.º y la agravante de ese mismo artículo (último inciso) de uso de armas. Es muy difícil cometer un homicidio sin la utilización de esos instrumentos peligrosos, pero la agravación se justificará por razones de prevención general.

El fundamento de la distribución de tareas entre el legislador y el juez aporta un buen punto de referencia en el entendimiento de las relaciones entre legislador, formulación típica y prevención general, de una parte, y juez, determinación penal y prevención especial, de otra. La generalidad, la abstracción, el caso medio son características propias del primer momento, mientras que en el segundo se encuentran la individualidad, la concreción material, el supuesto de hecho con todas sus peculiaridades. Si el juez toma en consideración aspectos de la fase anterior, reiterará criterios que han sido formulados previamente y que, por tanto, inciden en una ilícita valoración. Esta lógica argumentativa encuentra una base legal que la acompaña en el derecho alemán, en el cual se sustituyen las genéricas causas modificativas de la responsabilidad criminal por criterios generales de determinación penal. El juzgador en estos casos tan sólo tiene en frente unas líneas directrices de actuación en el proceso de individualización de la sanción que representa una continuación armónica del procedimiento iniciado por el legislador (36). Es el inicio del proceso de determinación penal en este sistema, el momento en que el legislador entrega el testigo al juez para que éste lleve a buen fin el último relevo con la pretensión de imponer la justicia legal.

Peró en nuestro Derecho, el legislador ha dado un paso más, no se ha limitado a exponer esas líneas maestras que deben regir en materia de dosimetría penal, sino que ha preferido establecer taxativamente las causas de determinación penal, de tal forma que el tribunal sólo puede acudir a las que están establecidas legalmente de forma numérica y casuística (37). Con ello, el peligro a una repetida valoración de un mismo elemento existe incluso en un momento anterior a la intervención judicial, pues la propia Ley ya ha normativizado en varias ocasiones una misma circunstancia como elemento conformador de un tipo penal y como causa genérica modificativa de la responsabilidad criminal (38), de ahí el aviso legal expreso que contiene el artículo 59 en su párrafo 1.º Pero también puede ocurrir que el juez aplique una circunstancia de los artí-

(36) Por esta razón, no resulta nada extraño que se haya escrito en Alemania: «La determinación penal se ha de concebir como continuación y extensión individual de la culpabilidad y del injusto»; Hettinger, «Das Doppelverwertungsverbot bei...», *cit.*, p. 103.

(37) A parte de los peculiares casos que se puedan encontrar en la Parte Especial, que merecen un tratamiento diferente, éstas se encuentran, como es sabido, en los números 9, 10 y 11 del Código Penal español. De todas ellas, la única que puede dejar una puerta abierta para la creación de varias circunstancias atenuantes bajo un mismo criterio es la contenida en el n.º 10 del artículo 9.º, denominada de análoga significación. Un profundo estudio sobre su fundamento, naturaleza, alcance y límites puede verse en la obra de Orts Berenguer, E., «La atenuante de análoga significación», Valencia, 1978.

(38) Recordemos el supuesto, a título de ejemplo, de la circunstancia 10, n.º 16 (ejecutar el hecho en morada ajena), que se encuentra reiterada, en parte, en los delitos de allanamiento de morada (art. 490) y robo en casa habitada (arts. 500, 504, 506.2.º y 508), o las primeras circunstancias agravantes del art. 10 y el delito de asesinato del art. 406.

culos 9 ó 10 del Código Penal que se haya ya representada en un tipo legal (por ejemplo, la circunstancia agravante de abuso de confianza en el delito de apropiación indebida) sin predeterminar una ruptura del principio de división del trabajo entre el legislador y el juez, pues dado el estricto margen de subsunción de algunos términos típicos, éstos pueden estar previstos indistintamente para conformar una figura típica o para simplemente concretar su pena. Esto, que es peculiaridad de nuestro ordenamiento jurídico, y de otros similares en este ámbito (Código Penal italiano) obliga a considerar esta *ratio essendi* del artículo 59 del Código Penal con mayor cautela. En absoluto significa ello que haya que despreciarse este posible fundamento, dada su originalidad y coherencia. Tan sólo se advierte que la argumentación jurídica jamás debe olvidar la base del derecho positivo que frecuentemente la sostiene, y ese derecho positivo puede incidir cual ángulo de refracción cuando el origen de la tesis se asienta sobre distintos cimientos (39). Desde luego, lo que no se puede aceptar es una excepción a este principio y con este fundamento, acudiendo a criterios como la necesidad de pena del hecho o la alarma social que produce su frecuente comisión, pues se iría en contra del propio fundamento dado que en estos casos es el legislador y no el juez quien debe resolver los problemas de política criminal (40).

Se ha señalado con anterioridad que en nuestro país la doctrina se había inclinado por el principio del *non bis in idem* como principal fundamento que subyace en la regla de la inherencia contenida en el artículo 59 del Código Penal (41). Este sentir común entre nuestros autores, que es fiel continuación de una tradición jurídica originada en nuestros célebres comentaristas decimonónicos (42), es asumido con la

(39) En nuestra doctrina, ha sido García Arán, quien ha asumido la tesis germánica con mayor claridad. Denomina al principio contenido en el art. 59 del Código Penal como prohibición de la doble valoración (al igual que la doctrina y jurisprudencia alemana) y en cuanto a su fundamento, ha señalado en consonancia con ésta: «El esquema valorativo anticipado, que según Bruns proporciona el legislador, tiene como consecuencia relevante para esa coordinación de funciones entre legislador y juez, la prohibición de doble estimación de los elementos típicos a través de la cual, la ley detrae de la competencia del juez la posibilidad de estimar circunstancias del hecho que ella ya ha tenido en cuenta.» Y más adelante: «[...] se excluyen de la valoración judicial una serie de circunstancias que puedan haber concurrido en el hecho, precisamente porque ya han sido valoradas en el tipo, constituyendo un caso claro de asunción por parte del legislador de la tarea de fundamentar la gravedad concreta de la pena...»; García Arán, «Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español...», *cit.*, pp. 90 y 91.

(40) Esta problemática será discutida, no obstante, cuando se estudie el ámbito de aplicación del art. 59 en el apartado IV de este trabajo.

(41) Véase, al respecto, los autores y las obras citados en nota 22.

(42) Entre otras consideraciones, señalaba ya en el siglo pasado Groizard, que de no existir el párrafo segundo del entonces art. 79 se incurriría en la lamentable injusticia de castigar al autor dos veces por una sola acción; Groizard y Gómez de la Serna, A., «El Código Penal de 1870, concordado y comentado», T. II, Burgos, 1872, p. 359.

misma rotundidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (43). El origen de esta tradición puede encontrarse en el modelo retribucionista que ha inspirado a nuestros Códigos históricos y que ha sido seguido por muchos autores en la literatura jurídico-penal española.

De esta forma, la pena impuesta como castigo al autor del hecho antijurídico debe ser proporcional al daño causado, de tal suerte que las penas excesivamente desproporcionadas en atención a la lesión del bien jurídico romperían con ese sentido de justicia legal sancionado por el criterio de simetría entre crimen y castigo. La admisión de que un mismo factor fuese presupuesto de un delito, y a la vez, de una agravante, supondría el castigo de un solo hecho en dos ocasiones distintas: como elemento de la figura legal y como circunstancia accidental del delito, repercutiendo esta consideración a su vez en el ámbito punitivo, pues se sancionaría de igual forma doblemente: conminación penal abstracta y agravación accidental. En definitiva, la pena finalmente determinada sería una mayor que la que correspondería al sujeto en atención a la «justa retribución» por su actuación antijurídica.

Sin embargo, el mentado principio del *non bis in idem* es entendido hoy como una auténtica regla fundamental que abona todo el campo del ordenamiento jurídico, donde el Derecho Penal no es una excepción (44).

El *non bis in idem* se ha calificado también como un principio constitucional que deriva a su vez del principio de legalidad (45) contenido fundamentalmente en el artículo 25, párrafo primero de la Constitución española (46), de tal forma que, en su vertiente material,

(43) Algunas sentencias representativas de esta corriente jurisprudencial pueden ser destacadas: SSTs de 14 de junio de 1907 (JC, n.º 254), 8 de octubre de 1951 (RA, n.º 2048), 8 de diciembre de 1961 (RA, n.º 4409), 3 de junio de 1983 (RA, n.º 3082) y 25 de junio de 1986 (RA, n.º 3192).

(44) Un análisis de la repercusión del *non bis in idem* en la Ciencia del Derecho Penal puede verse en el manual de Cobo del Rosal, M.-Vives Antón, T. S., «Derecho Penal. Parte general», 3.ª ed., Valencia, 1990, p. 75.

(45) En este sentido, la STS de 29 de septiembre de 1986 (RA, n.º 4859) califica al art. 59 del C. P. de «[...] norma modélica en cuanto sancionadora de la función de garantía propia de la tipicidad penal».

(46) El importantísimo precepto señala: «Nadie puede ser sancionado o condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.» Siguiendo a Cobo y Vives, Agulló Agüero ha señalado: «[...] El principio *non bis in idem* se presenta como el corolario de esa unidad del ordenamiento producida en base a la supremacía de la Ley, y se configura como una regla de consistencia interna del ordenamiento jurídico que, como tal, pertenece al significado esencial del principio de legalidad.» Agulló Agüero, A., en «Problemática jurídica y psicosocial de las drogas», Coordinado por Boix Reig, J.-Rodríguez Marín, J.-Vives Antón, T. S., Valencia, 1987, p. 25. Recientemente, se ha sumado a esta concepción Garcías Planas, G., «Consecuencias básicas del principio *non bis in idem* en Derecho Penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLII (1989), p. 110.

se prohíbe al legislador la creación de normas que directa o indirectamente provoquen varias sanciones a un mismo sujeto, por un mismo hecho y bajo un mismo fundamento (47). En la aplicación concreta del precepto penal, la prohibición alcanza de igual forma al juez.

Establecido en estos términos, es innegable que el artículo 59 del Código Penal español es una concreción jurídicopenal del principio del *non bis in idem* en el ámbito de la determinación de la sanción penal (48). Al juez se le prohíbe que, en el enjuiciamiento de un sujeto por un solo hecho, se le castigue de forma agravada si el fundamento de la agravación radica en un elemento previo de ese hecho ya valorado. Los esquemas que estructuran la lógica del artículo 59 participan de esa consideración de la prohibición de la doble valoración (49). Ahora bien, decir que el fundamento del principio de inherencia recogido en el artículo 59 del Código Penal es la prohibición de sancionar un mismo hecho en más de una ocasión, es decir todavía poco en relación a las propias particularidades que presenta el mencionado precepto. La genérica y extensa consideración del *non bis in idem* determina ineludiblemente que su mero enunciado no sea suficiente (aunque sí necesario) para explicar desde un punto de vista conciliable con la Dogmática penal la auténtica razón de ser de la regla objeto del presente trabajo. Con todo, y al igual que se expresaba para la interpretación anterior, las interesantes puntualizaciones que presenta esta tesis se tendrán bien presentes en el momento de realizar una conclusión global al final de este apartado (50).

(47) Estos requisitos han sido exigidos por el Tribunal Constitucional en las SSTC 2/1981, de 30 de enero, 77/1983, de 3 de octubre y 159/1985, de 27 de noviembre.

(48) Para Zugaldia, el art. 59 del Código Penal desarrolla el derecho constitucional del *non bis in idem*, de tal forma que dicho art. «obliga a considerar que no pueden producir el efecto de agravar las penas aquellas circunstancias que, dada la naturaleza de las cosas y lo que son los medios normales de comisión de los delitos, el legislador haya debido tomar necesariamente en cuenta a la hora de sancionar el hecho en sí, ni aquellas otras circunstancias, de tal manera inherentes (lógica y dinámicamente unidas) al delito que sin la concurrencia de las mismas no pueda o no suela normalmente cometerse»; Zugaldia Espinar, «Consideraciones críticas en torno a la reforma del Código Penal de 21 de junio de 1989...», *cit.*, p. 64.

(49) En Italia también se ha mantenido este criterio explicativo del fundamento de la regla similar a nuestro art. 59 contenida en los arts. 61 y 62 del Codice penale, aunque es cierto que los autores de este país han dedicado escasa atención al tema. A título de ejemplo se pueden citar los siguientes: Manzini, V., «Trattato di Diritto Penale Italiano», Vol. II, 5.ª ed. puesta al día por Pisapia, G. D., Turín, 1981, p. 188; Saltelli, C.-Romano di Falco, E., «Commentario teorico pratico del Codice penale (arts. 1-84)», 3.ª ed. Roma, 1986, p. 421; De vero, «Circostanze del reato e commisurazione della pena...», *cit.*, p. 61 y otros como Mantovani, F., Nuvolone, P. y Prosdomici, citados por este último en p. 62 y nota 28.

(50) El fundamento del *non bis in idem*, sin embargo, no ha tenido demasiado éxito en la República Federal de Alemania. Ello se debe, básicamente, a dos causas a

También se ha dicho que la formulación del principio de prohibición de la doble valoración es tan evidente que no necesita de fundamentación alguna (51). Esta afirmación vendría apoyada en el hecho de que el principio de la inherencia no es otra cosa que una plasmación expresa de una simple regla de la lógica. De ahí que algún autor haya entendido que la auténtica razón de fondo que subyace en el principio teórico de la prohibición de la doble valoración no se encuentre tanto en el principio de división de poderes, con sus repercusiones en el reparto de competencias entre el legislador y el juez, como en la ley de la lógica: un elemento, que en todo punto es presupuesto de un resultado genérico, no puede, pues, en razón de la propia lógica, prestar su contribución para la obtención de una consecuencia más concreta derivada de ese mismo resultado (52). Esto es, una condición, que en todo momento es presupuesto para la formulación de un criterio abstracto, no puede ser a su vez utilizada para determinar un resultado concreto que se derive de éste, pero que a su vez suponga la aportación de un elemento nuevo, provocado precisamente por la condición presupuesto del criterio abstracto. Expresado en otras palabras y para el ámbito de determinación penal: dentro de una clase de hechos subsumidos en un determinado marco penal, un elemento común que conforma la clase no puede contribuir a la diferenciación de esa clase y con ello a la determinación de la concreta cuantía penal (53).

tener en consideración. En primer lugar, se dijo en su momento que la explicación que más adeptos tenía en dicho país, acorde con su peculiar sistema de determinación penal, era aquella que entendía que el principio de la prohibición de la doble valoración se asentaba en la distribución de competencias entre el legislador y el juez. Así se aporta un dato específico y coherente con su sistema que desplaza al criterio más genérico y ambigüo del *non bis in idem* (en este sentido se expresa Bruns, «Zum Verbot der Doppelverwertung...», *cit.*, p. 356).

En segundo lugar, porque el *non bis in idem* procesal viene recogido expresamente en la Ley Fundamental de Bonn en su art. 103, párrafo 3.º. Ello ha ocasionado que aquél se entienda normalmente desde el punto de vista procesal y adjetivo, encontrándose mayores dificultades para admitir la doble prohibición por un solo hecho desde una perspectiva material e independiente del concurso aparente de normas como ocurre en España. No obstante, cada vez son más los autores que admiten bajo la disposición constitucional del n.º 103, III una vertiente sustantiva del *non bis in idem*. A este respecto, y en relación al pár. 46, III, del StGB, Montebruck, A., «Strafrahmen und Strafzumessung», Berlín, 1983, p. 182.

(51) Dreher, «Doppelverwertung von Strafbemessungsumständen...», *cit.*, p. 156, a pesar de su aparente excepticismo, el autor se esforzó considerablemente por encontrar una razón fundamentadora del mencionado principio, llegando a señalar, entre otros, criterios derivados de la propia lógica y de necesidad de igualdad de tratamiento.

(52) Con otros términos se expresa Bergmann, pero con idéntico significado, si bien para los supuestos de atenuación; Bergmann, M., «Die Milderung der Strafe nach», pár. 49, abs. 2, StGB, Heidelberg, 1988, p. 23.

(53) Bergmann, *ibidem.*, «visto así, la prohibición de la doble valoración es una auténtica y evidente banalidad, sirve de enunciado de un aspecto parcial de un principio

Las consideraciones de Bergmann son, desde luego, totalmente ciertas. Pero ello no significa que sean, de igual forma, útiles a los efectos de determinar el fundamento del principio de inherencia. Y ello, con independencia de la problemática que se plantea en la Teoría del Derecho sobre el peso del juicio de la lógica en las normas jurídicas (54). Porque no se entiende bien que un principio tan sumamente claro sea, en algunos ordenamientos jurídicos, constantemente infringido (55), algún autor (56) ha dudado del contenido lógico de las decisiones jurídicas. Frente a esta posición, otras voces han intentado explicar de forma diferente el problema del incumplimiento de tan importante regla de determinación penal, y con razón se ha dicho que ello no se debe a que la lógica sea la última de todas las causas del movimiento y de los impulsos humanos; sino que el motivo hay que buscarlo precisamente en el hecho de que el legislador no pudo adoptar finalmente la decisión acerca de la valoración de las concretas circunstancias que previsiblemente podrían agravar o atenuar el marco penal (57). En última instancia, todo acto jurídico es un acto volitivo y normativo, y para poder ser valorado como tal debe ajustarse a las

general y absoluto: que la decisión de determinación penal, como toda decisión jurídica, ha de ajustarse a la ley de la lógica para que sea una decisión conforme a la norma». Más adelante el autor continúa con su crítica: «Para el fundamento y el ámbito de validez de la prohibición de la doble valoración (aunque realmente se quiera expresar entre comillas), significa esto: que es válido con independencia de la distribución de competencias entre el legislador y el juez. Es válido sobre todo allí donde exista el peligro de actuación contra la lógica cuando se aproxima el interés general en la concreción del resultado del caso individual...»

(54) Cuando se usa la expresión «con lógica», aquí se está empleando la locución en su acepción más común, esto es, y utilizando la conocida descripción de Maiwald, aquella que hace comprensivo a la generalidad el juicio de favorecer la ulterior ejecución intersubjetiva de la decisión, y con ello, su función de contribución a la paz jurídica.

(55) Es opinión común en Alemania considerar que el principio de la prohibición de la doble valoración es uno de los que más reiteradamente se violan. Ello se debe fundamentalmente a dos razones: una, el peculiar sistema de determinación penal que provoca el que el juez pueda tener presente multitud de consideraciones y circunstancias, con el peligro de tomar entre éstas los propios elementos del tipo penal. Dos, que los fines de la pena y el propio fundamento de la figura delictiva lleva a los tribunales en muchos casos a fallar, teniendo presente esas consideraciones en el enjuiciamiento global del hecho, siendo así sumamente fácil reiterar, no sólo elementos, sino también ideas de política criminal e incluso intenciones legislativas.

(56) Así, Jagusch reconoce que todavía no se ha confiado en la prohibición, de ahí que el principio falla en la práctica, explicándose ello, según el autor, porque la lógica no es precisamente la justicia. Expresándose con mayor rotundidad, «[...] es decir, de la justicia de la cuantía penal, el último término». Al respecto, Bruns, «Zum Verbot der Doppelverwertung...», *cit.*, p. 354.

(57) En este sentido, Hettinger, «Das Doppelverwertungsverbot bei...», *cit.*, p. 198.

reglas de la lógica. Como diría Beling (58), el mismo acto de voluntad puede ser alógico, pero el acto mental al que va unido es dominado por la lógica, y aunque la aplicación de los conceptos con contenido difuso en el ámbito del Derecho puede ocasionar dudas e incertidumbres, con el consiguiente peligro de desigualdad de tratamiento, lo cierto es que los compromisos entre distintos puntos de vista de valoración son posibles, quedando subsistentes aquellos que mantienen un mayor contenido lógico, aunque no siempre sea práctico.

Sería lamentable e inconcebible, como ha señalado Bruns (59), que dentro de la extensa y asépticamente estructurada teoría de la individualización penal, fallase precisamente la lógica en este punto, el más necesitado y en el que se mostrase aquella inservible. Por eso no cabe duda que en el artículo 59 nos encontramos ante una exteriorización del pensamiento jurídico más puro. Ahora bien, esto no significa que sea ésta la única y auténtica razón de fondo del principio de inherencia.

Que las leyes de la lógica inspiran el contenido del artículo 59 del Código Penal español, es una afirmación que nadie se atreve a poner en duda. Ahora bien, afirmar en los términos que ha afirmado Bergmann, despreciando cualquier otra consideración, tampoco parece ser una postura muy convincente. Las reglas de la lógica están presentes en el principio de inherencia como lo están también en la determinación penal y en otros tantos principios e institutos de Derecho Penal. Son reglas de la lógica las que inspiran el *non bis in idem*, el concurso aparente de normas y el principio de legalidad. Por ello, desde el punto de vista jurídico-penal este criterio por sí sólo se nos presenta como insuficiente para determinar un fundamento del principio de la inherencia de las circunstancias que dote al mismo de una especificidad acuñada frente a otros componentes y principios de la teoría del delito y de la pena.

Es necesario, pues, buscar una *ratio essendi* del principio de inherencia acorde con las reglas de la lógica, con el propio criterio del *non bis in idem* y que a su vez respete la distribución de funciones entre el legislador y el juez, manteniendo, en la medida de lo posible, su propia naturaleza en el ámbito de la determinación penal.

Es innegable que una violación del artículo 59 del Código Penal supone a su vez una violación del principio del hecho. Dicho principio establece que nadie puede ser castigado bajo pena si su conducta no ha representado una lesión o una puesta en peligro de un bien jurídico, excluyéndose, por tanto, las sanciones que tienen como presupuesto una mera actitud de rebeldía hacia la norma, los hechos pre-

(58) Beling, E., «Methodik der Gesetzgebung», Berlín, 1922, pp. 18 y ss., opinión compartida a su vez por Hettinger (*ibidem*).

(59) Bruns, *ibidem*.

suntos sin una base material o la simple idea de castigar en razón de la peligrosidad del autor o la forma en que conducía su vida (60). Si se infringe la prohibición de la doble valoración de los elementos del tipo, al sujeto se le impone una pena de mayor gravedad que le corresponde en atención a la perpetración del hecho antijurídico. Ese resto de punibilidad que supondría el admitir una circunstancia agravante que ha sido ya considerada en la formulación del tipo básico, en realidad es gratuito, en el sentido de que aquella consecuencia se ha dado sin un presupuesto previo, pues la base fáctica o normativa del elemento agravatorio ha sido ya «consumida» al ser utilizada como término típico común de la infracción penal.

Pero también la violación del principio del hecho tiene sus repercusiones en otros ámbitos de gran trascendencia. Especialmente en su otra cara de moneda: el principio de culpabilidad.

Se ha dicho con bastante reiteración que fundamentos de la individualización de la pena son la gravedad del hecho en su significación para el orden jurídico lesionado y el grado de culpabilidad personal del autor (61). También es bastante pacífica en la actualidad la afirmación que sitúa el punto de referencia de esa culpabilidad, no en la personalidad del autor, en su especial actitud de rebeldía frente a la norma o en la forma de conducción de su vida, sino tan sólo en la comisión del hecho antijurídico perpetrado. Es decir, en la moderna Ciencia del Derecho Penal se parte de la culpabilidad del hecho, del acto aislado y se rechaza de igual forma la culpabilidad del autor. De ahí que no pueda ser tarea de la determinación penal el efectuar una valoración de la personalidad del autor, que rebase la culpabilidad del hecho. Este constituye el límite a la cuantía de la pena que le sirve como presupuesto. En estos términos, la culpabilidad por el acto aislado impide que sean objeto de agravación aspectos individuales de su conducta o forma de ser no relacionados directamente o que no deriven también directamente de la acción cometida, y de otro, que el castigo al sujeto no sea aumentado por consideraciones totalmente aisladas de ese hecho, tales como la necesidad de una mayor represión, la alarma social que producen esta clase de conductas, su frecuente comisión, etc.

Esto viene unido también a las consideraciones que se realizaban anteriormente sobre esa distribución de funciones entre el legislador y el juez.

En la medida en que la valoración conjunta del hecho puede venir acompañada de una reiterada contemplación del fin de la incrimina-

(60) Un profundo análisis sobre el principio del hecho, en Cobo del Rosal-Vives-Antón, «Derecho Penal. Parte general...», *cit.*, pp. 269 y ss.

(61) Afirmación, realizada por el Tribunal Supremo alemán (BGH) en la Sentencia de 4 de agosto de 1965.

ción de una conducta determinada en la individualización de la pena, se están teniendo en cuenta de nuevo aspectos y consideraciones que ya fueron anticipados legislativamente. Y esto que se está expresando viene siendo negado en el artículo 59 del Código Penal, porque en última instancia se prohíbe que el sujeto sea castigado con mayor pena cuando no existe un presupuesto fáctico previo que fundamente dicha agravación, pues éste ya ha sido absorbido por la figura legal. Y ninguna otra consideración ajena a ese presupuesto fáctico puede constituir la base de la circunstancia agravante. En definitiva, el artículo 59 está afirmando la culpabilidad de hecho en el ámbito de determinación de la pena (62). Por tanto, se concibe el fundamento de la regla de la inherencia como esa afirmación de la culpabilidad por el acto aislado que determina la prohibición de valorar un mismo elemento como circunstancia conformadora del tipo penal y como causa accidental de agravación, con total independencia del fin perseguido con el aumento de la cuantía penal.

De esta forma se puede entender mucho mejor el papel que desempeñan cada uno de los fundamentos enunciado líneas atrás: la lógica es presupuesto del *non bis in idem*, al igual que éste puede explicar las relaciones entre su vulneración y la división de competencias entre el legislador y el juez, y todo ello queda coherentemente situado en el marco del entendimiento de la culpabilidad por el acto aislado... De esta forma se respeta la jerarquía de conceptos que exige la Dogmática penal, partiendo de la base piramidal hasta alcanzar el vértice.

b) Naturaleza jurídica

Como señalábamos anteriormente, en este subapartado se va a intentar desvelar la naturaleza jurídica del propio artículo 59 del Código Penal. Es decir, se trata de descubrir a cuál de los institutos de Derecho Penal se acomoda mejor el principio de inherencia, de tal forma que las reglas y axiomas aplicables a uno puedan ser trasladados a otro.

Un primer criterio de obligada consideración nos lo proporciona la propia Ley desde el momento en que ubica el precepto jurídico bajo ciertas coordenadas. A tal efecto, el artículo 59 del Código Penal se sitúa dentro del Libro I (Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas), Título III (De las penas), Capítulo IV (De la aplicación de la pena) y Sección 2.^a

(62) Recordemos que Zipf había descrito la prohibición de la doble valoración como infracción de la necesidad de la valoración individual de la culpabilidad de hecho. Zipf, «Die Strafzumessung...», *cit.*, p. 40.

(Reglas para la aplicación de las penas en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes). Esa comprobación nos conduce hacia la primera constatación ofrecida por el propio legislador: el principio de inherencia se encuentra dentro de las reglas de determinación penal (63). Por tanto, dicho principio actúa como una regla lógico-jurídica que el juez debe tener presente en el marco de la individualización penal, y dentro de éste, en el momento de determinar la aplicación al caso concreto de una circunstancia agravante. Por ello, su estudio debe situarse en esta temática, como así sucede en el tratamiento que le otorga la doctrina penal española (64). Este punto, por su claridad, no necesita de más explicaciones.

Pero el hecho de señalar el lugar donde se centra su estudio no es, por sí solo, suficiente para revelar la auténtica naturaleza de esta regla de determinación penal. Se debe de indagar un poco más.

También parece haber quedado suficientemente demostrado en el subapartado anterior que la regla contenida en el artículo 59 del Código Penal respondía, en parte, a consideraciones derivadas del principio del *non bis in idem*, el cual, a su vez, era una expresión clara de implantación de la lógica dentro de la estructura del ordenamiento jurídico. Se impide que un mismo hecho sea valorado como término típico y como circunstancia agravante, porque la lógica impone que un elemento, que configura el género en su forma abstracta, no pueda al mismo tiempo caracterizar a la especie en su forma concreta. Aplicado al artículo 59, el hecho que es presupuesto de la configuración del tipo penal (genérico y abstracto), no puede seguir ubicado en este lugar y con la misma función; y ser trasladado, en la misma operación de subsunción, como circunstancia agravante (específica y concreta) que caracteriza el supuesto positivo y le distingue de la figura típica, porque supone una ulterior concreción de aquélla.

Pero también es cierto que esa prohibición de doble valoración se produce mediante un mecanismo singular que consiste en impedir la aplicación a ese sustrato fáctico de dos normas diferentes: aquella que describe una figura delictiva de la Parte Especial y esta otra que viene expresada en los artículos 10 y 11 del Código Penal, donde se señalan las circunstancias modificativas de agravación de la responsabilidad criminal. En esa opción, entre una y otra, el legislador, como no podía

(63) A este respecto, se debe recordar aquí que los legisladores de otros países también han optado por esta solución. En Alemania, el principio de la prohibición de la doble valoración se halla ubicado en el número tercero del artículo 46, el cual viene rubricado con la expresión de «principios de la determinación penal». En Italia, éste viene recogido en los arts. 61 y 62, que determinan el catálogo de circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, factores decisivos en la individualización de la sanción criminal.

(64) No es necesario citar a los autores españoles que han tratado el art. 59 dentro del campo de la determinación de la pena, porque unánimemente su estudio se ha llevado a cabo en este ámbito.

ser de otra forma (65), establece en tan reiterado precepto que la disposición determinante de la aplicación de la agravación sea desplazada y no tenida en cuenta para concretar la pena de ese mismo hecho. Por tanto, se está marcando preceptivamente una de las dos posibilidades de esta disyuntiva: calificar el delito con la circunstancia de agravante o simplemente sin esta circunstancia que le es inherente. En tal caso, y por las razones señaladas, el artículo 59 opta por el segundo término de esa disyuntiva (66), prohibiendo la aplicación de la norma que se halla en el artículo 10 del Código (regulador de las circunstancias agravantes). Esto es, el artículo 59 del Código Penal resuelve expresamente un posible conflicto de aplicación normativa, determinando aquella que es desplazada y ésta que es de necesaria consideración. En definitiva, el artículo 59 es una clara manifestación de una regla de solución del concurso aparente de normas en el ámbito de la determinación penal (67).

(65) Pues una circunstancia agravante presupone siempre la existencia de un delito, sin el cual jamás puede tener vida, pero no a la inversa, es decir, que un delito no necesita de circunstancia accidental alguna para que pueda tener virtualidad en sí mismo.

(66) Esto que se acaba de exponer se puede predicar respecto del segundo párrafo del art. 59. Respecto del primer párrafo, la opción es diferente. Aquí se prohíbe que se aplique una circunstancia que ya por sí misma constituye un delito previsto por la Ley. Circunstancias de esta naturaleza apenas existen en nuestro Código Penal, aunque se pueden mencionar la de ejecutar el delito por medio de incendio (art. 10, 3.º) o la de ejecutar el hecho en la morada del ofendido (art. 10, 16.º). En estos supuestos se presupone que existe una zona común entre esas circunstancias y los delitos de incendio o allanamiento de morada. Si éstos concurren aisladamente, no entra en juego el art. 59, puesto que queda claro que una circunstancia sin presupuesto delictivo no es nada, y la determinación de que en tal supuesto se tuviese en cuenta tan solo el delito, sería absurda. Si el legislador prohíbe que no se agrave la pena cuando una circunstancia constituya en sí misma ya todo el presupuesto material de un delito, está pensando en la posible concurrencia de dos delitos, el que se identifica materialmente con la agravante, y otro ajeno a esta relación. En tal supuesto, la disyuntiva se plantea entre considerar un concurso de delitos (por ejemplo, si alguien comete un delito de violación en el domicilio de la víctima tras un ingreso ilícito, una posible calificación de concurso medial entre aquel delito y el de allanamiento de morada) o un delito agravado con esa circunstancia que sustituye al delito (siguiendo el ejemplo, delito de violación con la agravante de ejecutar el hecho en la morada de la víctima). La solución que aporta la Ley es clara, la circunstancia agravante es desplazada en su aplicación por el delito que la absorbe, optándose siempre en estos supuestos por la calificación del concurso de delitos. Con esta interpretación que aquí se presenta, se resuelve toda la problemática de distinción en la aplicación de ciertos delitos que son de naturaleza similar (en cuanto a su formulación legal) a determinadas agravantes y estas mismas. De otra parte, se contesta a un sector doctrinal que desde antiguo consideraba este primer párrafo del art. 59 como totalmente inoperante, y en este sentido se han expresado: Pacheco, *El Código Penal concordado y comentado...*, cit., p. 398; Conde Pumpido, *Código Penal comentado...*, cit., p. 189.

(67) Puig Peña, uno de los primeros estudiosos sobre la temática del concurso aparente de normas de forma monográfica en nuestro país, entendió que el art. 59 del

Que esto sea así, no es puesto en duda por la actual doctrina. Más bien ha existido una despreocupación sobre la auténtica naturaleza jurídica del precepto examinado, salvo en la reciente discusión sobre la calificación jurídica de la muerte del pariente producida con alevosía.

Sin embargo, en la medida en que toda nuestra doctrina admitía que el artículo 59 del Código Penal estaba cimentado sobre el principio del *non bis in idem*, se estaba reconociendo, aun inconscientemente en muchas ocasiones, que la regla de la inherencia no es ni más ni menos que un criterio de resolución del concurso aparente de normas. Esto que se señala podría ser así porque, como viene a ser reconocido generalmente por la Literatura jurídico-penal, la base de la teoría del conflicto de leyes penales se asienta sobre el intento de fundamentación de la coherencia del ordenamiento jurídico que impide la admisión de reiteraciones lógicas o de lagunas. En este sentido, si el ordenamiento jurídico es único y coherente, se interdice la contradicción cuando se prohíbe la doble valoración de un mismo hecho sin fundamento alguno. Y esto debe conseguirse vedando el concurso de varias normas que por sí solas podrían subsumir el supuesto de hecho, pero que, a su vez, son incompatibles entre sí porque una de ellas desplaza necesariamente a todas las demás (68).

Aunque la doctrina no se ha manifestado a este respecto con mucha precisión, tampoco es negada hoy en día la naturaleza jurídica del artículo 59 del Código Penal en los términos que se vienen señalando (69). El problema surge en el momento de determinar a cuál de

Código Penal es una de las pocas normas de dicho texto punitivo que es clara expresión de un principio de solución del concurso aparente de leyes penales, cuyo criterio incluso podría ser estimado con carácter general. Puig Peña, F., *Colisión de normas penales. Concurso aparente de leyes punitivas*, Barcelona, 1955, p. 48.

(68) Con razón señalan Cobo/Vives que el fundamento general de las diversas reglas de solución del concurso de leyes penales radica tanto en la idea de que el ordenamiento jurídico es un sistema consistente y exento de contradicciones, como en el principio de que no se puede castigar dos veces por un mismo hecho, el cual se apoya en la unidad del ordenamiento jurídico. Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General...*, cit., p. 134.

De otra parte, ha sido Mantovani quien claramente ha distinguido las dos diferentes realidades que conforman el ámbito de aplicación de dos principios básicos de Derecho Penal. El principio del *non bis in idem*, que opera con una sola norma y es presupuesto de la teoría del concurso aparente de leyes, y el principio de la integral valoración jurídico-penal del hecho, que opera a través de varias normas y que eventualmente parte como presupuesto del concurso de delitos. Mantovani, F., *Concorso e conflitto di norme nel Diritto Penale*, Bolonia, 1966, pp. 580 y 581. Esta especial relación entre el principio del *non bis in idem* y el concurso aparente de normas, si bien para el criterio de la consunción, ha sido señalada también por Puig Peña, *Colisión de normas penales...*, cit., p. 46.

(69) Esta problemática no se ha suscitado en Alemania, aunque autores como Montebrück plantean la posibilidad de hallarse ante un supuesto de concurso ideal de delitos (*Strafrahmen und Strafzumesung...*, cit., p. 181).

los criterios de solución del concurso aparente de normas responde el artículo 59 del Código Penal, al de especialidad en sentido estricto, al de subsidiariedad o al de consunción.

Rodríguez Devesa (70) señaló que el artículo 59 del Código Penal tan sólo consagraba, para los supuestos que en él se contemplan, una relación de subsidiariedad expresa (párrafo primero) o subsidiariedad táctica (párrafo segundo), puesto que expresamente se señala que el artículo 10 no debe ser aplicado en las hipótesis que manifiesta. La tesis de este autor participa de la especial concepción de la subsidiariedad que él mismo mantiene, es decir, entendiéndola en el sentido de que impone que un precepto ha sido establecido para que se aplique solamente en el supuesto de que no venga otro en aplicación (71). Sin embargo, el artículo 59 del Código no está previsto simplemente para situaciones en las que no deban ser aplicadas las circunstancias de agravación, no es una norma que exclusivamente entre en el campo de vigencia por defecto de otra, sino al contrario, es un precepto que estima una preferencia de aplicación (72). No parece ser, pues, el criterio de la subsidiariedad el recogido en el artículo 59 del Código Penal.

Mir Puig también ha mantenido que la regla determinada en el artículo 59 es una regla de solución del concurso aparente de normas, si bien él se inclina por entender que el principio de especialidad es el

En Italia la situación en este punto es muy similar a la española, y algún autor ha señalado lo siguiente: «El trasfondo real sobre el que se sitúa la problemática es el concurso de normas, pues interrogarse sobre si el factor de determinación de la pena que integra el delito circunstancial tiene relevancia en el momento de la individualización de la pena base significa interrogarse sobre la apariencia o la realidad de la convergencia de dos órdenes de previsiones normativas sobre una misma situación de hecho...» De Vero, *Circostanze del reato y commisurazione della pena...*, cit., p. 61. También se muestra favorable al entendimiento de esta regla de determinación penal dentro del concurso aparente de normas, Manzini, *Tratato di Diritto Penale...*, cit., p. 188.

(70) *Derecho Penal Español. Parte General...*, cit., p. 696. Esta opinión también es compartida por Gallego Díaz, *El sistema español de determinación legal de la pena...*, cit., p. 374.

(71) Rodríguez Devesa, *Derecho Penal Español. Parte General...*, cit., p. 197.

(72) De otra parte, existen numerosos problemas para que pueda ser admitida esta concepción de la subsidiariedad, dado que el hecho de exponer esta regla como criterio de aplicación de un precepto tan sólo cuando no haya otro que esté previsto en la sub-sunción, es demasiado abstracta para que pueda aportar una fórmula más concreta que el mero enunciado de lo que simplemente es el concurso aparente de normas. Por esta razón se considera más conveniente partir del concepto de subsidiariedad proporcionado por Jescheck, que contempla este criterio de forma material, es decir, «que el precepto penal subsidiario solamente debe retroceder ante una ley que abarque acciones dotadas de una misma dirección de ataque criminal, puesto que éste es el fundamento interno de la preferencia de la ley primariamente aplicable». Jescheck, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., traducida y adicionada por Mir Puig, S., y Muñoz Conde, F., Vol. II, Barcelona, 1981, p. 1037.

que guía a esta disposición, pues «... la finalidad de este precepto es resolver los (aparentes) concursos de normas entre una circunstancia agravante genérica y una figura de delito que la prevé. El criterio que usa es el de especialidad, puesto que es más específico el tipo que prevé una circunstancia agravante que ésta, que es de aplicación general» (73). Según opinión común, el principio de especialidad prima en favor de la ley especial frente a la general, y un precepto es más especial que otro, se dice, cuando requiere, además de todos los presupuestos exigidos por el que va a ser desplazado, algún elemento adicional que le dota de cierta especificidad frente a aquél. Se produce, en cierta forma, una singular relación de género a especie en la que prima desde el punto de vista lógico-valorativo esta última.

Ahora bien, el principio de inherencia del artículo 59 del Código Penal impide que se aplique una circunstancia agravante a un delito, bien porque ésta ya esté prevista en él, bien porque sea de preferencia la calificación del concurso de delitos frente a la del delito circunstanciado. Pero esto no implica necesariamente que el delito sea una especie de la agravante a la cual se le añade un elemento más que representa una mera caracterización de aquélla. No existe esa relación de género a especie entre la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal y la infracción típica que es de aplicación preferente. De ahí que el principio de especialidad dentro de la teoría del concurso aparente de normas no pueda explicar convincentemente esta especial relación entre agravante genérica y figura típica de la Parte Especial.

El artículo 59 del Código Penal, como se ha venido señalando, establece la resolución de un conflicto de posibles calificaciones, bien entre un delito agravado y un concurso de delitos (74) (primer inciso del párrafo primero del art. 59); o simplemente entre una infracción agravada y la mera infracción (resto del art. 59) (75). En tales supuestos, también se ha señalado aquí que el citado precepto obligaba a tomar en consideración la segunda de las alternativas expresadas. La circunstancia agravante, en definitiva, siempre cede ante el delito que la contempla, porque éste absorbe de forma más completa el desvalor del hecho que subsume. En este sentido, la propia Ley entiende que la connotación valorativa de un delito agravado por una circunstancia genérica es distinta desde el punto de vista jurídico-penal, por ejemplo, que un concurso de delitos.

(73) Mir Puig, *Sobre la relación entre parricidio y asesinato...*, cit., pp. 830 y 831.

(74) Siguiendo el ejemplo utilizado en varias ocasiones, entre una violación con la agravante de ejecutar el hecho en la morada de la víctima y un concurso medial de delitos de allanamiento de morada y violación.

(75) Por ejemplo, conflicto entre la calificación de un hecho como estafa agravada con la circunstancia de astucia o simplemente calificación de estafa.

Trasladado al ejemplo que se viene utilizando, en la violación con la agravante de morada, el acento se pone en el delito base, siendo la circunstancia una mera nota accesoria y accidental al delito, que representa el menosprecio que tuvo el autor a la habitación de la víctima, la falta de consideración a valores como éste de la santidad del hogar. En cambio, aceptando la vía del concurso, aparecen dos infracciones sin que necesariamente exista accidentalidad y accesoriedad de una sobre otra. De ese menosprecio e irreverencia al lugar donde se desarrolló el hecho antijurídico principal, se pasa a la ofensa de un bien jurídico autónomo como es la vida privada doméstica de la víctima en conexión con otros valores atropellados por el delito que concurre con el allanamiento de morada (libertad sexual del sujeto pasivo). La significación valorativa, si bien similar, no es idéntica según se opte por una subsunción o por otra (76). Tal y como se ha repetido líneas atrás, la calificación del concurso contempla de forma más completa la desvalorización del comportamiento que la estimación de la simple figura agravada.

En base a lo expresado, se determina que el artículo 59 sea fiel expresión de uno de los criterios de solución del conflicto aparente de normas, el denominado principio de consunción, cuya formulación comúnmente aceptada establece que el precepto que contempla de modo total el desvalor que el ordenamiento jurídico atribuye a una determinada conducta prevalece sobre el que lo contempla de una forma parcial (77). Incluso se ha llegado a afirmar que el artículo 59 supone la concreción legal más clara de la que se puede extraer la vigencia manifiesta en nuestro ordenamiento jurídico del mentado principio de consunción (78). Algunos autores españoles se han manifestado en este sentido (79).

En conclusión, se puede mantener que el artículo 59 del Código Penal es una expresión legal de uno de los principios de resolución

(76) Sobre la específica problemática en el delito de allanamiento de morada, Borja Jiménez, E., *El delito de allanamiento de morada*, Tesis doctoral inédita, Valencia, 1990, pp. 318 y ss.

(77) Cobo/Vives, *Derecho Penal. Parte General...*, cit., p. 136.

(78) Así ha señalado Puig Peña: «Este precepto, que está expresamente escrito para la mecánica de aplicación de las circunstancias, no hay inconveniente para considerarlo un precepto de alcance general, exponente del criterio del legislador en orden al principio de la consunción...», *Colisión de normas penales...*, cit., p. 48.

(79) En la última edición, Cobo/Carbonell han contestado la posición de Mir Puig respecto al peculiar entendimiento de la naturaleza y función del artículo 59 del Código Penal, revelando que en todo caso se trata del criterio de la consunción el que se desprende de dicho precepto. Cobo del Rosal/Carbonell Mateu, *Derecho Penal. Parte Especial...*, cit., p. 550. De la misma opinión, Guallart y De Viala, *Parricidio-asesinato: ¿concurso de leyes o concurso de delitos?...*, cit., p. 417. Antón Oneca, J., *Derecho Penal I. Parte General*, Madrid, 1949, p. 462. Es curioso observar que el propio Mir Puig ha mantenido con anterioridad esta tesis de la consunción. Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., Barcelona, 1985, p. 555.

del concurso aparente de normas en el ámbito de la determinación de la pena, precisamente de aquel que resuelve el posible conflicto de leyes mediante el denominado criterio de la consunción (80).

AMBITO DE APLICACION

El artículo 59 del Código Penal establece su campo de vigencia en torno a las circunstancias agravantes, y dentro del ámbito de la determinación penal. Así parece ser si se atiende al tenor literal del precepto y al lugar en el que se halla ubicado. Sin embargo, la doctrina se ha preguntado si esta disposición es de aplicación a otros factores distintos de las circunstancias genéricas de agravación del artículo 10 de nuestro Código Penal, es decir, si la disposición también puede tomar por base las circunstancias atenuantes o mixtas de los artículos 9 y 10 del Código Penal o incluso a las circunstancias específicas de agravación o de atenuación (81). A continuación se intentará responder a estas cuestiones siguiendo la línea marcada por esta investigación.

En cuanto a las circunstancias específicas de agravación, en principio cabe señalar la gran dificultad que existe para que pueda plantearse tan sólo la posibilidad de una doble reiteración. En efecto, la propia existencia del artículo 59 del Código Penal es una prueba evidente de la aceptación por parte del legislador de un posible error en la tipificación penal tanto de figuras delictivas como de circunstancias

(80) Tan sólo una serie de supuestos muy restringidos parece excluirse de este criterio. Son situaciones en las que el delito que absorbe la circunstancia es un subtipo agravado con identidad entre la circunstancia que específicamente agrava el delito y una agravante genérica. Algunos ejemplos se presentan en nuestro derecho positivo. Así, en el delito de hurto cualificado por la circunstancia de abuso de superioridad, se puede aplicar, en principio, el delito contenido en el art. 514 con la agravante de abuso de superioridad del n.º 8 del art. 10 o el hurto específico que viene contemplado en el último inciso del n.º 4 del art. 516. Aunque las agravantes genérica y específicas en este caso son casi idénticas, dado que la contemplada en el art. 516 está especialmente prevista para el delito de hurto excluyendo a cualquier otro, se aplicaría esta última. Pero esta solución no resulta necesariamente de la existencia de un mayor desvalor de esta calificación sobre la otra que se ha señalado, sino simplemente porque es una subsunción más específica. Por tanto, en estos supuestos el criterio a aplicar es el de la especialidad y no el de la consunción.

Otros casos semejantes a éste se pueden encontrar en el delito de parricidio del art. 405 en relación con el delito de homicidio y la circunstancia mixta de parentesco del art. 11 o el delito de injurias hechas por escrito y con publicidad bajo el concepto legal que señala el art. 463 en relación con la agravante del art. 10.4.º (realizar el delito por medio de la imprenta, radiodifusión u otro que facilite la publicidad).

(81) Por ejemplo, si se aplica a las agravaciones específicas del art. 506 (para el robo con fuerza en las cosas) o al art. 501 (subtipos agravados en el robo con violencia e intimidación).

genéricas de agravación. Se puede pensar, por ejemplo, que si el legislador hubiese empleado una técnica perfecta de determinación legal de circunstancias agravantes (cosa casi imposible de conseguir), impediría que elementos genéricos de agravación coincidiesen básicamente con el presupuesto material de ciertas infracciones criminales o que éstos hubiesen sido expresados por dichas infracciones o resultaren inherentes a las mismas. Pero eso resultaría demasiado complicado, dado que las agravantes del artículo 10 están expresamente descritas y son muy pocas en comparación a toda la variedad delictiva que, en principio, le sirve de presupuesto; de tal forma que muy difícilmente se podría evitar que alguna de las circunstancias agravantes no coincidiese con términos típicos de las correspondientes figuras delictivas de la Parte Especial. El legislador ha sido cauto a este respecto y ha expresado manifiestamente a través del artículo 59 la posibilidad de esta doble tipificación, advirtiendo al intérprete para que no aplique una reiteración ilógica técnica y valorativamente.

Este peligro de doble reiteración es más difícil que se produzca cuando se trata de circunstancias de agravación específicamente previstas para determinados delitos. En tales supuestos, la Ley ha determinado el concreto elemento de agravación, teniendo presente que éste se va a aplicar a uno o varios (en todo caso, muy pocos) tipos básicos, frente a la gran cantidad de figuras delictivas que potencialmente podrían ser presupuesto de las agravantes genéricas. De esta forma, puesto que se ha establecido una concreta causa de agravación del delito básico con particular atención a las peculiaridades de éste, es muy poco probable que se recurra de nuevo a un elemento típico de la figura principal. Las mismas consideraciones son trasladables a las causas específicas de atenuación (82).

El que existan pocas posibilidades de inherencia entre elementos del tipo básico y las agravaciones específicas, no implica necesariamente la anulación de toda duda sobre la realidad de esa relación de inherencia entre una y otra. Más concretamente, en nuestro ordenamiento jurídico se ha suscitado la problemática de la violación del

(82) Causas específicas de atenuación para concretas figuras delictivas apenas existen en nuestro ordenamiento jurídico, y al igual que en los supuestos de agravación, más bien se trata de subtipos específicos con cierta autonomía. No se puede entrar aquí en la naturaleza jurídica de estas circunstancias porque excedería notablemente de las propias limitaciones impuestas por la misma investigación. Algunos ejemplos de las mentadas causas específicas de atenuación se encuentran en los arts. 256: «Si de los antecedentes del procesado y de las circunstancias del hecho se dedujere la escasa peligrosidad social de aquél, la existencia en contra suya de amenazas graves de agresión ilegítima, o la patente falta de intención de usar las armas con fines ilícitos, los Tribunales podrán rebajar las penas señaladas en esta sección en uno o dos grados», y 420, párrafo segundo: «No obstante, el hecho descrito en el párrafo anterior podrá ser castigado con las penas de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas, atendidas la naturaleza de la lesión y las demás circunstancias de aquél.»

artículo 59 del Código Penal en relación con alguno de los delitos tipificados en el artículo 501 y la agravación ubicada en el último inciso de dicho precepto (cuando el delincuente hiciese uso de las armas u otros instrumentos peligrosos que llevase) (83). La cuestión que se debe resolver ahora es si dentro del ámbito de aplicación del precepto, además de las circunstancias agravantes genéricas, se pueden incluir también las causas específicas de agravación de las diferentes figuras delictivas de la Parte Especial del Derecho Penal.

Una primera lectura del repetido precepto muestra que su aplicación va dirigida a las circunstancias agravantes que pueden producir el efecto de aumentar la pena. No cabe duda que las circunstancias agravantes genéricas, esto es, las contenidas en el artículo 10 del Código Penal, son las primeras objeto de especial consideración por el artículo 59. Pero, en efecto, las agravaciones específicas de algunos delitos del Libro II del texto punitivo, también pueden ser consideradas circunstancias agravantes que producen el efecto de aumentar la pena, sin forzar el tenor literal del artículo 59.

Se señalaba también que el principio de inherencia actuaba fundamentalmente en el ámbito de la determinación de la pena. Ahora bien, cuando se trataba de agravantes genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, su incidencia se concretaba en la fase de la determinación concreta de la cuantía de la pena, es decir, en el momento que sirve de presupuesto para la aplicación del artículo 61 del Código Penal. En cambio, cuando se trate de agravaciones específicas, la prohibición de la doble valoración se va a reflejar en una fase anterior de la individualización penal, cual es el momento de la elección del marco penal sobre el que se ha de concretar la sanción final, impidiendo, en este caso, que se tome como pena base la marcada por la mentada agravación específica. Sobre este punto, que apenas ha sido considerado por la doctrina española (84), existe cierta unanimidad en la doctrina alemana, auspiciada por el propio tenor literal del § 46.III (85).

(83) Sobre esta temática en concreto, volveremos en el siguiente apartado.

(84) Con todo, no se puede olvidar que Zugaldia Espinar aplica el art. 59 para considerar que determinadas agravaciones del delito de lesiones violan su sentido e incluso la propia Constitución por comprender este precepto, según el autor, una concreción del principio fundamental del *non bis in idem* constitucionalmente consagrado (véase a este respecto nota n.º 48). Esta consideración abierta del art. 59 del Código Penal también ha sido mantenida por Alonso Alamo, quien entiende que dicho precepto no sólo se aplica a las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal, sino también a las agravaciones específicas e incluso a otros factores que directa o subsidiariamente puedan aumentar la pena. Alonso Alamo, M., «La compensación de circunstancias generales y especiales ante la reforma del Derecho Penal», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 19 (1983), p. 9.

(85) A este respecto, se ha señalado que la prohibición de la doble valoración no repercute solamente en la individualización penal *sui generis*, sino que aporta especial

Luego si las causas especiales de agravación pueden ser subsumidas por el artículo 59 sin forzar su tenor literal, y además se respeta el fundamento y los propios criterios de valoración que se han mantenido a lo largo del presente trabajo, se llega a la conclusión de que también éstas entran dentro del ámbito de aplicación del repetido artículo 59 del Código Penal (86).

Mayores problemas se plantean cuando el presupuesto del precepto se sitúa en aquellas circunstancias que, de una forma u otra, pueden producir una atenuación de la pena final, sean las genéricas contenidas en el artículo 9.º (incluyendo las propias eximentes incompletas) o algunas específicas para determinados delitos. Así, a título de ejemplo, en el delito contenido en el artículo 340 bis a), párrafo primero (87), de conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas u otras sustancias tóxicas, surge la duda de si se puede aplicar la atenuante del artículo 9.º, n.º 3, del Código Penal, de embriaguez no habitual, dado su relación de inherencia con la mentada figura delictiva.

Como se ha expuesto al principio del presente artículo, respecto a las circunstancias atenuantes también se aplica el principio de la prohibición en ordenamientos jurídicos como el alemán o italiano, por venir expresamente recogida esta posibilidad por el derecho positivo. En el artículo 59 de nuestro vigente Código Penal, por el contrario, tan sólo se mencionan las circunstancias agravantes. En atención a lo dicho, deberían surgir dudas en cuanto a la aplicación del precepto en los supuestos de atenuación, por no coincidir con el tenor literal de aquél. Sin embargo, se puede decir que nuestra doctrina (88), apoyada por alguna resolución jurisprudencial

significación en la elección del particular marco penal. En este sentido, Bruns, *Strafzummesugsrecht...*, cit., p. 368. El autor reitera esta idea en otro de sus trabajos: *Zum verbot der Doppelverwertung von Tatbestandsmerkmalen oder strafrahmenbildenden Umständen (Strafbemessungsgründen)*..., cit., p. 360. Del mismo criterio, Zipf, *Die Strafzummesung...*, cit., p. 42.

(86) Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en una reciente sentencia parece negar esta posibilidad, aunque bien es cierto que esto no se puede afirmar de forma contundente, cuando establece que «... El artículo 59 no es aplicable, ya que no se trata de circunstancias de agravación genérica, sino de elementos de una figura delictiva que conforma un subtipo de mayor gravedad...», STS de 4 de marzo de 1988 (RA, n.º 218).

(87) Art. 340 bis a): «Será castigado con las penas de arresto mayor o multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas y privación, en todo caso, del permiso de conducción por un tiempo de tres meses y un día a diez años:

1.º El que condujera un vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas...»

(88) Como representativos se pueden citar los siguientes: Albacar López/Manzanares Samaniego..., cit., p. 359; Conde Pumpido..., cit., p. 189; Córdoba Roda..., cit., p. 250; González Cussac..., cit., p. 213; Gallego Díaz..., p. 213.

dencial (89), es partidaria, con un amplio consenso, de ampliar el campo de vigencia del artículo 59 tanto a circunstancias atenuantes como mixtas.

El argumento que se ha utilizado deriva del peculiar entendimiento respecto de la naturaleza jurídica del artículo 59, pues en la medida en que este precepto es considerado como una concreción del principio del *non bis in idem*, éste debe ser aplicado a todos los factores de determinación penal sin discriminación alguna.

Pero esta interpretación presenta dos objeciones demasiado consistentes para que pueda ser admitida sin crítica alguna.

La primera de ellas atiende a la literalidad del precepto, que tan sólo menciona a las circunstancias agravantes, desconociendo a las atenuantes.

El segundo obstáculo deriva del anterior, pues si se entiende que es aplicable el artículo 59 a supuestos que no vienen expresamente mencionados en su tenor literal, su utilización sólo se puede explicar bajo el recurso de la analogía, y puesto que se prohíbe tomar en consideración una circunstancia de mitigación de la pena, analogía *in malam partem*. Con independencia de que se llegue a la misma conclusión que la doctrina dominante, el artículo 59 no se puede aplicar a otras circunstancias que no sean las de agravación, sean genéricas o específicas.

De otra parte, lo que parece lógico desde todos los puntos de vista es que no se aplique una atenuante que sea inherente a un delito, en el ejemplo que se señalaba, que no se aminore la gravedad del delito de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas con la atenuante de embriaguez del artículo 9.º, n.º 3.

Estas dos apreciaciones, aparentemente contradictorias, necesitan de una explicación que pueda salvar dos consideraciones que, a primera vista, parecen incompatibles entre sí.

Se ha señalado desde un principio que el artículo 59 del Código Penal responde a las reglas de la lógica, que es una concreción del *non bis in idem* en una determinada materia. Bajo este prisma, si esta disposición no hubiese existido, sus consecuencias jurídicas, en tanto que son consecuencias puramente lógicas, seguirían manteniéndose de igual forma. Si se ha positivizado esta regla de sentido común, esto ha sido fundamentalmente por dos razones: una de carácter técnico y otra de índole valorativo. De carácter técnico, porque la variedad delictiva de la Parte Especial frente a las pocas circunstancias agravantes que potencialmente pueden ser aplicadas, determina que el legislador exprese la posibilidad de existencia de una ilícita reitera-

(89) La STS de 11 de junio de 1974 (JC, n.º 1.171) entiende que el art. 59 del Código Penal también se puede aplicar a las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal.

ción que no debe ser considerada. Y de índole valorativo porque dicho precepto nace bajo una clara tendencia limitadora del arbitrio judicial, y en nuestro país, con influencia de los principios de la retribución. La especial referencia a las circunstancias agravantes vendría justificada por estas consideraciones, y de ahí que aquí se haya expresado esta relación como particular manifestación de la culpabilidad por el acto aislado.

Pero si el artículo 59 no hubiese existido, en tanto que refleja una regla lógico-jurídica representativa del principio de consunción en el ámbito de la determinación de la pena, seguiría aplicándose de igual forma. Y por idénticas razones, jamás debe apreciarse una circunstancia atenuante a un delito que la haya expresado al ser descrito por la Ley o que guarde con la misma una relación de inherencia. Pero esta prohibición no deriva de la aplicación directa del artículo 59, sino de los mismos principios que le sirven de base. En este caso, es el principio de consunción el que impide esa reiteración del elemento del tipo y de la atenuante, aun cuando no haya un artículo que así lo manifieste expresamente (90).

CRITERIO DE DETERMINACION DE LA RELACION DE INHERENCIA

Establecido el fundamento, naturaleza y ámbito de aplicación del artículo 59 del Código Penal, se tiene que determinar cuál es el criterio general para que se pueda estimar cuándo una circunstancia agravante es inherente a un delito y cuándo no lo es. Si se afirma, por

(90) No es ésta la postura, como se ha señalado, que se postula en nuestro país ni tampoco fuera de nuestras fronteras. Así, el derecho positivo alemán ofrece la posibilidad de que se aplique el precepto correspondiente (§ 46.3) tanto a las circunstancias agravantes como atenuantes (que, como se ha señalado, no vienen taxativamente determinadas, salvo algunos supuestos específicos). A pesar de la extensión legal, la doctrina germánica amplía notablemente el tenor literal del precepto en cuestión para incluir dentro de la prohibición de la doble valoración, no sólo a las circunstancias genéricas del delito, sino también a otros factores que fundamentan la determinación de la sanción criminal, como la necesidad general de pena del hecho correspondiente, el principio fundamental político-criminal de la respectiva disposición, o el fin de la amenaza penal del castigo. Bruns, *Strafzummesungsrecht...*, cit., p. 366. Del mismo autor, *Zum verbot...*, cit., p. 358. En este sentido, Seebald ha señalado que la prohibición debe comprender todas las causas y consideraciones que han guiado ya al legislador en la formulación de un determinado tipo penal, pues incluso la intención legislativa puede servir de base como factor no expreso de determinación penal, llegando a la consecuencia de que el juez no debe tener en cuenta un punto de vista aplicable a todo hecho penal de la misma clase, la idea político-criminal de la correspondiente disposición o el abstracto fin de la pena de la prevención general. Seebald, *Das missverstandene Doppelverwertungsverbot und seine Grenzen...*, cit., p. 232.

ejemplo, que la astucia es inherente al delito de estafa o que el abuso de confianza lo es respecto de la apropiación indebida, es porque necesariamente debe de existir una relación intrínseca entre circunstancia agravante y figura delictiva que justifica la no consideración de aquélla. Esa relación de inherencia responde a un fundamento común (el cual ya ha sido estudiado al principio de esta investigación), que al ser aplicado a los diversos supuestos, se plasma en una regla general de determinación del criterio de inherencia. En este apartado se va a intentar desvelar esa regla general de conexión interna que establece la prohibición de la doble valoración.

Un primer aspecto a tener en cuenta dentro de este marco enunciado, es aquel que se plantea sobre si la relación de inherencia se concibe en el artículo 59 de forma absoluta y abstracta o, por el contrario, se debe entender bajo las coordenadas de relatividad y concreción. Es decir, se debe de responder a la cuestión de si el artículo 59 del Código Penal prohíbe que el juez recurra a una circunstancia agravante que ha sido absorbida por el delito que se juzga a través del momento legal y genérico, atendiendo a la relación entre agravante e infracción desde el punto de vista de su mera tipificación sin ulterior concreción; o más bien semejante interdicción va referida al supuesto de hecho específico, esto es, teniendo presente en el momento de la realización de la conducta si ésta podría haber sido materializada sin la concurrencia del elemento agravatorio.

En nuestro país, Córdoba Roda (91) representa una tendencia casi uniforme en favor de la primera de las posibilidades planteadas, pues entiendo este autor que cuando el texto legal habla aquí de delito se refiere al correspondiente tipo de infracción, no al hecho concreto realizado. De esta forma, las circunstancias inherentes al delito, según el artículo 59 del Código Penal, lo serían aquéllas sin cuyo concurso resulta absolutamente imposible la comisión de la respectiva figura legal y viceversa, pues no constituirían tales circunstancias inherentes al delito «aquellas que, si bien resultan imprescindibles en el caso concreto para perpetrar la particular conducta criminal, no imposibilitan en sentido absoluto la realización de la misma, al poder ésta ser llevada a cabo en otros casos concretos, sin necesidad de dichas circunstancias» (92). Esta posición ha sido aceptada por la mayoría de la doctrina española (93). De ahí que se haya designado a esta interpretación inherencia absoluta, frente a la denominada inherencia relativa, que responde a la interpretación que se ciñe a la segunda alternativa expuesta anteriormente.

(91) *Comentarios al Código Penal...*, cit., p. 247.

(92) Córdoba Roda, *ibídem*.

(93) Véase a este respecto los autores citados en la nota 88.

Esta concepción del principio de inherencia se puede aceptar parcialmente, pues desde el fundamento que se expuso en su momento, es coherente con lógica, con la distribución de competencias entre el legislador y el juez, con el *non bis in idem* y con el propio principio de culpabilidad por el hecho aislado mantener que la relación entre circunstancia y delito que la absorbe viene referida a la fase abstracta y genérica de la tipificación y no a esta otra que se desarrolla en la concreta materialización de un hecho puntual. Ahora bien, tal y como se desprende de la exposición de semejante doctrina, absoluto y abstracto se unen indisolublemente, al igual que relativo y específico. Y no tiene por qué ser siempre de este modo. Se puede concebir la inherencia de forma abstracta, pero se puede concebir que esa relación ideal sea de carácter general sin llegar a la radical conclusión de la imposición absoluta. Esta nueva interpretación debe ser precisada junto a una mayor delimitación del criterio determinante de la relación de inherencia.

Es de común entendimiento que la existencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal obedece a la idea de ajustar, en la mejor forma posible, la pena imponible al responsable criminal de un hecho en atención a las específicas peculiaridades de éste (gravedad del resultado, medios de comisión, etc.) y el grado de culpabilidad del sujeto enjuiciado. Sin profundizar en toda la problemática que plantea el fundamento de la teoría de la pena, también se puede afirmar que el delito en abstracto representaría el caso normal, mientras que las circunstancias expresarían un dato añadido que reflejaría las posibles modalidades de la figura legal genérica (94). En este sentido, y siguiendo a Bruns (95), se puede decir que la valoración de una circunstancia de agravación será lícita cuando su consideración contribuya de forma esencial a la caracterización especial del hecho particular dentro del grupo del delito del que forma parte. Precisamente se prohíbe que se tenga en cuenta una agravante como causa de determinación penal porque ésta no aporta nada nuevo en la desvalorización del supuesto concreto, careciendo en tal caso de razón alguna un aumento de la cuantía de la sanción criminal. Esta consideración ha llevado a un sector doctrinal a la aceptación de toda circunstancia agravante como causa de determinación penal cuando aquélla aporte una especificidad esencial constitutiva de la caracterización del hecho particular dentro de la clase de hechos que genéricamente vienen siendo descritos por la

(94) En palabras de Bruns, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal son utilizadas como causas de determinación penal porque representan particulares expresiones del hecho, que matizan al mismo dentro de su cuantitativa gravedad. Bruns, *Strafzummesungsrecht...*, cit., p. 369.

(95) Bruns, *ibidem*.

figura típica (96). En esta interpretación se exige que el elemento agravatorio aporte un cuño de individualización en la forma en que se ejecutó el hecho, en su gravedad, etc., para que pueda ser una lícita causa de determinación penal. Siguiendo esta pauta, se puede decir que el criterio aceptado para la determinación de la relación de inherencia radica en esa consideración del caso medio representado por la figura legal tipificada de forma genérica y la existencia de desviaciones de ese término medio en la materialización del caso concreto, diferenciación que puede ser subsumida a través del delito cualificado. En este contexto, como señala Hettinger (97), en el plano abstracto formal del tipo no es posible la concreta individualización de la pena, pues dicha abstracción del supuesto de hecho obliga al intérprete a la consideración de ese tipo como presupuesto de la pena, y a entender sus elementos como susceptibles de aplicación, indistintamente y en la misma forma, a todas las acciones típicas de ese hecho penal. Así, cuando la causa de agravación contempla, sin diferenciación alguna, una serie de circunstancias que, lejos de aportar un nuevo sello de concreción del supuesto típico, coincide con las peculiaridades definidas por algún elemento de la figura legal, entonces se podrá afirmar que existe una relación de inherencia entre la circunstancia agravante y el delito que supuestamente le sirve de base. Surge así, pues, la prohibición de aplicación de aquella, y no puede ser de otra forma, puesto que el elemento del tipo (encubierto en la causa de agravación) es inidóneo para que pueda influir mínimamente en la determinación de la cuantía de la pena del caso concreto.

Volviendo al principio del presente apartado, se debe afirmar esa abstracción de la relación de inherencia, considerando tan sólo la conexión entre circunstancia y delito desde el punto de vista legal y no la posibilidad de realización del caso puntual. A esto se debe añadir la consideración del caso medio que viene representado por el tipo penal de la Parte Especial. Ahora bien, en esa llamada al caso medio, al supuesto de comisión normal, no se está optando por una concepción absoluta del principio de inherencia, como mantiene Córdoba Roda (98). Para este autor, una circunstancia agravante será inherente a un delito cuando sea absolutamente imposible concebir la descripción legal de la figura delictiva sin la concurrencia de dicha circunstancia de agravación. Para dicho

(96) Hettinger, *Das Doppelwertungsverbot...*, cit., p. 50, siguiendo a Jagusch. En la misma línea se ha manifestado Bruns, *Zum verbot der Doppelverwertung...*, cit., p. 362. El mismo autor se expresa en idéntico sentido en *Das Recht der Strafzumessung...*, cit., p. 136. En esta línea se ha mantenido Zipf, *Die Strafmassrevision...*, cit., p. 99.

(97) Hettinger..., cit., p. 126.

(98) Córdoba Roda, *ibídem*.

autor, por el contrario, no constituirán tales circunstancias inherentes al delito «aquellas que, si bien resultan imprescindibles en el caso concreto para perpetrar la particular conducta criminal, no imposibilitan en sentido absoluto la realización de la misma, al poder ser ésta llevada a cabo en otros casos concretos, sin necesidad de dichas circunstancias». Desde esta perspectiva, si la realización de una conducta delictiva presupone en la mayoría de las ocasiones la consideración de una causa agravante, excepto en algún caso muy excepcional, puesto que no resulta absolutamente imposible la escisión de la correspondiente figura legal, se admitiría como factor de determinación penal. Sin embargo, la posición que aquí se defiende es bastante diferente.

En la medida en que un hecho venga usualmente definido de tal forma que su perpetración suponga casi siempre la consideración de un elemento catalogado como circunstancia de agravación, éste no puede asumir una función de diferenciación del caso normal, porque en realidad no marca su sello específico de agravación respecto del supuesto de hecho medio. No puede, por tanto, contribuir a un aumento de la pena respecto del delito genérico. Y esta conclusión no puede ser desvirtuada aun cuando excepcionalmente se pudiese obtener una imagen del hecho típico sin la causa modificativa de la responsabilidad criminal, pues si tan sólo ese dato fuese suficiente para romper la relación de inherencia, se estaría elevando a la categoría de regla lo que aparece precisamente como opuesto, es decir, la excepción. Y por el contrario, se degradaría al campo de lo excepcional aquello que normalmente se presenta como regular y reiterado, siguiendo una pauta normativa. Esto viene impuesto por la propia naturaleza valorativa de la Ciencia del Derecho, cuyos principios no son contemplados exclusivamente como reglas absolutas de carácter universal que impiden su vigencia cuando un supuesto no encaja completamente en su formulación inicial.

A título de ejemplo, en la apropiación indebida tipificada en el artículo 535 del Código Penal, se puede afirmar que en la casi totalidad de los casos el sujeto activo del delito va a abusar de la confianza que ha puesto en él el sujeto pasivo desde el momento en que éste ha entregado una cosa mueble con el convencimiento de que le sea devuelta. Es posible, sin embargo, imaginar algún supuesto donde la víctima desconfíe realmente del depositario de los objetos entregados, es posible pensar en la realización de algún hecho punible sin que exista una auténtica relación de confianza. Según la doctrina tradicional y dominante, como desde el punto de vista abstracto no se da una imposibilidad absoluta de existencia del delito sin la circunstancia agravante, la consecuencia inmediata y coherente con este planteamiento sería la de rechazar la relación de inherencia entre el delito de apropiación indebida del artículo 535 y la circunstancia agravante del artículo 10, n.º 9, ambos del Código Penal.

Por el contrario, la interpretación que aquí se propone atiende a la normalidad de la realización del supuesto de hecho que representa el tipo legal genérico frente a la diferenciación y desviación del caso medio que se contempla desde el delito cualificado por una circunstancia de agravación. En línea con el ejemplo citado con anterioridad, la forma normal de ejecución del delito de apropiación indebida va a suponer el empleo de abuso de confianza respecto del ofendido, y tan sólo excepcionalmente puede producirse la perpetración del delito contra la propiedad sin la concurrencia del mencionado elemento de agravación. Si por este factor aislado y poco usual se determina la consideración de la agravante de abuso de confianza en la casi totalidad de los casos realizados, se va a elevar, tal y como aquí se ha señalado, a categoría de regla una circunstancia que tan sólo se presenta excepcionalmente. Por esta razón, se mantiene que el abuso de confianza es inherente al delito de apropiación indebida. Postular por la interpretación tradicional supone enfrentarse a muchos inconvenientes, como pueden ser los derivados de dejar sin explicación convincente la función de los elementos de agravación, la división de competencias entre el legislador y el juez, la aplicación material del principio del *non bis in idem* o la propia naturaleza de las cosas.

En conclusión, el criterio propuesto para la determinación de la relación de inherencia atiende a una consideración parcialmente abstracta y no absoluta del tipo legal y la circunstancia agravante considerada, sin que esto suponga el olvido de las condiciones en que normalmente se desarrolla la ejecución del caso medio. Es ésta, pues, una interpretación intermedia entre la inherencia concebida en forma absoluta y aquella otra que se explica desde una concepción relativa (99).

(99) Esta interpretación puede plantear algunos problemas si se realiza una lectura estrictamente literal del párrafo segundo del artículo 59. En efecto, el precepto establece claramente que no producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes «... de tal manera inherentes al delito que, sin la concurrencia de ellas, no pudiera cometerse». No obstante, si se sigue con atención el contenido semántico del vocablo *inherencia*, que según el Diccionario consiste en la unión de dos cosas separables por su naturaleza, o que sólo se pueden separar mentalmente y por abstracción, se podrá observar que esta acepción no es totalmente aplicable al ámbito jurídico, pues éste designa al mentado concepto con carácter valorativo que desconoce el gramatical, el cual se circunscribe exclusivamente al ámbito lógico. De otra parte, si se siguiese una concepción totalmente abstracta del criterio de inherencia, difícilmente se podría mantener la misma sin violar el tenor literal del art. 59. Pero como el punto de referencia no es tan sólo la relación ideal entre delito y causa de agravación, sino en atención a la normalidad de la ejecución del hecho según el caso medio, se puede seguir manteniendo que una circunstancia agravante es de tal manera inherente a un delito cuando, sin su concurrencia, no puede cometerse (según la forma en que normalmente se desarrolla la perpetración de ese hecho antijurídico).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha seguido una línea uniforme en sus resoluciones. De ahí que en una serie de sentencias parece que se inclina en favor de la consideración del criterio de la inherencia de forma similar a como lo entiende la doctrina tradicional, esto es, inherencia absoluta (100). Pero en la STS de 22 de octubre de 1962 (RA, n.º 3.958), el Tribunal de Casación entendió que no se podía aplicar la agravante de abuso de confianza del n.º 9 del artículo 10 a un delito de estafa porque «el hecho de ser empleado de la empresa condujo a que pudiera ser cometido el delito de estafa», y que, por tanto, «en este caso en concreto la condición de empleado o dependiente de la empresa es una circunstancia inherente al delito que cometió y, por tanto, conforme a lo que expone el artículo 59 del Código Penal, no produce el efecto de aumentar la pena». Parece que el Tribunal Supremo se pronuncia en este caso en favor de la admisión del criterio de la inherencia en sentido relativo, pues perfectamente es imaginable una estafa en la que no exista abuso de confianza alguno (aunque esto no será así en la generalidad de los casos) (101).

ALGUNOS SUPUESTOS EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL

En último lugar, se tiene que aplicar toda la construcción teórica elaborada a lo largo de este trabajo a los concretos casos conflictivos que se presenten en nuestro ordenamiento jurídico, para poder dotar de sentido a la investigación abstracta y comprobar su aptitud en la resolución práctica de los problemas puntuales. Con la exposición de algunos ejemplos, menos discutidos, de aplicación del artículo 59 en la jurisprudencia del TS, se dará por concluido el tema objeto del presente artículo, que tan sólo representa una introducción a un aspecto

(100) Al menos a esta conclusión parece llegar la STS de 7 de junio de 1960 (RA, n.º 2.523), cuando declara: «... No puede reputarse, como sostiene el recurrente, que la alevosía esté insita en el delito de parricidio para los efectos de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 59 del Código Penal, porque este precepto se refiere solamente a los casos o supuestos en los que el delito enjuiciado y la circunstancia que haya de apreciarse estén tan íntimamente unidos que no pueda existir el uno sin la otra, es decir, que para que una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal se estime como inherente al delito es preciso que aquélla se encuentre tan ligada al hecho punible que sin su concurrencia carezca éste de posible realidad.» De forma similar se han expresado las SSTS de 20 de febrero de 1904 (JC, n.º 97), 24 de mayo de 1904 (JC, n.º 270), 31 de mayo de 1904 (JC, n.º 285), 14 de octubre de 1908 (JC, n.º 68), 3 de diciembre de 1908 (JC, n.º 151), 6 de febrero de 1925 (JC, n.º 35) y 9 de mayo de 1928 (JC, n.º 219).

(101) Este criterio de inherencia relativa en la jurisprudencia del TS ha predominado en las SSTS de 12 de febrero de 1891 (JC, n.º 124), 20 de noviembre de 1909 (JC, n.º 148), 2 de octubre de 1911 (JC, n.º 47) y 29 de mayo de 1947 (JC, n.º 250).

de la teoría del Derecho Penal que ha sido poco estudiada entre los especialistas de nuestro país en esta materia.

En los epígrafes que siguen, no se trata de desvelar toda la problemática que plantea el contenido de sus enunciados, como es lógico deducir, sino que tan sólo se pretende resolver una determinada cuestión acudiendo al principio de inherencia del artículo 59 del Código Penal.

a) El robo con violencia o intimidación y la agravante de uso de armas u otros instrumentos peligrosos

El primer supuesto a examinar es aquel que se plantea en los delitos de robo con violencia e intimidación en las personas tipificados en los diferentes números del artículo 501 en relación con la agravante específica de porte de armas u otros medios peligrosos del último párrafo de dicho precepto (102), y dentro de éste, se toma en consideración especialmente el aspecto que hace referencia al momento de la comisión del delito.

Se preguntan entonces algunos autores si esta agravante específica no viola el principio del *non bis in idem*, puesto que, respecto al simple robo con intimidación, éste no se puede cometer si no se emplean para provocar dicha intimidación armas o medios peligrosos; y en el resto de los casos (robo con lesiones, con empleo de tortura, con homicidio, etc.), esta objeción aumenta considerablemente por la dificultad de que se produzca el resultado lesivo a la vida o a la integridad física del sujeto pasivo sin utilizar los instrumentos señalados en la circunstancia cualificativa. Se deben examinar estos dos supuestos por separado.

En cuanto al robo con intimidación del número 5.º del artículo 501, cierto es que en la mayoría de los supuestos el hecho se perpetrará con el uso de armas como medio intimidatorio por excelencia, pero pueden existir un considerable número de casos en los que la intimidación se produzca sin el empleo de las armas o de otros medios peligrosos, como ocurre cuando el hecho se perpetra con artificios semejantes, pero simulados o de juguete, que engañan al sujeto pasivo del delito contra la propiedad. Estos hechos producen auténtica intimidación, pero, sin embargo, los instrumentos utilizados por el agente no tienen ninguna capacidad para poner en peligro la vida o la integridad física de las per-

(102) Establece el último párrafo del artículo 501 del Código Penal: «Se impondrán las penas de los números anteriores en su grado máximo 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 acudieren en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren.»

sonas. Luego son imaginables frecuentes formas de ejecución del delito de robo con intimidación sin que requieran la utilización de armas reales, y sin que supongan una notable desviación de lo que constituye una de las formas normales de concretarse el tipo básico.

La agravante especial de porte de armas u otros medios peligrosos, en la medida que su fundamento radica en la puesta en peligro de la vida o la integridad física de la víctima, añade un dato más sobre la figura legal genérica que justifica la agravación de la pena. Conforme a esto, se puede mantener que la causa de agravación del último párrafo del artículo 501 no es inherente al delito de robo con intimidación del número 5.º del mismo precepto (103).

(103) A otra conclusión se debería llegar si se mantuviese que el fundamento de la agravante de uso de armas radica, no en el efectivo peligro para la integridad personal del sujeto pasivo, sino tan sólo en el sentimiento de inseguridad y temor al que es sometido el ofendido. Esta consideración ampliaría notablemente el concepto de arma e instrumento peligroso, de tal forma que dejaría prácticamente vacío de contenido el n.º 5.º del art. 501, el cual sólo podría tener virtualidad con la aplicación de la cualificación señalada. No quedaría entonces más remedio que aceptar la inherencia de la agravante de uso de armas respecto de esta figura delictiva, y aplicar el art. 59 con todas sus consecuencias.

Sin embargo, la doctrina es bastante uniforme en este tema y entiende que el fundamento de la agravación específica de uso de armas no puede ser otro que el peligro concreto que existe para la integridad física de la persona objeto del ataque. En este sentido se manifiesta Vives Antón, T. S., en *Derecho Penal. Parte Especial*, 3.ª ed., Valencia, 1990, p. 830; Bajo Fernández, M., *Manual de Derecho Penal (Parte Especial). Delitos patrimoniales y económicos*, Madrid, 1987, p. 63; Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho Penal Español. Parte Especial*, 12 ed., puesta al día por Serrano Gómez, A., Madrid, 1989, p. 441.

Sin embargo, frecuentemente el TS ha entendido que el fundamento de la agravación reside en la mayor perversidad del sujeto agente, o el espanto y terror que pudiera producirse en la víctima, como han expresado las SSTS de 25 de enero de 1985 (RA, n.º 360), 16 de abril de 1985 (RA, n.º 2.091), 14 de octubre de 1985 (RA, n.º 4.985), 7 de febrero de 1986 (RA, n.º 572) y 7 de marzo de 1986 (RA, n.º 1.266). Esta última interpretación no puede aceptarse, puesto que como señala Vives Antón (*ibidem*), la perversidad del sujeto no puede ser objeto de reproche jurídico en una culpabilidad por el acto aislado, y el temor o sentimiento de inseguridad es el que constituye justamente la intimidación. De ahí que no exista otro fundamento que explique la mayor gravedad de la pena que el riesgo personal que se desprende de la utilización de un medio peligroso para la vida o la integridad física.

Pero, de otra parte, sería injusto catalogar a la jurisprudencia del TS exclusivamente bajo estos criterios interpretativos. En las SSTS de 7 de febrero de 1990 (RA, n.º 1.290) y 12 de marzo del mismo año (RA, n.º 1.919), no aplica el último párrafo del art. 501 pese a que la muerte en el correspondiente tipo de robo con homicidio se había producido con empleo de arma blanca y de fuego. En otras ocasiones, aplica la agravante señalada, pero sin analizar la razón de dicha aplicación, como en las SSTS de 26 de mayo y 2 de octubre de 1989 (RA, n.º 4.981 y 7.526). Por último, recientemente el TS aplica la agravante cuando el peligro representado por el medio peligroso no ha sido totalmente absorbido por la muerte consumada de alguno de los sujetos pasivos (véase las resoluciones citadas en la nota 106).

Mayores problemas ocasiona, sin embargo, el supuesto de aplicación de esta agravante en el resto de los delitos contenidos en los números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del artículo 501. Si se entiende que la razón de la agravación radica en el riesgo a la integridad personal del sujeto pasivo que pudiese provocar el uso de las armas, este riesgo ya se ha consumado desde el momento en que el peligro se transforma en lesión en el robo con homicidio, mutilaciones, tortura, etc. Desde esta perspectiva, estaría vedada la aplicación del último párrafo a la mayoría de los delitos contenidos en el artículo 501, quedando vigente tan sólo para los supuestos de robo con violación o el señalado de robo con intimidación (104).

En el robo con homicidio doloso del número 1.º del artículo 501, la práctica totalidad de la doctrina considera que no existe razón alguna para aplicar la agravante de uso de armas, pues todo el peligro que pudiese desplegar el instrumento peligroso se ha materializado en el resultado más grave: la muerte de una persona. Se añade, además, que de aplicarse el último párrafo del artículo 501 al robo con homicidio, el legislador habría establecido el tipo básico de esta infracción tan sólo para supuestos en los que la muerte se produce con la mano o mediante ataduras «lo que resulta absurdo porque normalmente la producción de la muerte o las lesiones exige la utilización de medios peligrosos» (105).

A idéntico resultado se llega con la aplicación del artículo 59 bajo los presupuestos que se han establecido en el apartado anterior. Si se siguiese el criterio de inherencia que postula la doctrina mayoritaria, como desde el punto de vista abstracto es posible imaginar un supuesto de robo con homicidio sin la intervención de armas u otros medios peligrosos (por ejemplo, ahogando al sujeto), no habría inherencia entre circunstancia y figura delictiva dado que la imposibilidad de ejecución del hecho sin la agravante no se produce de forma absoluta. En consecuencia, con este planteamiento, se debería aplicar la cualificación incluso en los supuestos de robo con homicidio.

Sin embargo, con la interpretación expuesta aquí, la relación de inherencia se concebía también desde el punto de vista abstracto pero no necesariamente de forma absoluta. La forma normal de perpetra-

(104) Por el contrario, Manzanares Samaniego encuentra serias dificultades para admitir esta conclusión, derivadas de las siguientes consideraciones: *a)* el último párrafo del artículo 501 no discrimina ningún supuesto al señalar «Se impondrán las penas de los números anteriores en su grado máximo»; *b)* se dice también que en la elaboración del precepto hubo muchas enmiendas dirigidas a su modificación restrictiva, las cuales no fueron aceptadas; *c)* por último, se expresa que aunque el peligro se haya consumado en la lesión, esto no significa que no pueda concretarse en una lesión más grave; Manzanares Samaniego, J. L., «El párrafo último del artículo 501 del Código Penal», *Actualidad Penal* (1988), pp. 1397 y ss.

(105) Bajo Fernández, *ibídem*; de la misma opinión, Rodríguez Devesa, *ibídem*.

ción del delito va a ser mediante la utilización de instrumentos susceptibles de segar la vida de una persona. Cualquier otra forma que no sea la señalada, entra dentro del campo de lo excepcional y poco probable. La utilización de los medios peligrosos conforma el propio concepto dinámico del delito de homicidio y no supone ninguna desviación del caso medio correspondiente al tipo genérico. Existe, pues, relación de inherencia entre la circunstancia agravante del último párrafo del artículo 501 y el delito contenido en el número 1.º del mismo precepto. En conclusión, la agravante de uso de armas u otros medios peligrosos no es de aplicación, en una de sus concretas formas de agravación, al robo con homicidio (106), y por extensión, a los que comporten lesión a la integridad física o salud (107).

b) Las lesiones agravadas del número 1.º del artículo 421 del Código Penal

Otro punto para el debate ha nacido con la reciente regulación del delito de lesiones reformado por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio. El artículo 420 del Código Penal (108) establece el tipo básico del delito de lesiones, y en el precepto siguiente se agrava dicho deli-

(106) Sin embargo, esta conclusión tiene que ser matizada. La relación de inherencia entre el uso de las armas y el robo con homicidio sólo se puede predicar respecto del empleo de dichos instrumentos peligrosos en la perpetración del delito y cuando la muerte del paciente haya consumado todo el peligro representado por el uso del arma letal. De esta forma, y siguiendo a Vives Antón, se puede salvar al literalidad del precepto, estableciendo que es posible la aplicación de la agravante al delito de robo con homicidio en aquellos supuestos donde la muerte no supone la total materialización del peligro desplegado en el hecho, el cuál adquiere una proyección más amplia desde el momento en que no desaparece con la lesión el riesgo para la vida o la integridad física de otras personas. («Derecho Penal. Parte especial...», *cit.*, p. 834). Por esta interpretación parecen decantarse las SSTS de 29 de abril y 24 de mayo de 1989 (R.A., números 3.572 y 4.249).

(107) En alguna resolución del TS, el peligro de doble valoración ha sido superado y un mismo acontecimiento incluso se ha considerado tres veces. Así, en las SSTS de 20 de septiembre de 1989 (RA, n.º 6.757) y 18 de abril de 1990 (RA, n.º 3.262), el TS castiga el uso del arma al consumarse en robo con homicidio y lesiones, respectivamente, al aplicar la cualificación del último párrafo del artículo 501 y, además, al elevar a consumación del delito una conducta que se encontraba en fase imperfecta de ejecución, siguiendo las pautas del artículo 512 del Código Penal.

(108) Art. 420: «El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado con la pena de prisión menor siempre que las lesiones requieran para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico.

No obstante, el hecho descrito en el párrafo anterior podrá ser castigado con las penas de arresto mayor o multa de 100.000 a 500.000 pesetas, atendidas la naturaleza de la lesión y las demás circunstancias de aquél.»

to cuando se dan las circunstancias señaladas en el mismo (109). Ha sido Zugaldía Espinar (110) quien ha señalado de forma abierta la inconstitucionalidad del artículo 421, 1.º del Código Penal, porque, desde su punto de vista, los medios normales de comisión del delito de lesiones presuponen la utilización de instrumentos susceptibles de producir grave daño a la integridad corporal. Se vulneraría de esta forma el principio del *non bis in idem* constitucionalmente protegido en el artículo 25 del Texto Fundamental, como emanación lógica y consecuente del principio de legalidad, representado en el ámbito del Derecho Penal por el repetido artículo 59.

La concepción de la relación de inherencia mantenida por el autor, como se deduce de su posición, se expresa en términos de cierta relatividad, pues frente a Córdoba Roda, no declara en ningún momento la absoluta imposibilidad de que las lesiones básicas del artículo 420 (párrafo primero) puedan consumarse sin la utilización de los instrumentos peligrosos para la integridad física.

Ciertamente, se puede decir que un gran número de ataques a la integridad física se van a realizar mediante armas u otros objetos susceptibles de producir un grave daño físico en la persona del sujeto pasivo. Ahora bien, postular la inconstitucionalidad radical del precepto en base a esta consideración, parece excesivo. Se puede exigir en la interpretación de la cualificación ciertos requisitos que fundamenten una mayor sanción y una desviación del caso medio representado por el tipo básico del artículo 420. En este sentido, y siguiendo a Boix Reig (111), el artículo 421, 1.º del Código Penal puede ser concebido como un tipo de peligro concreto (112) que

(109) Art. 421: «Las lesiones del artículo anterior serán castigadas en sus grados medio a máximo:

1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas susceptibles de causar graves daños en la integridad del lesionado o reveladoras de acusada brutalidad en la acción.

2.º Si como resultado de las lesiones el ofendido hubiere quedado impotente, estéril, deforme, o con una enfermedad somática o psíquica incurable, o hubiere sufrido la pérdida de un miembro, órgano o sentido o quedado impedido de él.

3.º Si se hubiere empleado tortura.

(110) Zugaldía Espinar, «Consideraciones críticas en torno a la reforma...», *cit.*, p. 64.

(111) En Boix Reig, J.-Orts Berenguer, E.-Vives Antón, T. S., «La reforma penal de 1989», Valencia, 1989, p. 110. En la misma línea se expresan Cobo del Rosal-Carbonell Mateu, «Derecho Penal. Parte especial...», *cit.*, p. 607.

(112) También parte de la consideración de que se trata de un tipo de peligro concreto, Berdugo Gómez de la Torre, I, en Muñoz Conde, F.-Berdugo Gómez de la Torre, I.-García Arán, M., «La reforma penal de 1989», Madrid, 1989, p. 88. También mantiene esta tesis Quintero Olivares, pues dicho autor exige en la interpretación del artículo 421, 1.º la existencia de un peligro a la vida o a la integridad física adicional y superior respecto de la lesión efectivamente producida; Quintero Olivares, G., «Los delitos de

representan los medios empleados en relación con el resultado efectivamente producido. Es decir, que el efectivo riesgo para aspectos sustanciales de la integridad física hubiera supuesto, de haberse consumado, la aplicación de un precepto más grave. Esta interpretación es totalmente compatible con el tenor literal del Código, el cual exige en todo caso que la utilización de las armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas sean susceptibles de causar grave daño en la integridad del lesionado, estableciéndose de esta forma un mayor contenido del injusto que legitimaría la imposición de una mayor penalidad.

Con este criterio exegético, el tipo básico no queda vacío de contenido, pues en él se pueden subsumir aquellos hechos que menoscaban la integridad corporal del lesionado o su salud física producidos por objetos no muy contundentes a este respecto, por la propia energía física del agresor (puñetazos, golpes de artes marciales, etc.), o finalmente, las lesiones ocasionadas sin instrumento alguno y con un mínimo empleo de violencia (las producidas mediante un simple empujón que consigue lanzar el cuerpo del sujeto a una superficie más baja, por ejemplo, desde la altura de un primer piso). Claro está, que en todo caso se debe requerir para la sanidad de la lesión, al menos, una primera asistencia facultativa y ulterior tratamiento médico o quirúrgico.

En conclusión, las agravaciones del delito de lesiones del número 1.º del artículo 421 del Código Penal no son inherentes, a los efectos del artículo 59, a la infracción básica del precepto 420.

c) Otros supuestos menos conflictivos

En último lugar, se exponen brevemente una serie de supuestos que han sido considerados por la doctrina y jurisprudencia como ejemplos de aplicación del artículo 69, dada la relación de inherencia existente entre la figura legal y la circunstancia de agravación. Son los siguientes:

lesiones a partir de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio», *Poder judicial*, número especial XII, p. 120. Curiosamente, se ha calificado recientemente la naturaleza de este delito como abstracto-concreto; Huerta Tocildo, S., «El nuevo delito de participación con medios peligrosos en una riña confusa y tumultuaria», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLIII (1990), p. 91. Similar a la anterior es la postura mantenida por Tamarit Sumall, quien explica la agravación bajo los presupuestos del peligro hipotético (siguiendo a Torio López), pero postulando por razones de política criminal por una regulación que justifique la cualificación por existir un peligro concreto mayor para la vida o la integridad corporal; Tamarit, = i; Sumall, J. M., «La reforma de los delitos de lesiones (análisis y valoración de la reforma del Código Penal de 21 de junio de 1989), Barcelona, 1990, pp. 105 y 106.

a) *Delitos contra la propiedad*

En una serie de resoluciones, el Tribunal Supremo ha establecido, como no podía ser de otra forma, que la agravante de ejecutar el hecho en la morada del ofendido, del artículo 10.16.^a, no es inherente a los delitos de robo con homicidio, lesiones o hurto, porque éstos pueden ser perpetrados perfectamente sin su concurrencia o en otro lugar (113). De igual forma, se ha señalado que el abuso de confianza (art. 10.9.^a) es inherente al delito de apropiación indebida (114).

También ha sostenido el Tribunal Supremo que esta circunstancia de abuso de confianza no se aplica al delito de estafa del artículo 528 del Código Penal (115). Esta opinión se puede compartir parcialmente, pues en la mayoría de las ocasiones abusar de la confianza ajena será uno de los medios utilizados para producir el engaño, de tal forma que uno y otro se confundan. Sin embargo, puede existir una estafa donde el abuso de confianza se pueda separar del propio elemento fraudulento suponiendo, además, un mayor grado de reprochabilidad (por ejemplo, el timador profesional que utiliza el mismo fraude usual con un amigo de toda la vida). En tales casos se puede mantener la aplicación de la agravante 10.9.^a.

Difícil es mantener la posición de la STS de 22 de octubre de 1947 (JC, n.º 1.168), que entendió que la agravante de astucia no es inherente al delito de hurto, aunque bien es cierto que puede existir una acción de apropiamiento ocasional que nada tenga que ver con la astucia.

b) *Delitos contra el honor*

En una ocasión el Tribunal Supremo no aplicó la antigua agravante de desprecio de sexo entendiendo que el artículo 59 impedía acudir a la circunstancia genérica cuando la injuriada lo era precisamente en atención a la condición de su sexo (116). Sin embargo, la consideración más importante deriva de la relación existente con la agravante del artículo 10.4.º, de realizar el delito por medio de la imprenta,

(113) SSTS de 20 de febrero de 1904 (JC, n.º 97), 24 de mayo de 1904 (JC, n.º 270), 31 de mayo de 1904 (JC, n.º 285), 14 de octubre de 1908 (JC, n.º 68), 3 de diciembre de 1908 (JC, n.º 151), 25 de octubre de 1909 (JC, n.º 63) y 24 de octubre de 1920 (JC, n.º 45).

(114) STS de 20 de noviembre de 1909 (JC, n.º 45).

(115) STS de 13 de junio de 1919 (JC, n.º 168), 12 de marzo de 1927 (JC, n.º 132), 22 de octubre de 1962 (RA, n.º 3.958), 29 de octubre de 1962 (JC, n.º 1.102) y 26 de abril de 1989 (RA, n.º 354).

(116) STS de 4 de junio de 1927 (JC, n.º 292).

radiodifusión u otro que facilite la publicidad, que, con toda evidencia, no puede aumentar la pena de los delitos de injurias hechas por escrito y con publicidad (arts. 459 y 460) (117).

c) *Delitos contra la libertad sexual*

De forma similar a la estafa, en el delito de estupro fraudulento el Tribunal Supremo entiende que no es posible la agravante de abuso de confianza, por estar ésta implícita en el engaño (118). Sin embargo, ha sido en el ámbito de los anteriormente denominados abusos deshonestos y violación donde el Alto Tribunal ha establecido un curioso cambio interpretativo. En la antigua STS de 19 de marzo de 1885, cuando varios auxiliaron a perpetrar un atentado contra la libertad sexual, se aplicó al autor la agravante de abuso de superioridad (art. 10.8.º), y al resto se les castigó como meros partícipes. Con posterioridad, el Tribunal Supremo entendió que los meros partícipes debían de ser considerados como autores, por la vía de la complicidad necesaria del artículo 14.3.º. De esta forma, el cambio jurisprudencial obligó a no considerar la agravante de abuso de superioridad, pues ésta ya había sido contemplada al castigar al acompañante como cómplice necesario (119).

d) *Delitos de funcionarios*

El Tribunal Supremo ha sostenido, como es razonable en todo punto, la inherencia de la agravante de prevalecerse del carácter público del agente (art. 10.10.º) con el delito de estafa o apropiación indebida cometida por funcionario con abuso de su cargo (art. 403) (120). Desde luego, la gran mayoría de los tipos contenidos en el Título VII del Código Penal (de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos) van a ser incompatibles con la aplicación de la agravante del artículo 10.10.º por cuanto el prevalimiento del carácter público del culpable corresponde con la cualidad de funcionario que es tenida en cuenta por la Ley al definir todos los delitos de esta clase.

(117) SSTS de 3 de junio de 1983 (RA, n.º 3.082) y 25 de junio de 1986 (RA, n.º 3.192).

(118) STS de 25 de noviembre de 1948 (JC, n.º 443).

(119) SSTS de 25 de junio de 1955 (RA, n.º 2.136) y 15 de julio de 1985 (RA, n.º 4.101).

(120) STS de 1 de diciembre de 1958 (JC, n.º 1.083) y 2 de diciembre de 1961 (RA, n.º 4.409).

Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas (*)

GÜNTHER JAKOBS

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Bonn.
República Federal de Alemania (**)

1. TESIS

Se trata de fundamentar la siguiente tesis: el aspecto subjetivo del delito tiene la misión de servir a la realización del fin de la pena, entendiendo por fin de la pena el mantenimiento de la vigencia normativa, es decir, prevención general positiva.

Esta tesis se refiere al Derecho Penal tal como se practica en conjunto en la actualidad, no a un modelo, más o menos utópico de *lege ferenda*, y abarca todo el aspecto subjetivo del delito (1), incluyendo también el dolo y la imprudencia, cuya diferenciación es precisamente el principal objetivo de este trabajo.

(*) El artículo corresponde a las conferencias impartidas en junio de 1988 ante la Göttinger Rechtswissenschaftlichen Gesellschaft, y marzo de 1989, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Siena (Italia) (ésta ampliada).

(**) Traducción de M.^a DEL MAR DIAZ PITA, Becaria de Investigación del Departamento de Derecho Penal y Procesal de la Universidad de Sevilla.

(1) La relación positiva entre culpabilidad y fines de la pena, es decir, el concepto funcional de culpabilidad, ha sido tratado últimamente, entre otros, por Noll, «Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts», *Festschrift für H. Meyer*, 1966, p. 219; Jakobs, *Schuld und Prävention*, 1976; el mismo, *Strafrecht, All. Teil*, 1983, pp. 17-18 y ss.; Achenbach, «Individuelle Zurechnung, Verantwortung, Schuld», en Schünemann (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 135; en parte comparable en el principio de la psicología profunda de Haffke, *Strafrechtsdogmatik und Tiefenpsychologie*, GA, 1978, p. 33. Más recientemente, F. Kaufmann, *Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld*, 1929, pp. 111 y ss.; notablemente modificado también Baurmann, *Zweckrationalität und Strafrecht*, 1987, quien propugna un Derecho de medidas referido al hecho (*tabezogenes Massnahmerecht*). Una separación entre culpabilidad y responsabilidad, en la que esta última ha de determinarse de un modo preventivo, es llevada a cabo por Roxin, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.^a ed., 1973, pp. 33 y ss.; el

Ante todo, hay que explicar qué se entiende por prevención general positiva (2), ya que éste es el fin de la pena al que el aspecto subjetivo tiene que servir. En la prevención general positiva, la pena —a diferencia de lo que sucede en la prevención general negativa— no se dirige a la generalidad como un arsenal de futuros delincuentes potenciales que tienen que ser intimidados, sino más bien al ciudadano fiel al Derecho. Con esta probablemente sorprendente dirección se produce la siguiente situación:

Todo el mundo debe, si quiere orientarse en la vida social, poder asegurar sus expectativas. Pero como la seguridad cognitiva total sólo es imaginable en un mundo encerrado en un museo, en la vida social las expectativas deben asegurarse normativamente, es decir, confirmando al que confía en las normas que, en caso de que se frustren o quebrantan las mismas, su confianza es correcta, y que el defecto está en la persona que las ha quebrantado, es decir, el delincuente. El objeto de una pena así concebida no es que el delincuente no delinca más en el futuro, y tampoco que alguien lo haga, sino sólo mostrar que lo correcto es confiar en la vigencia de la norma. Por eso, la pena supone un coste o gravamen para la conducta que infringe la norma, elevando así la posibilidad de que no sea aprendida de un modo general como una alternativa discutible. En este sentido, la pena se produce ejercitando la fe en el Derecho. Pero, en todo caso, se aprende con ella la conexión entre conducta y deber de arrastrar las consecuencias cuando la norma, a pesar del aprendizaje, se infrinja. Por ello, la pena es también una forma de aprendizaje de aceptación de las consecuencias.

Estos tres efectos: confianza en la vigencia normativa, rechazo de los modelos de conducta no conformes a la norma, aprendizaje de las

mismo, «Schuld» und «Verantwortlichkeit» als strafrechtliche Systemkategorien, *Festschrift für Henkel*, 1974, p. 171, y en varias obras posteriores; la última de ellas, el mismo, «Zur Problematik des Schuldsstrafrecht», *ZStW* 96 (1984), p. 641; el mismo, *Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig?* *SchwStr.*, 104 (1988), pp. 365, 367. De todos modos, según Roxin, también la culpabilidad «en tanto que pueda ser investigada en la práctica forense, se determinará en su contenido, a través de puntos de vista preventivos»; el mismo, *Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 279, 307. Compárese en la literatura crítica, Stratenwerth, «Literaturbericht», *ZStW*, 91 (1979), pp. 902, 915 y ss.; Schünemann, «Die Funktion des Schuldsbegriffs im Präventionsstrafrecht», en el mismo (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 153 y ss.; Baratta, «Integration-Prävention. Eine systemtheoretische Neubegründung der Strafe», *KrimJ*, 1984, p. 132; Arthur Kaufmann, «Schuld und Prävention», *Festschrift für Wassermann*, 1985, p. 889; Maiwald, «Gedanken zu einem sozialen Schuldbegriff», *Festschrift für Lackner*, 1987, p. 149; Hirsch, *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, 1988, pp. 391, 417 y ss.; vid. también Kunz, *Das strafrechtliche Bagatelprinzip*, 1984, pp. 266 y ss.; el mismo, «Prävention und gerechte Zurechnung», *ZStW*, 98 (1986), p. 823.

(2) Al respecto, y para mayor información, Jakobs, *All. Teil*, 1/4 y ss.

consecuencias de la infracción normativa, se pueden resumir en una forma de aprendizaje del reconocimiento normativo. Dado que esta forma de aprendizaje debe de tener efecto general, el modelo de pena que se acaba de describir es, en definitiva, un modelo de prevención general a través del aprendizaje del reconocimiento normativo. A este fin sirve el aspecto subjetivo del delito en la forma en que se presenta el Derecho vigente.

2. FUNCION DE LA SUBJETIVIZACION

Para comenzar, una cuestión radical: ¿Por qué hay un aspecto subjetivo del delito?

La respuesta parece evidente: a quien ni aún con su mejor voluntad hubiera podido evitar la realización del aspecto objetivo de un delito, no se le puede reprochar su conducta. Pero esto no es tan evidente como a primera vista pudiera parecer (3). ¿Quién es esta persona?, y ¿de dónde recibe sus características determinantes?

En la vida cotidiana vemos normalmente a personas en sus diversos roles, como médico, trabajador, policía, etc. Las expectativas que se dirigen a esos roles dependen de los roles mismos, o más exactamente, son parte de los roles. Así, por ejemplo, de un médico espera el paciente no sólo que se esfuerce como cualquier otra persona, sino que realice una actividad que corresponde a un sólido *standard*. Si el portador de ese rol no puede cumplir las exigencias que de él se derivan porque, por ejemplo, carece de la inteligencia suficiente, esto no es óbice para decir que ha incumplido su rol, y ciertamente de una forma que puede imputársele fundadamente. Si se permite al titular de un rol que por su muy especial constitución individual se pueda disculpar, esto significa que la imputación jurídico-penal no se produce para el titular de un rol, sino para una persona sin tener en cuenta el rol en el que ha realizado la

(3) La función de la subjetivación está poco tratada. La declaración de Armin Kaufmann de que el principio de culpabilidad «es un principio fundamental del mundo consuetudinario» (*Das Schuldprinzip*, 1961, p. 208), podría coincidir con lo que la mayoría, desde luego no todos, opinan. Aquí tampoco lo vamos a contradecir. Pero, ¿por qué el mundo consuetudinario ha de estar configurado así y no de otra manera?, y ¿por qué puede funcionar? Las usuales explicaciones del concepto penal de culpabilidad ni siquiera rozan este punto: culpabilidad como reprochabilidad (*BGHStr.*, 2, pp. 194, 200), como alteración volitiva (Welzel, *loc. cit.*, p. 139; Arthur Kaufmann, *loc. cit.*, pp. 149 y ss.), como actitud ilícita manifestada en el hecho concreto (Schmidhäuser, *All. Teil*, 2.^a ed., 1975, 10/3), etc. En tanto la función se reconoce, aparece en un sentido peyorativo, como por ejemplo en Kargl, *Kritik des Schuldprinzips. Eine rechtssoziologische Studie zum Strafrecht*, 1982, pp. 198 y ss., 388 y ss., 433 y ss. Respecto al problema, véase Jakobs, en Witter (ed.), *Der psychiatrische Sachverständige im Strafrecht*, 1987, pp. 271 y ss.

frustración. La persona a la que se le reprocha algo no coincide, por tanto, con la persona titular de un rol a la que se dirigen las expectativas cotidianas.

Esta referencia a lo individual no sólo tiene a veces efectos disculpantes cuando, por ejemplo, alguien no puede cumplir las exigencias de un rol por alguna incapacidad de tipo individual, sino que también tiene efectos inculpatorios, cuando desde el punto de vista individual se pueden cumplir suficientemente las exigencias del rol.

Esta referencia individual concluye, por tanto, que se limite el fallo de una persona y su valoración jurídico-penal al sector de un rol; la persona ha fracasado más bien en las partes que son comunes a todos sus roles y, por eso, se le enjuicia más allá de sus propios roles. El fallo que una persona puede tener como médico no se le imputa sólo por el rol que desempeña como tal, sino también individualizadamente como padre de familia, miembro de una corporación o en cualquier otro rol que pueda desempeñar. La individualización de la imputación también puede ser un factor de incriminación. Por eso se puede presumir que esta individualización sólo es necesaria en una sociedad en la que frecuentemente se producen cambios de rol: si, por el contrario, las personas fueran individualizadas continuamente por sus roles principales, ni siquiera se plantearía (4) la cuestión de si podrían cumplir con sus exigencias.

3. IMPUTABILIDAD, EXIGIBILIDAD

1. Ahora vamos a tratar de la correcta configuración del aspecto subjetivo del delito. ¿Por qué y cómo es así y no de otra manera? Con la imputación se aísla, de entre todos los factores causales que condicionan cualquier perturbación social, precisamente a la naturaleza del conflicto. No lo que junto con él (la naturaleza, la víctima), ni lo que a través de él (lo que ha aprendido, lo que cree, el «espíritu de la época») tiene también un efecto causal, se imputa como causa del conflicto, sino sólo el autor mismo *per se* (5) se define como causante. La imputación no es un fenómeno natural, sino una explicación del mundo. La pena no sigue al delito, como la noche al día, sino como pregunta y respuesta. La pregunta, el delito, contiene una actitud negativa hacia la norma y hacia las condiciones de su vigencia fáctica. Y la pena es la

(4) Un mando del ejército o un sacerdote que apelan en el momento decisivo a una incapacidad personal cuestionaría la estructura de la sociedad de la cual forman parte estos mandos del ejército o estos sacerdotes. Al estrechamiento de un rol coadyuvan el celibato o incluso la exención de las usuales conductas privadas.

(5) «Ningún hecho tiene pasado», Nietzsche, *Menschliches, Allzumenschliches*, Tomo II, 2. secc. n.º 28.

respuesta a esa pregunta desvalorada. Pero esta respuesta puede faltar en tres grupos de casos o, por lo menos, quedar claramente debilitada. Sucede esto cuando, siguiendo con la misma paráfrasis: primero, el que pregunta es incompetente; segundo, cuando su declaración se refiere a una situación especial, y tercero, cuando a todas luces lo que dice es inadecuado o falso. Veamos ahora, por separado y más detenidamente, cada grupo de casos.

2. En el primer caso, no se precisa ninguna respuesta cuando la pregunta procede de una instancia que no es competente para interpretar las reglas de la convivencia. Se trata de delitos cometidos por personas inimputables *stricto sensu*. Con ello se quiere decir que se trata de personas en las que el hecho sólo puede ser explicado en base a patrones objetivos y en las que la ausencia de modulación de estos modelos también está condicionada objetivamente. Estas personas son, desde el punto de vista cualitativo, anormales. Prototipo de las mismas es el enfermo mental. El conflicto que una persona de este tipo produce con su hecho, no afecta a la vigencia de la norma, sino a la seguridad de los bienes. El delito no puede explicarse como un proyecto individual de configuración del mundo, sino sólo como expresión objetiva de la catástrofe que pesa sobre la persona y, por eso, la reacción al mismo tiene que ser puramente cognitiva, como si de una catástrofe natural se tratara; al enfermo mental o se le cura o se le encierra en un manicomio.

3. En el segundo caso, tampoco es necesaria una respuesta o, en todo caso, una respuesta tan grave a la actitud desvalorativa del sujeto cuando la génesis del conflicto puede ser situada lejos del mismo sujeto o a través del sujeto, pero en otras causas. Ocurre esto en los casos de exculpación, o más exactamente de inexigibilidad, o más exactamente aún, de inexigibilidad parcial o total, ya que este ámbito es, a diferencia del citado en primer lugar, cuantificable. La consideración funcional en Derecho Penal del aspecto subjetivo del delito ha comenzado con una explicación de las causas de inexigibilidad y de las excepciones a estas causas (6). Como el tema ha sido tratado con detalle en la doctrina especializada (7), voy a hacer sólo algunas observaciones.

El ejemplo clásico de inexigibilidad es el estado de necesidad disculpante. La actual regulación legal de esta exculpación conoce excepciones en caso de necesidad existencial. Así, por ejemplo, no puede exculparse, o por lo menos no totalmente, a quien «puede exigírsele que asuma el peligro», lo que, entre otros casos, puede darse cuando el sujeto «se encuentra en una relación jurídica especial» (§ 35, StGB).

(6) Roxin, *Festschrift für Henkel* (nota 1), pp. 171, 182 y ss.; el mismo, «Über den Notwehrexzess», *Festschrift für Schaffstein*, 1975, p. 105.

(7) Más información en Timpe, «Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35, párr. 1, StGB) und zum Notwehrexzess (§ 33, StGB)», *JuS*, 1984, p. 859; el mismo, *JuS*, 1985, pp. 35, 117.

El ejemplo que suele citarse de esta situación, el de los bomberos ante un pavoroso incendio, no es el único, ni siquiera el más importante. También ocurre lo mismo en muchos actos coactivos de los que realiza frecuentemente la Administración del Estado. Así sucede, en primer lugar, con los soldados en guerra, cuya fuga por miedo a la muerte no es disculpante, ya que, de lo contrario, no podría llevarse a cabo una guerra.

En el caso del bombero se podría argumentar todavía que cuando se asume voluntariamente el ejercicio de esta profesión de algún modo se promete implícitamente asumir también las cargas que implica la misma (8); pero este argumento sería más difícilmente defendible en el caso de los soldados, aunque éstos también asumen obligaciones similares con la jura de bandera y actos parecidos. En todos ellos, es evidente que son obvias y precisas razones de utilidad para el Estado las que regulan la culpabilidad.

Otro importante grupo de casos lo constituyen los presos preventivos o ya condenados que no han realizado el delito que se les imputa (9). No quedan exculpados si se evaden empleando violencia, ya que, de lo contrario, no podrían organizarse los establecimientos penitenciarios para acoger a los presos preventivos y condenados que sí han cometido realmente el delito. Esto es evidente en el caso de la prisión preventiva. Una exculpación del empleo de la violencia para evadirse por parte del injustamente condenado, supondría para el sistema penitenciario que en el enjuiciamiento de esta violencia habría que revisar la condena penal en virtud de la cual se encuentra en prisión el recluso, y esto significaría que podría darse de hecho una revisión actual, informal y forzada por la evasión violenta, del proceso que dio origen a la condena; algo que, desde luego, no podría ser asumido por la Administración de Justicia.

En la regulación legal de la exigibilidad no se trata, por tanto, de decidir la cuestión de qué es lo que puede exigirse a un sujeto aisladamente considerado. El miedo del soldado a la muerte en guerra no tiene por qué ser considerado de menor importancia que el miedo del náufrago tras el naufragio famoso de la fragata *Mignonette* (10). El autor de un delito no vive efectivamente aislado, sino en una sociedad y un Esta-

(8) Lo que quedaría por aclarar es la razón por la cual esta promesa también obliga. La extendida conclusión de que del especial vínculo jurídico contenido en el § 35, párr. 1, s. 2, StGB, se deriva un deber especialmente exigible es un círculo cerrado; los deberes que obligan aún en estado de necesidad son por definición más fuertes que los que no obligan. El problema que desde luego se plantea es cómo se fundamenta esta obligatoriedad.

(9) Según Lenckner, en «Schönke/Schröder», StGB, 23.ª ed., 1988, § 35, marg. 26, la exculpación ha de darse en los casos límites.

(10) Radbruch, *Der Geist des englischen Rechts*, 4.ª ed., 1958, pp. 69 y ss.

do configurados de un modo determinado y, por eso, deben ponderarse en cada caso las coacciones que deben asumir y las que pueden servirle de exculpación. Esto no vale para la regulación legal de la exigibilidad y de la inexigibilidad, que el juez desarrolla independientemente de las situaciones de necesidad, en el momento de determinación de la pena y en las que no siempre se trata de considerar situaciones de miedo; también puede tratarse de una ideología que impida o dificulte obedecer una norma. El tratamiento del delincuente por convicción no depende sólo del grado de convicción, sino también del origen y contenido de la misma. Dicho con un ejemplo: aferrarse a una ideología coincidente con el sistema (por ejemplo, los Testigos de Jehová) puede servir de disculpa; pero no hacer lo mismo con una ideología contraria al sistema (terroristas por convicción), a no ser que el sujeto se distancie de la ideología, con lo que su exculpación iría paralela a la inculpación de los administradores de esa ideología (11).

4. QUERER/NO QUERER *VERSUS* SABER/NO SABER

1. La equivalencia del querer y el saber para la vigencia fáctica de la norma

Vamos a ocuparnos ahora del tercer grupo de casos, en el que la respuesta a la perturbación social no puede darse o, todo lo más, de forma atenuada. Se trata de aquellos casos en los que el sujeto actúa claramente de un modo incompetente, incorrectamente. Como veremos más adelante, ocurre esto con la imprudencia y cuando se actúa desconociendo la norma, o dicho simplifícadamente (12), cuando en el comportamiento se da una alteración de las facultades intelectivas, no de las volitivas. Para demostrarlo deben, en primer lugar, considerarse más detenidamente las condiciones de funcionamiento de la norma. Esto conducirá a un resultado *prima facie* sorprendente.

(11) Como ocurrió en la Sentencia «Stachynskij», del *BGH*, 18,87 a, contra Scheljepin. Sobre la cuestión de que en esa decisión tras la configuración de la teoría de la participación se esconden consideraciones sobre la medición de la pena, ver Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 4.^a ed., 1984, pp. 591 y ss.; Bloy, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 99 y ss.

(12) La simplificación consiste, en primer lugar, en que una alteración cognitiva evitable va acompañada siempre de una alteración volitiva evitable, es decir, de un defecto en el esfuerzo de lograr un conocimiento correcto. En segundo lugar, la efectiva realización del tipo (y del injusto) aluden sólo a un déficit cognitivo. En el caso inverso, la aceptación errónea de la realización del tipo (o del injusto), es decir, en la tentativa (o en el delito imposible) no rigen estas afirmaciones: en la tentativa, el sujeto agente ha decidido anteponer su objetivo al riesgo de realización del tipo. El sujeto contradice la norma inmediatamente, no sólo sus condiciones cognitivas de aplicación.

La pretensión de vigencia que emana de la norma se transforma por el sujeto en la realidad cuando se cumplen varias condiciones: el sujeto debe poder conocer la norma y la realidad, para poder trazar un camino en el que ambas, norma y realidad, puedan coincidir. Debe, además, querer esa coincidencia, es decir, debe ser predominantemente motivado a preocuparse de su realización. Se trata, por tanto, de unas prestaciones de tipo intelectual (del conocimiento de la norma, de la realidad y de su armonización) y de una prestación de carácter volitivo (la motivación predominante hacia la observancia de la norma). Si el sujeto presenta déficit en la prestación volitiva o en la intelectual, no puede observar la norma en la realidad. Dicho con un ejemplo: la norma convencional de levantarse del asiento para saludar a una señora únicamente puede ser observada si el sujeto, no sólo puede conocer dicha norma, la situación en la que se encuentra respecto a la señora y la posibilidad de levantarse, sino también cuando quiera observarla, es decir, cuando no le es completamente indiferente o no le da mayor importancia a quedarse sentado. Lo mismo sucede con las normas jurídicas.

Lo que antes calificábamos como un resultado sorprendente es lo siguiente: aunque todas las prestaciones citadas, intelectuales y volitivas, son condiciones necesarias de observancia de la norma y, por tanto, son equivalentes, el Derecho las valora de modo diferente según se trate de déficit intelectivos, que generalmente exculpan, o volitivos, que generalmente no exculpan e incluso son motivos de inculpación. Dicho concretamente: la imprudencia se castiga por lo general con una pena menor o mucho menos grave que el dolo. En los delitos cometidos con conocimiento de la antijuricidad, el § 17 del Código Penal alemán (StGB) permite que la pena sea atenuada, aunque esta atenuación no sea obligatoria. La inobservancia de la norma por falta de interés no constituye, en cambio, ningún motivo de atenuación.

Me explico. Imagínese dos acusados con biografías similares que, en situaciones parecidas, han cometido delitos también parecidos. El primero de ellos, al comparecer ante el Tribunal, confiesa que si hubiera tenido mayor interés en obedecer la norma no hubiese cometido el delito y que no tiene intención de volver a cometerlo. El segundo, en cambio, manifiesta un radical desinterés en la observancia de la norma tanto antes de cometer el hecho y durante su realización como después. Esto, evidentemente, se vuelve en su contra, ya que, por decirlo simplificadaamente, está más lejos de la observancia de la norma que el primer delincuente. Pero, ¿por qué se vuelve en su contra este alejamiento? Otra cosa sucede cuando se trata de defectos intelectivos. La magnitud del defecto no es, en este caso, motivo alguno de inculpación. Ello se ve claramente si hacemos una variación en el ejemplo citado anteriormente: si el primer delincuente confiesa que ha cometido el delito actuando en un error fácilmente evitable o que él generalmente hubiera podido evitar mientras que el segundo demuestra que, por su defectuosa

capacidad intelectual, actuó en total desconocimiento, nadie va a reprocharle a éste su falta de inteligencia; pero entonces, ¿por qué reprochamos a alguien su falta de disposición a observar la norma?, ¿por qué la estupidez exculpa y no lo hace la falta de voluntad, si tanto la inteligencia como la voluntad son necesarias para armonizar la norma con la realidad?

2. La necesidad de pena en caso de alteraciones de la capacidad volitiva

a) Un dicho popular afirma que la pena quizá pueda servir para los sinvergüenzas, pero no para los tontos. Esta afirmación no debe ser llevada demasiado lejos, pues siempre queda por resolver el problema de por qué se puede castigar cuando los defectos intelectivos son evitables, aunque no siempre y, en todo caso, con una pena menos grave que cuando el elemento intelectual no está alterado lo más mínimo. También la falta de conocimiento que, por no deberse a falta de inteligencia, sino desatención, puede ser superada, parece más disculpable, aunque, cuantitativamente, sean más frecuentes las lesiones de bienes jurídicos que se deben a falta de conocimiento que aquellas que se dan con pleno conocimiento; compárese, por ejemplo, las lesiones y homicidios imprudentes con los correspondientes delitos cometidos dolosamente.

La respuesta a la cuestión de cuál sea la razón por la que deben diferenciarse las alteraciones intelectivas de las volitivas —una de las claves de todas las teorías sobre el aspecto subjetivo del delito— está íntimamente relacionada con la reflexión sobre las cualidades que debe mostrar un sistema normativo que pueda permitirse tratar con la misma condescendencia con la que trata las alteraciones intelectivas también las volitivas. La respuesta es simple: en un sistema de esta clase la capacidad intelectual y la volitiva tendrían que estar inseparablemente unidas. Quien conoce la norma desde el sistema y la situación a la que ella se adapta, también quiere aplicarla forzosamente.

La diferenciación de trato entre las alteraciones volitivas e intelectivas tiene que ver con la especificidad de aquella clase de reglas entre las que se cuentan las normas jurídicas. En el ámbito de las reglas que hemos aprendido de la experiencia, es decir, de las reglas naturales, tanto como en el de las reglas matemáticas, incluida la lógica, también se puede ciertamente distinguir entre las alteraciones volitivas y las intelectivas —se puede, por ejemplo, calcular falsamente, porque no se sepa sumar y se desconozca por tanto una regla, o no se haya aprendido por falta de ganas, o ambas cosas a la vez—, pero lo que no puede darse es un déficit volitivo cuando se tiene un conocimiento actual de la regla, es decir, un defecto del saber. Nadie puede

querer en serio (13), cuando sabe que dos y dos son cuatro, un comportamiento que presupone que dos y dos son cinco.

¿Se puede trasplantar esta idea a las normas jurídico-penales? Se podría intentar incluso redefinir los déficits volitivos jurídicos en un desconocimiento jurídico, es decir, en un déficit intelectual. El acusado ficticio al que antes nos referíamos, que no quería obedecer las reglas jurídicas, ¿no las desconocía de algún modo? Si hubiese tenido claro que tales coacciones son inevitables en una sociedad configurada de determinada forma y hubiese determinado correctamente su situación en la sociedad, ¿no habría quedado excluido su querer equivocado? En realidad, este planteamiento ayuda muy poco. Incluso si se hubiera aclarado al acusado tras largos discursos, antes de cometer el hecho, que tampoco él podía cuestionar la vigencia de la norma, la carne sigue siendo débil, aunque el espíritu esté pronto. Sólo la evidencia, que surge inmediatamente y no discursivamente, de las reglas matemáticas, vincula el querer con el saber; pero una tal evidencia no puede ser alcanzada por las reglas jurídicas, en tanto no se haya eliminado todo tipo de «alienación» en ellas.

Con la promulgación y publicación de las reglas jurídicas no se produce, pues, la conexión entre el querer y el saber. Pero si se fingiera esta conexión, ¿cuál sería la consecuencia?, ¿qué tendría que ocurrir, por tanto, con el acusado que infringiera una norma jurídica tan evidente como la más simple regla matemática? La respuesta es obvia: el acusado hubiese podido realizar la infracción normativa sólo si hubiera desconocido la evidencia —no se puede calcular falsamente, cuando se sabe actualmente como hacerlo de forma correcta—, y por desconocimiento sería tratado como alguien que hubiera infringido la evidencia de las reglas matemáticas más simples, es decir, como alguien que hubiera pensado que es correcto decir que dos más dos son cinco. Sería mandado a casa por tonto.

Quien duda del resultado, ha de imaginarse a los miembros de una secta, absolutamente convencidos de poseer la llave que abre la puerta de la felicidad eterna ante un disidente de la propia secta. ¿Ha de ser castigado? Si no se pone en cuestión la verdad absoluta, lo único que se puede hacer es lamentar que el disidente haya perdido todo lo esencial; y si se piensa en la imposición de una pena será para, en una actitud paternalista, darle la oportunidad de recuperar, por su bien, lo que ha perdido, o bien como ofrenda al tal vez ofendido fundador de la religión (el cual, si se tratara de un fundador que tampoco creyera en su religión como la única posibilidad de existencia, también sería un disidente). Sólo cuando parece posible que uno mismo o los otros

(13) Dicho en términos penales, un dolo que domine el hecho contradictorio de las reglas conocidas de la experiencia o de las matemáticas es inviable.

se conviertan en disidentes, cuando la certeza de que una norma es segura desde un punto de vista intersubjetivo, cuando la sociedad ya no se entiende sencillamente como perfecta, sólo tiene sentido imponer un castigo por parte del Estado como medio para lograr la estabilización de un orden imperfecto de convivencia, y, por tanto, inde-mostrable, entre los sometidos a las normas.

b) Ahora podemos intentar contestar a la pregunta de por qué el Derecho no excluye, ni siquiera atenúa, la responsabilidad en casos de alteraciones volitivas de personas imputables, aunque se den situaciones determinadas de exculpación.

El Derecho no puede permitir un tratamiento indulgente de las alteraciones volitivas y ello porque el conocimiento de una regulación correcta no trae como consecuencia obligada la voluntad de observancia de las normas. No se podrá poner en duda la vigencia de normas aisladas, como, por ejemplo, la prohibición de matar o lesionar arbitrariamente a otro, pero de todas maneras se pueden infringir las normas si se elige el contexto adecuado, sin tener dificultades de orientación en la vida cotidiana, es decir, sin comportarse como un tonto. Quien, por ejemplo, roba donde puede pero exige la protección estatal de su propiedad, quizá se comporte de modo inconsecuente (la teoría del reconocimiento indirecto (14) deduce de ahí la legitimación de la norma); pero con esa inconsecuencia no es difícil vivir aun cuando con ello el carácter o —como se dice actualmente— la identidad resulte un tanto miserable. Desde luego, no se considera tonto comprar la felicidad sacrificando el carácter.

El déficit que sufre el Derecho en lo referente a sus fundamentos se compensa con el hecho de que es el sometido a las normas a quien se le impone la carga de esa fundamentación. Este ha de querer el cumplimiento de la norma siempre que la conozca, aunque no la considere correcta. El que una alteración volitiva se articule como culpabilidad no debe derivarse de un concepto apriorístico de culpabilidad normativa, sino que se explica de modo informal a partir de las condiciones de imposición del Derecho. La explicación no nos la ofrece la referencia a una capacidad individual, lo cual también se puede dar, sino la referencia a la imputación efectiva de la misión que todos tenemos de procurarnos esa capacidad.

En todos los conjuntos de normas extrajurídicas que no son absolutamente demostrables ocurre lo mismo, por ejemplo, en una moral general que, dentro de un pluralismo aparece como la moral predominante así como los innumerables tipos de moral. Las condiciones de imposición de las normas tanto jurídicas como morales son, al mismo

(14) Ya Locke, *The Second Treatise of Government*, 1960, párr. 119.

tiempo, condiciones de existencia de la sociedad y una persona que existe desde un punto de vista social las entiende como condiciones indisponibles para la vida. Quien se define como persona que vive en sociedad, debe también definirse como persona competente (15) cuya voluntad es suficiente para observar las normas. Esta competencia generalmente aceptada e interiorizada es la que suministra la base para la exigencia de una responsabilidad a la que usualmente se llama culpabilidad en caso de incumplimiento voluntario del mandato normativo.

3. Exención de responsabilidad en caso de alteraciones evitables de las facultades intelectivas (Imprudencia)

a) Después de lo expuesto puede comprenderse por qué los defectos volitivos no eximen de responsabilidad normalmente (16). Sin embargo, no sucede lo mismo con las alteraciones cognitivas. ¿Por qué una alteración cognitiva exige normalmente de responsabilidad? El argumento que habitualmente justifica la exención de responsabilidad es el de que le sería más difícil evitar el quebrantamiento de la norma a un sujeto que actúa de modo imprudente que al que lo hace dolosamente, pues éste representa de forma consciente el

(15) Véase Dux, *Der Täter hinter dem Tun*, 1988, pp. 57 y ss.

(16) La razón por la que el tratamiento de la imprudencia es generalmente menos severo apenas se trata. Esto se puede decir incluso —aunque con limitaciones— del fundamental trabajo de Köhler, *Die bewusste Fahrlässigkeit*, 1982. Según Köhler, la imprudencia engendra culpabilidad cuando la autodeterminación del sujeto constituye la razón por la cual este sujeto carece del adecuado conocimiento sobre la significación de la lesión (p. 14). Köhler considera esta razón, respecto de la imprudencia frente al dolo, «no tan fundamental, mediata» (p. 357 y *passim*), y fundamenta esta atenuación también respecto del sujeto agente, pero no lo hace siguiendo categorías sociales. Según Frisch, *Vorsatz und Risiko*, 1983, un hecho doloso ha de mostrar una mayor peligrosidad (p. 99, junto con otras razones, pp. 48 y ss.), pero más allá de la lesión (ésta es un elemento del tipo imprudente) no puede aumentar el peligro. Los argumentos psicologizantes son usuales (los hechos dolosos suelen ser más fácilmente evitables que los imprudentes, Samson, en *SK StGB*, § 16, marg. 36), así como los eticizantes (el autor doloso se habría decidido a favor de la lesión del bien jurídico; Ziegert, *Vorsatz, Schuld und Vorverschulden*, 1987, p. 165, véase también pp. 113 y ss.). Otras afirmaciones: Schmidhäuser, *Allg. Teil* (nota 3), 10/77: la imprudencia es, en comparación con el dolo, un hecho menos reprochable; Maurach/Gössel, *All. Teil*, tomo 2, 7.ª ed., 1989, § 42, marg. 2: la imprudencia como injusto menor. Relativamente detallado, Jescheck, *All. Teil*, 4.ª ed., 1988, § 54, I2: «En efecto, el contenido del injusto y de la culpabilidad del delito imprudente es más estrecho que el del delito doloso, puesto que aquí el sujeto actúa en contra del mandato del ordenamiento jurídico no de forma voluntaria, sino sólo por una falta de atención.» En la palabra «sólo» radica el problema.

suceso típico. Este es un argumento muy problemático, pues de un hecho psíquico («el representarse de forma consciente») no se puede derivar obligatoriamente una valoración. Así, ya se demostró cuando tratamos las alteraciones volitivas, que una voluntad fuertemente determinada a delinquir, la cual dificulta especialmente el cumplimiento de la norma, no supone una causa atenuante, pues a cada persona corresponde procurarse una disposición a cumplir la norma que sea suficiente. Si no logra esos presupuestos, ello le serviría tan poco de atenuación como la falta de voluntad a quien rechaza el cumplimiento de la norma.

b) Vamos a intentar aproximarnos a la solución a través de un análisis detallado de la vulneración de la norma tanto en el dolo como en la imprudencia. La alteración volitiva del delincuente doloso tiene efecto inculpatatorio porque el Derecho no puede probar su adecuación, o sea, porque no puede fundamentar la necesidad de una voluntad conforme a la norma. Si el sujeto en el momento de cometer el hecho considerara desde su punto de vista individual que lo correcto es obedecer la norma, bastaría con ello para garantizar la vigencia fáctica de la misma. Como lo que falta precisamente es la corrección de su comportamiento, el delincuente lo que hace es imponer la concepción que él considera correcta del mundo frente a la afirmación de la norma. Así, por ejemplo, la norma que declara que hay que respetar la integridad ajena es conculcada por el delincuente doloso, quien considera, agrediendo a su enemigo, que la integridad ajena no cuenta tanto como la satisfacción de su venganza. Y esto no es sólo válido para delitos intencionales, sino también para los efectos concomitantes. Quien en un camino arrolla a un niño declara con ello que su prisa por llegar a tiempo a un lugar determinado es más importante que la integridad del niño.

En lo referente a delitos cometidos imprudentemente se trata de otra cosa, pues aquí nos encontramos con una imprudencia difusa, no dirigida, es decir, una imprudencia que no es la consecuencia de un desinterés reflexionado hacia unos determinados bienes. Aclaremos la diferenciación entre imprudencia dirigida y no dirigida. Imprudencia dirigida es aquel desconocimiento que no es enjuiciado por el delincuente como un defecto de su capacidad de orientación en el mundo puesto que el ámbito desconocido del objeto no le interesa. Así, por ejemplo, muchas personas no saben que producen ruidos desmesurados o que deterioran el medio ambiente, porque los conciudadanos y el medio ambiente les son indiferentes. Si tuvieran interés por el bienestar de otros o de todos, los efectos perjudiciales les serían evidentes, pero falta ese interés. Otro ejemplo: dos territoristas se dirigen en coche hacia una calle cortada por un control policial y quieren romper ese control; el primero tiene en cuenta que ello puede resultar mortal para el policía; para el segundo, la vida del policía no es digna de

consideración. Según el Derecho vigente, este último resultará privilegiado (17).

Para los sujetos que actúan con esta imprudencia dirigida, la frontera entre dolo e imprudencia, que se traza (18) estrictamente a partir de la diferenciación entre conocimiento y desconocimiento (§ 16, párr. 1, StGB) supone un beneficio sin justificación axiológica: el que obra sin escrúpulos no se da cuenta del desastre que está provocando, y por ello resulta beneficiado en comparación con el que actúa escrupulosamente. Este beneficio sólo se puede explicar partiendo del interés que el legislador tiene en establecer (19) una frontera clara y sin complicaciones entre dolo e imprudencia. El tratamiento indulgente de la imprudencia no se produce por el desconocimiento del que carece de escrúpulos, sino precisamente a pesar de ese desconocimiento. El paradigma de la imprudencia sólo puede ser, por tanto, el desconocimiento no dirigido; la imprudencia dirigida no pertenece, a pesar del elemento psíquico del desconocimiento, al

(17) Al contrario de lo que sucede con la relación subjetiva con el injusto del hecho, en la que normalmente se distingue entre desconocimiento causado por error y desconocimiento causado por indiferencia o por una actitud enemistosa hacia el Derecho, el problema del desconocimiento del tipo causado por indiferencia o actitud enemistosa no se trata con la misma exhaustividad. La argumentación de Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 1981, p. 207 (trad. al castellano de Arroyo Zapatero/Muñoz Conde, Barcelona, 1984), de que «sólo el sujeto con conocimiento del tipo llevaría a cabo un acto de sometimiento personal y social de la víctima» no es satisfactoria. El sometimiento no deja de serlo por el solo hecho de que el sujeto que reflexiona no lo incluye en su conocimiento. Köhler (nota 16), p. 369, nota 18 (véase también pp. 322 y ss.) critica esta posición como un concepto extremadamente objetivista y normativista..., para la autoinclusión del sujeto y para la diferenciación que de ahí resulta del concepto de imputación no tienen ninguna importancia esencial para la fundamentación de la penalidad. Esto supone una interpretación totalmente individualizante y psicologizante del término «autoinclusión». Naturalmente, la ceguera frente a otras personas es también una interpretación del comportamiento hacia ellos, es decir, hacia su desvalorización; no hay motivos para apreciar esta interpretación. Para más información véase Jakobs, *Allg. Teil*, 8/5, nota 9; ver también Frisch (nota 16), pp. 235 y ss.

(18) Según Hruschka, «Über Schwierigkeiten mit dem Beweis des Vorsatzes», *Festschrift für Kleinknecht*, 1985, pp. 191, 200 y ss., en lo referente al dolo no se trata de un hecho psicológico, sino de una imputación, un juicio adscriptivo. Pero esta imputación se verifica a través de circunstancias externas, de hechos objetivamente constatables y, por tanto, se construye desde una perspectiva naturalística.

(19) Existen indicios de Derecho positivo respecto a la posición privilegiada de la imprudencia dirigida e incluso en algunos casos, la ley prevé sanciones iguales para el dolo y la imprudencia; en el Derecho penal nuclear se trata fundamentalmente de los delitos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y de drogas (§ 316, 323 a, StGB), es decir, delitos en los cuales el desconocimiento del sujeto sobre su merma capacidad debida a las sustancias tóxicas podría estar basada, en los casos relevantes en la práctica, en un desinterés por adquirir ese conocimiento, o sea, en una ceguera hacia los hechos.

grupo de casos (20) a tratar con menos gravedad. Del mismo modo que a principios de siglo el concepto normativo de culpabilidad se utilizó para superar la concepción psicológica de la misma, debe ahora, a finales de este siglo, elaborarse un concepto que permita arrumbar definitivamente un concepto de dolo configurado desde un punto de vista puramente psicológico (21).

El sujeto que actúa con imprudencia no dirigida contradice la norma sólo indirectamente. Esto se puede explicar como si fuera un diálogo entre sujeto y norma. La norma, por ejemplo, declara: la integridad ajena ha de ser observada. El sujeto, que conduce borracho, responde: exacto, yo no voy a lesionar la integridad ajena —y entonces se produce un accidente provocado por el estado de embriaguez. El delincuente imprudente no se pronuncia contra la propia norma pero sí contra sus condiciones cognitivas de aplicación. Por expresarlo con un ejemplo: en la observancia de los preceptos del Islam relativos a los rezos, el sujeto imprudente no contradice el precepto de

(20) Respecto a la afinidad entre imprudencia dirigida y dolo podría encontrarse una explicación para la persistencia con la que los delitos cualificados por el resultado se mantienen. El sujeto dirige a través del delito doloso básico su imprudencia contra una víctima determinada y muestra al mismo tiempo con ello su desinterés por observar el bienestar de la misma en su propia planificación. Ciertamente, no toda imprudencia que se construye sobre un hecho doloso se basa en una ceguera frente a los hechos, pero un hecho doloso podría ser un indicio de ello; véase Rengier, *Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen*, 1986, p. 132: este grupo de delitos colma en cierto modo el vacío existente entre los § 211, 212, del StGB, y el 222 del mismo cuerpo legal, sobre todo en homicidios imprudentes y aquellos homicidios que se sitúan por muy poco fuera del ámbito del dolo.

(21) Incluir la imprudencia dirigida en el grupo de casos que deben ser tratados con mayor severidad no solucionaría todos los problemas (aparte que ello tampoco sería admisible de *lege lata*): objeto del conocimiento —potencial— no puede ser el resultado natural, sino sólo el peligro prohibido de que ese resultado se produzca; detalladamente, Frisch (nota 16), pp. 57, 67, 94 y ss., 480 y *passim*. También es rechazable la pretensión de establecer las fronteras del dolo en base a cualidades naturalísticas del objeto del conocimiento, como intenta recientemente Herzberg («Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit —ein Problem des objektiven Tatbestands», *JuS*, 1986, p. 249; el mismo, «Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewusst fahrlässigen Verhalten», *JZ*, 1988, pp. 573, 635, 639 y ss. En contra, Brammsen, «Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes. Neue Wege in der Vorsatzdogmatik», *JZ*, 1989, pp. 71, 72 y ss.; Küpper, «Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit», *ZStW*, 100 (1988), pp. 758, 781 y ss. Pues incluso un peligro «cubierto» por la atención humana (es decir, graduado por dicha atención según las normas de la experiencia pero dejando un riesgo adicional no permitido), sería el objeto del conocimiento que requiere la imprudencia consciente, mientras que el conocimiento de ese mismo peligro cuando «no está cubierto» (por la atención humana) es lo que debería constituir el dolo. Pero este concepto de protección es simplemente un dato naturalístico (en tanto rija el principio de confianza, pero Herzberg no limita su teoría a los casos en que este principio rige); la relevancia normativa de este dato naturalístico habría aún que demostrarla.

arrodillarse en dirección a La Meca a una hora determinada, sino que manifiesta una idea equivocada de donde está La Meca o de la hora a la que es preceptivo rezar.

Pues bien, la mejor disposición a observar una norma carece de significación si no existe una valoración cognitiva correcta de las condiciones de aplicación de la misma, como demuestran claramente los hechos imprudentes. Por ello no hay razón para exigir menos requisitos a la hora de establecer cuál es la valoración cognitiva correcta que cuando se trata de determinar la disposición a observar la norma. No se trata de que los requisitos sean menos estrictos, sino de otra clase de exigencias, es decir, de exigencias principalmente cognitivas.

La imprudencia no dirigida es un caso de error. Cada error es una prueba de la necesidad de revisar las bases de una planificación errónea del comportamiento. Si el sujeto que actúa imprudentemente perturba también el orden social porque yerra sobre las condiciones de aplicación de la norma, su perturbación no puede ser, en principio, considerada válida; y ello porque sobre la validez de una norma se puede discutir, pero no sobre las condiciones objetivas de aplicación de una norma reconocida. Al que se niega a cumplir una norma no se le puede probar que lo correcto es cumplirla, pero al sujeto imprudente se le puede demostrar que ha valorado erróneamente las condiciones cognitivas de aplicación de la misma, siempre, naturalmente, que se trate de un caso de imprudencia no dirigida.

Pero, ¿por qué se acepta esta demostración?, ¿por qué el aspecto cognitivo de la observancia de la norma tiene que ser confirmado a través de su verificación empírica?, ¿no podría ocurrir que nadie haga caso de esta prueba? No, pues quien toma en consideración o quien enjuicia erróneamente toda una serie de aspectos de la realidad que pueden ser aprehendidos desde un punto de vista cognitivo, tarde o temprano fracasará en la planificación de su vida. La ignorancia no es la base adecuada para proyectar la configuración del mundo, y por ello esta ignorancia se ve amenazada con una *poena naturalis*. No es casual que quien actúa imprudentemente resulte él mismo dañado al realizar el hecho, a veces incluso más que la víctima, por ejemplo en accidentes de circulación, sino que ello es la consecuencia (también) de un mal manejo de sus propios asuntos. Este peligro de que se produzca la *poena naturalis* respecto de comportamientos cognitivamente erróneos garantiza que la defectuosidad demostrada puede ser asumida por la generalidad. A ello se añade que el sujeto se ve también amenazado por sanciones informales específicas; evidentemente, una falta de visión conlleva una merma del status en la vida social. De esto se podría seguir hablando. En cualquier caso, debería ya estar claro que un comportamiento, del cual se puede demostrar que es erróneo, no va a ser valorado positivamente por nadie.

Desde este punto de vista no plantea ningún problema el por qué la imprudencia no dirigida se castiga más levemente que el dolo; lo que habría que aclarar es por qué se castiga. Vamos a exponer brevemente las tres razones (22) que existen para ello: de lo que se trata en primer lugar es de no dejar al arbitrio de cada uno el grado en el que se aceptan riesgos para bienes propios y ajenos. Por ejemplo, un piloto aficionado de rallyes, amante del riesgo, tiene que aprender las máximas oficiales del tráfico con ahínco, aunque no le guste, del mismo modo que un empresario particularmente consciente de los costes tiene que asumir las máximas de riesgo que rigen las normas sobre seguridad en el trabajo. En segundo lugar, se debe establecer un conocimiento mínimo de la peligrosidad, sobre todo en aquellos casos en que raramente se da una experiencia individual del peligro. Para ello debe evitarse que un sujeto no considere peligroso, aduciendo razones aparentes, un comportamiento oficialmente considerado como arriesgado. Por ejemplo, un conductor moderadamente bebido no es arriesgado una vez. Sólo la frecuencia de este comportamiento le confiere al riesgo una entidad relevante. El que hechos de esta naturaleza se repitan se puede evitar solamente cuando todo el mundo conoce este peligro; y este conocimiento no se alcanzará nunca si hay que esperar a que se produzca la experiencia individual. En tercer lugar, y principalmente, el castigo en casos de imprudencia no dirigida debe evitar que el sujeto aprenda de modo selectivo, es decir, que sólo aprenda a prevenir situaciones en las que el peligro supone una autolesión y no aquéllas en las que el peligro supone una lesión ajena. La imprudencia no dirigida se convertiría, con esta aplicación selectiva del cuidado, en imprudencia dirigida.

c) Resumiendo, los primeros resultados a los que hemos llegado en el tratamiento diferenciado por nosotros propuesto de las alteraciones de las facultades psicológicas según se trate de alteraciones provenientes de defectos volitivos o de defectos cognitivos, podemos decir ahora lo siguiente: siempre que se demuestre que se ha configurado el aspecto subjetivo del delito erróneamente, se podrá eximir de responsabilidad penal, ya que la necesidad del cumplimiento de la norma puede ser demostrada sin que para ello sea preciso su aseguramiento por el Derecho penal. Pero todo lo que no pueda ser atribuido a error del autor del delito o de otras personas, que incluso tienen buenas razones para creer que es correcto lo que hacen, no puede nunca eximir de responsabilidad, porque las normas no podrían entonces imponerse. Dicho de otra forma, la norma prescribe sólo lo que no se impone en su conjunto por sí mismo.

(22) A ellas habría que añadir el que el peligro o incluso una *poena naturalis* no constituyen por sí mismos una solución *formal* del conflicto, como demuestra la existencia del § 60, StGB, que prevé para estos casos el perdón judicial. Le agradezco la indicación al prof. U. Pioletti, de Roma.

4. Consideración específica del conocimiento o del conocimiento potencial del injusto

a) No resulta muy difícil encontrar paralelismos entre las reglas que regulan la imprudencia y las que regulan el error de prohibición. El desconocimiento dirigido del Derecho, es decir, el desconocimiento proveniente de una actitud contraria e indiferente al Derecho, no constituye una causa atenuante (23). El § 17 del StGB en lo referente a este desconocimiento contiene la posibilidad de atenuar la pena, pero no obliga a ello.

Y también lo que se refiere a aquella parte del error, que es el error no dirigido, se puede formular abreviadamente del siguiente modo: un error que no esté provocado por enemistad o indiferencia hacia las normas básicas del ordenamiento jurídico, en especial del ordenamiento penal, queda descartado cuando se da en aquellas personas imputables cuya socialización se ha llevado a cabo dentro del ámbito de ese ordenamiento. Nunca sucederá que un miembro de una cultura determinada, dotado de una inteligencia normal, no pudiera conocer, por descuido o excitación, la prohibición de matar injustificadamente, de lesionar, de robar o de cometer alta traición; y ello porque tales formas de comportamiento sólo se pueden aprender como injustas. Todo lo más, sería imaginable aquí el error de una persona imputable procedente de una cultura foránea. Formulado de modo contrario, esto significa que un error de prohibición es sólo pensable como error no dirigido y dentro del ámbito no abarcado por las instituciones que determinan la socialización, es decir, dentro del ámbito

(23) Esto ya lo vieron algunos representantes de la teoría del dolo: ya Mezger, «Rechtsirrtum und Rechtsblindheit», *Festschrift für Kohlrausch*, 1944, pp. 180, 183 y ss., dejó fuera de los supuestos de error a los sujetos que actúan de esta manera. Una reducción de esta problemática se intentó considerando suficientemente la consciencia «como una consciencia ideal-material» («*sachgedankliches Bewusstsein*») (Schmidhäuser, «Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewusstseins», *Festschrift für H. Mayer*, 1966, pp. 317, 326), o «consciencia al límite» («*Bewusstsein am Rande*»), «coconsciencia» («*Mitbewusstsein*») (Platzgummer, *Die Bewusstseinsform des Vorsatzes*, 1964, pp. 63 y ss., 81 y ss.). La teoría de la culpabilidad desvinculó la valoración de la culpabilidad de los datos psíquicos conocimiento/desconocimiento, convirtiendo en facultativa, pero no en obligatoria, la atenuación de la pena en caso de desconocimiento inevitable (§ 17, párrf. 2, StGB; ya BGHSt, 2, pp. 204 y ss., 209 y ss.). Welzel (nota 3) encontró la fórmula adecuada: la teoría del dolo exige el principio del conocimiento; la teoría de la culpabilidad, por el contrario, el principio de responsabilidad. La cuestión del tratamiento del desconocimiento inevitable en el momento de la comisión del hecho en caso de que exista una «culpabilidad por la conducción de vida» no será tratada aquí. Ver al respecto, Rudolphi, *Unrechtsbewusstsein, Verbotirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotirrtums*, 1969, pp. 252 y ss.; Timpe, «Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotirrtums», *GA*, 1984, p. 51 y las referencias allí citadas; ver también BGHSt, 2, 194, pp. 208 y ss.

conformado, no de forma nominal, sino efectivamente, por el Derecho positivo. El error exculpante no es, por tanto, más que el correlato del Derecho positivo.

Lo que tampoco se desea es una fuerte internalización del genuino Derecho positivo, pues entonces perdería una de sus cualidades más características: la posibilidad de cambiar con gran frecuencia. Hay que aceptarlo tal como es. Cuando se desliza un error de Derecho en el reconocimiento del deber de obedecer todo el Derecho positivo, el error sólo puede afectar a las condiciones cognitivas de reconocimiento de las normas. Así mismo, estas condiciones pueden ser obligatoriamente divididas en correctas e incorrectas —al igual que las condiciones de aplicación de las normas sobre las que yerra el sujeto que actúa con imprudencia no dirigida— y ser demostradas como tales. Aquí no se trata de errores sobre sutilezas que han de ser observadas en la interpretación del Derecho, sino de errores sobre aquello que emana de fuentes reconocidas: ¿qué leyes son decisivas?, ¿cómo las interpreta el Tribunal Supremo o el Tribunal de Cuentas? Puesto que el que yerra de forma no dirigida reconoce en principio dichas fuentes, se puede probar lo que, en detalle, ha hecho mal, de manera que, al igual que con la imprudencia, la cuestión que hay que plantear no es por qué se pena con menor gravedad un error de este tipo, sino por qué se castiga el error evitable.

Las razones para ello son (24), al igual que sucede en la imprudencia: garantizar un conocimiento mínimo, reducción del riesgo de que alguien yerre y, principalmente, impedir un aprendizaje selectivo del Derecho, es decir, procurar que el Derecho sea también conocido cuando su obediencia sea útil para otras personas.

b) En el caso de un ordenamiento jurídico cuya vigencia se deba a un acto de autoridad, el tratamiento del desconocimiento del Derecho es un problema diferente al que se plantea dentro de un ordenamiento derivado de la razón, la naturaleza, la naturaleza de las cosas o cualquier otro absoluto. El error de una persona imputable cometido en un ordenamiento jurídico fundamentado de forma absoluta es un indicio de enemistad o, por lo menos, de indiferencia. El principio «*error iuris nocet*» (25) tiene entonces sentido. Pero cuando la enemistad o la indiferencia no son causas del error y tampoco se puede afirmar la inimputabilidad, el error indica un fallo en los fundamentos del ordenamiento entendido de forma absoluta; pues un ordenamiento que pretenda mantenerse sin decisión ni acto de imposición, pero en

(24) Lo dicho en la nota 22 es válido también aquí.

(25) Tal como fue acogida por el Reichsgericht para solucionar los casos del llamado «error sobre Derecho penal», no carece de una cierta racionalidad; Kuhlen, *Die Unterscheidung von vorsatzausschliessendem und nichtvorsatzausschliessendem Irrtum*, 1987, pp. 333 y ss., 339 y ss.; Jakobs, *Allg. Teil*, 19/4.

el que a la vez personas obedientes pueden cometer errores, ha de ser, evidentemente, revisado a fondo. El principio «*error iuris nocet*» serviría aquí sólo para intentar encubrir, a través del error, una crisis manifiestamente evidente. En un ordenamiento fundamentado de forma absoluta, el tratamiento del error resulta de las condiciones funcionales de ese ordenamiento —en ese sentido no hay diferencias—. Sin embargo, las condiciones de funcionamiento en un ordenamiento absoluto son, por tanto, efectivamente distintas a las de un ordenamiento fundamentado sólo positivamente.

5. Objeciones contra la consideración funcional del aspecto subjetivo

Permítaseme que me refiera —aunque brevemente— a un argumento que a menudo se formula contra las tesis que se mantienen en este trabajo; un argumento que precisamente se utiliza como contraargumento *standard* contra las tesis que yo defiendo: ¿conducen las tesis por mí defendidas a una manipulación del Derecho penal o, como ha sido recientemente formulado (26) a una «instrumentalización del individuo» en favor de «los intereses colectivos»? ¿y no se privaría con la tesis por mí defendida al principio de culpabilidad de su función protectora del individuo frente a los «excesos preventivos» del poder punitivo?

No se trata en absoluto de sustituir el Derecho penal existente por algo nuevo, sino de una nueva interpretación del mismo tal como es. Las modificaciones que se proponen son sólo de carácter marginal. En esa situación, una valoración de las conclusiones de mi tesis realizada desde el punto de vista político-criminal o tan sólo moralista, no me parece de recibo. Si mi tesis es errónea, lo que hay que demostrar es lo que dicha tesis explica erróneamente; su coincidencia con la realidad que explica no puede depender de prejuicios morales o político-criminales. Pero si mi interpretación es acertada, habría que lamentar, si no estamos de acuerdo con ella, el objeto interpretado, es decir, el Derecho penal vigente, pero no la propia interpretación —ello sería como querer arreglar un enfado provocado por un recado desagradable con el portador del mismo.

Con ello se responde también a la objeción de que el aspecto subjetivo del delito interpretado desde un punto de vista funcional permite «excesos preventivos». Si la concepción funcional de la culpabilidad aquí mantenida es, pues, correcta desde un punto de vista objetivo, ello no supone disminuir las posibilidades de limitar la pena, sino

(26) Roxin, *SchwZStr.*, 104 (1988), pp. 365, 367.

solamente demuestra que dicha limitación con una culpabilidad no referida a fines no es (o era) más que una quimera. Y este dato no puede ser modificado por más que se proteste contra la interpretación objetiva que aquí se propone. Es más, ya von Listz demostró que los conceptos del Derecho penal entendidos «sin referencia a fines» no contienen (27) en absoluto ningún principio limitador de la pena. La lucha contra la interpretación funcional del aspecto subjetivo del delito se realiza partiendo de una base deficiente. Y esto no es lo peor: si los conceptos del Derecho penal entendidos sin referencia a fines ofrecieran un principio limitador, éste, si acaso tuviera un significado autónomo, socavaría, hasta el punto de caricaturizar, la finalidad de la pena hasta que fuera imposible reconocerlo. Y puesto que estos fines así desfigurados ya no serían tales y puesto que una pena sin referencia a un fin no sería querida por nadie, la toma en consideración de conceptos que carecen de fines, si es que es posible, anularía la legitimación de la pena.

Y al margen de todo eso, ¿conduce realmente mi planteamiento funcionalista a una instrumentalización total del individuo en favor de los intereses colectivos? Ya he dicho al principio que la relación entre delito y pena sigue la misma secuencia que existe entre pregunta y respuesta. Ciertamente, ello significa que no se trata de individuos aislados o flotando en el aire, sino de individuos con relaciones sociales, o sea, de personas. Las relaciones sociales responden a una lógica forzosa que en el caso de las preguntas y respuestas es la lógica de la comunicación. De esta lógica inapelable no se puede escapar nadie invocando al individuo sin destruir con ello la posibilidad de socialización y, por tanto, de responsabilidad personal. Pero la equiparación de esa conexión forzosa entre socialidad e intereses colectivos o bien se refiere a toda la sociedad o es falsa. Y el individuo, juzgado bajo esa conexión forzosa —a su vez más allá de una sociedad total— no se instrumentaliza, sino que es tomado en serio como persona social, evidentemente no bajo condiciones ideales, sino dentro de una sociedad con una configuración absolutamente terrenal.

6. CONCLUSIONES

1. La subjetivización tiene la misión de desvalorizar al delincuente que ha traspasado su rol.

(27) Von Listz, «Der Zweckgedanke im Strafrecht», *ZSrw*, 3 (1890), pp. 1, 24 y ss.: «No se puede deducir del principio metafísico de la pena, sobre el cual descansan todas las teorías absolutas, un principio sólido de la medición de la pena» (pp. 27 y ss.). «Dadme un sistema penal y yo os daré Justicia. Pero de dónde haya de tomarse el sistema penal, de eso la Justicia no sabe nada» (p. 28).

2. Las reglas de imputabilidad y exigibilidad se explican a partir de condiciones comunicativas: el delincuente es incompetente o se expresa sólo en una situación alternativa que no se puede generalizar.

3. Las alteraciones volitivas no eximen de responsabilidad, puesto que el Derecho no puede fundamentar la necesidad de que se quiera su observancia.

4. Las alteraciones cognitivas (del tipo no dirigidas) eximen de responsabilidad porque se puede probar la necesidad de una base cognitiva correcta; ello afecta tanto al conocimiento del tipo como al conocimiento del injusto.

5. La interpretación funcional del aspecto subjetivo se refiere en lo esencial a la aplicación actual fáctica del Derecho vigente. La objeción de que con este planteamiento no sería posible limitar de alguna forma la pena no es, por tanto, correcta.

Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno (*)

Profesor WINFRIED HASSEMER
Frankfurt am Main

A. INTRODUCCION

La razón de esta conferencia y la fuente de muchos pensamientos que en ella se expresan son las discusiones que se han desarrollado de forma conjunta con el resto de profesores de Derecho Penal de la Universidad de Frankfurt. Me apoyo fundamentalmente en tres publicaciones: en la Habilitación de mi asistente Félix Herzog (1), en mi breve estudio acerca de la prevención (2) y en un artículo acerca del carácter simbólico del Derecho Penal (3).

Quiero enunciar claramente desde el principio el contenido de esta conferencia. En mi opinión hoy se observa en el Derecho Penal un fenómeno que Adorno y Horkheimer denominaron la «Dialéctica de la Ilustración» (4). El fenómeno que observamos en el Derecho Penal se podría denominar la «Dialéctica de la Modernidad», y con ello se expresaría que el Derecho Penal se ha desarrollado hasta un punto en el cual se ha transformado en algo contraproducente, anacrónico.

Bajo la expresión Derecho Penal «moderno» (5) abarco las siguientes características y procesos: la doctrina y la práctica penal:

— Se aleja de los conceptos metafísicos y se adscribe a una metodología empírica.

— Plasma su orientación hacia lo empírico especialmente con el concepto de orientación a las consecuencias.

(*) Conferencia realizada en la UAB (marzo, 1991). Traducción de Elena Larrauri. Revisada por Monika Mainecke.

(1) Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*; en prensa.

(2) «Prävention im Strafrecht», en *Juristische Schulung*, 1987, 257 ff.

(3) «Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz», en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1989, p. 553. Traducción al castellano en *Pena y Estado*, n.º 0.

(4) Horkheimer/Adorno, *Dialektik der Aufklärung*, 1968.

(5) Más extensamente en B.III.3.

— En consecuencia, favorece conceptos más bien basados en la prevención que en la retribución.

— Intenta vincular al legislador y controlar sus decisiones con principios como el de protección de bienes jurídicos.

Este desarrollo de la moderna doctrina penal y política criminal era oportuno y necesario en contra de una doctrina y práctica penal que se había divorciado de la realidad amparándose en la certeza del derecho natural y en la abstracción dogmática. La crítica a la práctica penal en función de sus consecuencias, la obligación de perseguir fines con la pena, los cuales pueden ser comprobados y denunciados, la obligación del legislador penal de concentrarse en bienes jurídicos, han conducido a una humanización y a un mejor control de la actuación penal. En mi opinión, este desarrollo ha finalizado, la modernización amenaza con producir el efecto contrario. Pienso que ha llegado el momento en que debe volver a compaginarse el desarrollo del moderno Derecho Penal con los tradicionales principios morales.

En esta conferencia quiero desarrollar dos aspectos. Intentaré realizar un análisis del Derecho Penal moderno (B) y anunciaré unas posibles alternativas (C) para estudiar qué opciones son posibles hoy ante la reforma del Derecho Penal (en particular de la Parte Especial). Mis reflexiones se sitúan en una línea específica entre los fundamentos de la Parte General y de la Parte Especial. El Derecho Penal moderno se realiza, como pronto veremos, sobre todo en la Parte Especial de los Códigos Penales, de este terreno salen, en consecuencia, los ejemplos que propondré discutir. Los criterios para enjuiciar estos ejemplos y para fundamentar una política criminal a largo plazo son criterios proporcionados por el fundamento del Derecho Penal y por los principios de la Parte General.

B. CONCEPTO Y MANIFESTACIONES DEL DERECHO PENAL MODERNO

Para lo que podríamos denominar Derecho Penal «moderno» existen innumerables ejemplos. El Derecho Penal «moderno» se muestra en ámbitos especiales, en los cuales se realiza a través de funciones específicas, instrumentos específicos, pero también con problemas y costes específicos. Desarrollaré estos rasgos seguidamente (B.III) con más precisión. Se observan en el Derecho Penal alemán y, previsiblemente, en las reformas de las partes especiales de los Códigos Penales de otros países. En mayor o menor grado se producen en todos los códigos penales de los países desarrollados.

Antes de entrar a exponer el tema quisiera enunciar mi análisis y posición en tres tesis iniciales. Intentaré desarrollar estas tres tesis, las cuales son el hilo conductor de mis reflexiones posteriores.

- 1) El Derecho Penal «clásico» tenía un núcleo ideal. A este núcleo pertenecen los principios liberales de taxatividad y subsidiariedad del Derecho Penal, así como los delitos de lesión como tipo delictivo normal.
- 2) De este núcleo ideal se aleja el Derecho Penal moderno a velocidad creciente.
- 3) Este desarrollo conlleva problemas específicos para el Derecho Penal.

I. Características del Derecho Penal clásico

Cuando hablo de «clásico» quiero decir que el objeto que se describe forma parte de la tradición política de la Ilustración. «Clásico» no se agota en el Derecho Penal, ni en ningún ámbito, en un período preciso o en un número determinado de objetos; «clásico» es también un ideal, un objetivo en base al cual puede evaluarse la dirección adoptada, los pasos que van en una falsa dirección y cuantos pasos hay que avanzar antes de creer haber alcanzado el objetivo. En términos de tiempo real o de objetos reales lo clásico, como cualquier realización de algo típico, está históricamente desfigurado y ensuciado.

De acuerdo a esta comprensión el Derecho Penal clásico surge de la muerte del derecho natural. Es indiferente si el derecho natural era inexistente o irreconocible o incompleto de contenido: como fuente de mandatos y prohibiciones penales después de la crítica de conocimiento del idealismo alemán, no fue ulteriormente considerado. El modelo político de esta filosofía no era la deducción del ordenamiento jurídico de principios jurídicos más elevados, sino el vínculo a un ordenamiento jurídico de los que participan en él: el contrato social.

Tampoco el contrato social es un acontecimiento real, es más bien la condición que posibilitó el derecho tras el fin del derecho natural. A través de éste renuncian, aquellos que han decidido vivir juntos, a una parcela de su libertad y consiguen con ello una garantía de libertad para todos. Proporcionalidad y reciprocidad de la renuncia a la libertad son rasgos del contrato social: sin esta igualdad la balanza de la democracia en el contrato favorecería la dominación de unos sobre otros. El contrato social, ilustrativo teóricamente y normativamente obligado como fundamento del derecho, es vulnerable en la vida cotidiana. Los límites a la renuncia de la libertad deben estar por ello marcados con gran precisión y seguridad.

Por esta razón los modelos elaborados del contrato social están contruidos de forma no sólo horizontal, sino también vertical, y pueden servir para proporcionar al Derecho Penal su fundamento y misión.

La dimensión vertical del contrato social sirve a la seguridad de la horizontal que representa la renuncia a la libertad. Se le puede llamar

Gobierno o Estado y con ello registrar que se trata de una institución derivada y no de una institución existente por derecho propio.

Se justifica por su cometido permitir la existencia de los participantes en el contrato social en una situación en la cual los límites de la renuncia de la libertad deben ser respetados por todos. No es, por consiguiente, una funcionalización del individuo por el Estado, sino del Estado por el individuo. El Derecho Penal adopta como función precisamente la estabilización de los vínculos derivados del contrato social; es el derecho de las lesiones a la libertad y de sus consecuencias.

En este marco pueden observarse tres consecuencias para el derecho penal:

1) Sólo puede ser un hecho típico la lesión de la libertad asegurada por el contrato social. El bien jurídico tiene una función sistemática, como criterio negativo para una criminalización legítima: sin bien jurídico no hay injusto penal.

2) Los límites de la renuncia de la libertad social deben ser absolutamente precisos e impenetrables. Se debe renunciar a ulteriores restricciones o intervenciones del ejecutivo bajo todas las circunstancias. Los límites de esta renuncia tampoco pueden residir en la interpretación de un tercero. De aquí extrae el sentido el positivismo legal y pueden entenderse principios contemporáneos, como la prohibición de analogía; el principio de taxatividad adquiere pleno significado.

3) El Estado es una institución derivada de los ciudadanos y se debe funcionalizar su poder en aras de los derechos de los ciudadanos. El contrato social no tolera ningún poder que no sea derivado y ninguna usurpación. Precisamente por ello el poder del Estado debe ser en el Derecho Penal, donde más claramente se muestra, limitado y vinculado a los derechos del individuo. Con ello se comprenden principios penales como *in dubio pro reo*, el derecho a la tutela judicial, a la defensa, a no declarar, y principios fundamentales, como proporcionalidad y subsidiariedad.

Para la doctrina clásica el Derecho Penal es un instrumento de la libertad ciudadana. Debe controlarse, no independizarse. No es ningún *passepourtout*, sino el último medio (*ultima ratio*) para solucionar problemas sociales.

II. La dialéctica de la Modernidad

El Derecho Penal moderno rompe con esta tradición en la medida en que la «consume». Las tendencias que han servido para describir el Derecho Penal clásico describen también su forma moderna, sólo que estas características se han separado de su contexto, tienen un ámbito distinto y no se enfrentan a los antiguos adversarios. De esta forma el

Derecho Penal moderno es efectivamente en últimas una institución distinta del Derecho Penal clásico.

Para aclarar ello quisiera describir los tres rasgos fundamentales del Derecho Penal actual y mostrar en dos ejemplos cómo el Derecho Penal moderno ha sobrepasado el Derecho Penal clásico. Conjuntamente con una «desmetafisicación» del pensamiento penal existen tres características: protección de bienes jurídicos, prevención y orientación a las consecuencias (A).

La *protección de bienes jurídicos* se ha transformado de un principio negativo a uno positivo de criminalización. Lo que se formulaba clásicamente como una crítica al legislador de que no podía crear delitos donde no existiera un bien jurídico, se ha transformado en una exigencia de que criminalice determinadas conductas. Con ello se cambia de forma subrepticia el principio de protección de bienes jurídicos.

Como ejemplos pueden servir la decisión del Tribunal Constitucional de no ampliar la despenalización del aborto con el argumento de que existe un bien jurídico que debe ser protegido y castigar por ello las interrupciones de embarazo (6). En este contexto surge también la exigencia de que el legislador penal debe ser consecuente y castigar la «violación en el matrimonio» no sólo como un delito de coacciones, sino como un delito contra la libertad sexual.

El principio de protección de bienes jurídicos ha conducido a una demanda de criminalización.

La *prevención*, lo cual era un objetivo colateral del Derecho Penal clásico, se ha transformado en el paradigma dominante. Con esta tendencia es difícil asegurar los principios de proporcionalidad e igualdad. Un ejemplo es la legislación acerca de las drogas, la cual, si bien por un lado renuncia a la pena para los que estén dispuestos y sean aptos de tratamiento terapéutico con el objetivo de resocializarlos, por otro lado eleva la pena a los traficantes con el fin de intimidarlos. También en el ámbito del terrorismo aparece el Derecho Penal dominado por el fin preventivo: aumento de penas, ampliación de medios y procesos que pueden ser usados contra los terroristas, introducción de «testigos principales».

El fin parece justificar los medios cada vez más.

También la *orientación a las consecuencias*, que en el Derecho Penal clásico sólo era un criterio adicional para justificar una adecuada legislación se ha convertido en el objetivo predominante del Derecho Penal moderno. Margina la proporcionalidad y la retribución del injusto de la política penal.

(6) *BVerfGE*, 39, 1 (p. 46); crítico con las demandas de criminalización Müller-Dietz, «Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsbefehle», en *Jung/Müller-Dietz* (Hrsg.), § 218, 1983, S. 77 ff.; W. Hassemer, *AK StGB*, 1990, Vorbem. § 1, Rdn. 199.

Los indicadores de este desarrollo son las exigencias actuales (como, por ejemplo, en el ámbito del medio ambiente, o en las exigencias feministas de promulgar legislación antidiscriminatoria), de que el Derecho Penal sirva como medio educador: para sensibilizar a la gente. Aquí ya no se discute si el recurso al Derecho Penal es «adecuado» o «justo» —en tanto se consiga el objetivo de que la población adquiera conciencia de la necesidad de respetar el medio ambiente o de castigar la violencia contra las mujeres. En este contexto, la tendencia a utilizar el Derecho Penal no como último sino como *sola o prima ratio* para solucionar los conflictos sociales es otro ejemplo de la orientación a las consecuencias. Para solucionar los «grandes problemas sociales» (7), pero también en casos puntuales, como la construcción de una fábrica de productos tóxicos en Africa con ayuda alemana, se apela en primer lugar al Derecho Penal.

Todo ello conduce a la «Dialéctica de la Modernidad», el Derecho Penal se ha convertido en un medio de arreglo de conflictos el cual públicamente no se percibe distinto, por su aptitud y peligrosidad, de otros medios de solución de conflictos; el Derecho Penal, a pesar de sus severos instrumentos deviene una ley blanda (*soft law*). Estas expectativas de solucionar los problemas que se esperan del Derecho acaban explotando; visto de esta forma, el Derecho Penal, cuando menos respecto a las expectativas, es «nuevo».

III. Lo nuevo en el Derecho Penal moderno

A pesar de que el Derecho Penal moderno no hace otra cosa que «consumar» los criterios del Derecho Penal clásico de la Ilustración, pueden nombrarse algunos rasgos que caracterizan el Derecho Penal moderno.

1. Ámbitos

El Derecho Penal moderno realiza reformas en determinados ámbitos en tanto que ignora totalmente otros.

«Política criminal» en Alemania significa desde hace diez años — las excepciones confirman, como siempre, la regla— criminalización y descriminalización (8). Los ámbitos en los cuales el legislador alega una «necesidad de respuesta» (*Handlungsbedarf*) no son ni la parte

(7) Kratzsch, *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*, 1985, bes. S. 220 ff., 253 ff.

(8) Véase nota 3; Dencker, «Gefährlichkeitsvermutung statt Taatschuld? - Tendenzen der neueren Strafrechtsentwicklung», en *Strafverteidiger*, 1988, 262 ff.

general ni el Derecho Penal procesal. El sistema de penas y medidas no está en el centro de los intereses político-criminales actuales. El legislador no propicia avances sistemáticos o conceptuales. El ámbito principal donde se produce la renovación del Derecho Penal es en la parte especial, ya sea en el Código Penal o en las leyes penales complementarias. Las reformas no consisten en una descriminalización, sino en una ampliación o incorporación de nuevos tipos penales. Los ámbitos principales en los cuales se produce esta ampliación son: medio ambiente, Derecho Penal económico, protección de datos, drogas, impuestos y comercio exterior.

Estos cambios son apoyados con «reformas» del Derecho Penal procesal. Tampoco en el Derecho Penal procesal se presta atención a aspectos necesitados de reforma, como la prisión provisional (9); de lo que se trata es de apresurar y facilitar el proceso a la par que de aumentar la severidad de los medios utilizados en la instrucción del caso (10).

Total: el Derecho Penal está actualmente ampliando su capacidad y para ello necesita desprenderse del lastre liberal, el cual resulta molesto en el cumplimiento de su nueva tarea.

2. Instrumentos

Los instrumentos, de los cuales se sirve el Derecho Penal, se utilizan para ampliar esta capacidad expansiva del Derecho Penal.

Los ámbitos en los cuales se concentra el Derecho Penal moderno tienen que ver con el individuo sólo de forma mediata. De forma inmediata se refieren a instituciones o al Estado. El principio de protección de bienes jurídicos deviene en el Derecho Penal moderno la protección de instituciones.

A ello se corresponde que estos bienes jurídicos, a los cuales se trata de proteger, no son individuales sino colectivos. Adicionalmente, el legislador formula estos bienes jurídicos de forma especialmente vaga y amplia (protección de la salud pública, protección de la función de subvención, etc.). De esta forma el Derecho Penal se aleja en un doble sentido de sus tradiciones. En éstas se trataba de proteger bienes jurídicos individuales, los cuales debían ser formulados de la forma más precisa y concisa posible. Los bienes jurídicos, que el Derecho Penal moderno entiende que pueden legitimar una intervención penal,

(9) «Arbeitskreis Strafprozeßreform», *Die Untersuchungshaft. Gesetzentwurf mit Begründung*, 1983; respecto de la situación en Derecho Penal procesal, Schreiber und Wassermann, *Sammelband Gesamtreform des Strafverfahrens*, 1987.

(10) W. Hassemer, «Thesen zu informeller Selbstbestimmung und Strafverfahren», en *Strafverteidiger*, 1988, 267 f.; más extensamente, Krauß, «Sicherheitsstaat und Strafverteidigung», en *Strafverteidiger*, 1989, 315 ff.

ya no discriminan; apenas se percibe la conducta humana, la cual, con la ayuda del principio de protección de bienes jurídicos, debiera ser descriminalizada.

El segundo instrumento del Derecho Penal moderno, el cual sirve claramente a esta ampliación de la capacidad, es la forma delictiva de los *tipos de peligro abstracto*. Una sola ojeada a los códigos penales actuales muestra que los delitos de peligro abstracto son la forma delictiva que corresponde al Derecho Penal moderno. Los delitos de peligro concreto o de lesión parecen anticuados.

Es fácil comprender por qué el legislador adopta este camino. La forma de los delitos de peligro abstracto facilita enormemente la utilización del Derecho Penal. Si se renuncia a la comprobación de la lesión, ya no es necesario atender a la relación de causalidad. Lo único que debe mostrarse es la peligrosidad de la acción, peligrosidad que no depende de la comprobación del juez, sino que aparece como el motivo por el cual se criminalizó. La tarea del Juez resulta muy aligerada.

Con la reducción de los requisitos para castigar (de los delitos de peligro abstracto respecto de los delitos de lesión) se reducen, naturalmente también, las posibilidades de defensa. Los presupuestos de la pena son restricciones a la punibilidad. Pero al mismo tiempo disminuyen también las pautas que el legislador da al juez para interpretar los tipos penales.

Un artículo como, por ejemplo el referido a la estafa, el cual diferencia diversos tipos penales, proporciona al juez una información acerca de la *ratio legis*, pero un artículo como, por ejemplo, el fraude de subvenciones, en el cual sólo se indica la actividad castigada, deja al juez penal solo. La consecuencia es un debilitamiento de los criterios de interpretación legales en favor de la jurisprudencia.

Los bienes jurídicos colectivos y los delitos de peligro abstracto como instrumentos del Derecho Penal moderno comportan aún un problema ulterior, el cual no debiera ser subvalorado. Cuando en los ámbitos mencionados se trabaja con los referidos instrumentos penales, a largo plazo se diluye la claridad y la percepción del injusto. Los delitos del Derecho Penal moderno tienen una víctima lejana o carecen en absoluto de ella. Ya no se exige ninguna lesión. El injusto a menudo no es más que el resultado de una evaluación pericial.

Debiera pensarse si la precisión o claridad del injusto no es —también a los ojos de la población— un criterio del Derecho Penal como ámbito específico del ordenamiento jurídico.

3. *Funciones*

No puede ignorarse que esta renovación de objetos e instrumentos también cambia las funciones del Derecho Penal. Algunos de estos cambios son manifiestos.

La nueva criminalización de la Parte Especial del Código Penal alemán y de las leyes penales complementarias comportan una ampliación significativa y disminuyen con ello el significado de un Derecho Penal mínimo (*Kernstrafrecht*). El Derecho Penal tiende a reaccionar menos a las lesiones graves de la libertad de los ciudadanos y se convierte paulatinamente en un instrumento de política interior. Con ello también pierde tendencialmente su puesto en el ordenamiento jurídico y se acerca a las funciones del derecho civil o del derecho administrativo.

Unido a ello existe la tendencia ya avistada de que el legislador utilice este instrumento menos como última que como primera o sola *ratio*, y, en contra del principio de subsidiariedad, lo utilice en todas las ocasiones en que con ello prevea una ganancia política. Esta novedad está unida a la nueva función, de orientación a las consecuencias y su persecución a través del Derecho Penal.

Las características clásicas de la reacción penal, igualdad y proporcionalidad, quedan en un segundo plano. En vez de responder a un injusto por medio de respuestas adecuadas y justas se trata sólo de prevenir futuros injustos o de contener los grandes problemas sociales futuros.

Hablando sin ambages, en Derecho Penal ya no se trata fundamentalmente de una respuesta adecuada a un hecho pasado, sino del dominio del futuro.

Las estructuras teóricas y prácticas del Derecho Penal se desarrollan más bien de acuerdo a modelos empíricos que normativos.

4. *Problemas*

Los nuevos ámbitos, instrumentos y funciones traen consigo nuevos problemas. Se pueden agrupar los problemas del Derecho Penal moderno bajo dos perspectivas, las cuales están íntimamente vinculadas: el peligro de que el Derecho Penal moderno sólo pueda ejecutarse de forma deficitaria y la expectativa de que se retrotraiga a funciones simbólicas. En el ínterin está aceptado que los ámbitos principales del Derecho Penal moderno están afectados de «déficit procesales» («*Vollzugsdefiziten*»). Se descubre que una gran parte del proceso se atasca en el estadio de instrucción; que el juez penal no aplica la pena en toda su extensión; que la cifra oscura es extraordinariamente grande; que se procesa a los «falsos» culpables en tanto que los «verdaderos» permanecen en la oscuridad. «Déficit procesales» significa no sólo que las leyes penales no pueden funcionar como debieran, sino además que comportan consecuencias desiguales e injustas. La posición que se adopte respecto de los «déficit procesales» depende de la opinión que se sustente acerca de los motivos que los producen.

Esta es actualmente la situación en Alemania. La mayoría es de la opinión que estos déficit procesales provienen de una infrautilización del instrumental penal; exigen por ello que se fortalezcan estos instrumentos y que se radicalice su utilización: más de lo mismo (*more of the same*) (11). Otros —entre los que me cuento (12)— entienden que los déficit procesales son un problema estructural, el cual la utilización intensiva de los instrumentos penales no puede solucionar, sino sólo agudizar. Desde esta perspectiva, los déficit procesales son sólo una muestra de que el Derecho Penal ha entrado en unos ámbitos, se le ha provisto de unos instrumentos y se le ha dotado de unas funciones que le son extrañas y que esta rareza es fundamental e insuperable. A través de los déficit procesales se descubren los defectos normativos del Derecho Penal.

Los déficit procesales, los cuales son explicados como un problema cuantitativo y superable, deben conducir a la larga a que el Derecho Penal se limite a *funciones simbólicas* y que pierda sus funciones reales (13). La mezcla explosiva de las crecientes demandas sociales de «dar una respuesta», junto con la creencia extendida en la eficacia de los medios penales, conjuntamente con el déficit observado en la aplicación de estos medios, implican el peligro de que el Derecho Penal se reduzca al engaño de que realmente puede solucionar estos problemas. El Derecho Penal simbólico a corto plazo mitiga, a largo plazo destruye.

5. Costes

Un Derecho Penal moderno comporta unos costes. Los sufragamos acudiendo a la reserva de nuestros principios liberales:

Los costes de los delitos de peligro abstracto son evidentes y ya explicados: la disminución de los requisitos de punibilidad son al mismo tiempo una disminución de las posibilidades de defensa y supe-ditan el juez al legislador.

También se puede observar en el Derecho Penal moderno la difuminación de los criterios dogmáticos que habían distinguido de forma precisa entre criterios de imputación objetiva y subjetiva y habían posibilitado unos criterios racionales y controlables. Así, las diferencias entre autoría y participación, tentativa y consumación o dolo e imprudencia, que el Derecho Penal tradicional había determinado, han perdido su

(11) Heine/Meinberg, *Gutachten D zum 57. Deutschen Juristentag*, 1988; Heine, *Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts*, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, 2425 ff.

(12) *Neue Kriminalpolitik*, 1989, 47, 49.

(13) Extensamente, Monika Voß, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989.

significado primordial en el Derecho Penal moderno, donde se trata de «traficantes» o «ejecutores».

La consecuencia es que el campo de decisión del juez penal, cuya comprobación a través de criterios dogmáticos es cada vez menos posible, deviene más incontrolable.

Fundamentalmente, en el Derecho Penal del medio ambiente y en el Derecho Penal económico se reconoce actualmente (14) que los presupuestos de imputación del Derecho Penal pueden constituir un obstáculo a una política criminal eficaz. Se trata de que la imputación individual, como la que requiere el Derecho Penal tradicional, pueda impedir la utilización de los medios penales (ésta era, por cierto desde siempre, su tarea). Consecuentemente surge la exigencia de que en determinados ámbitos del derecho las sutilezas de la imputación individual deben disminuirse.

En el mismo contexto deben mencionarse las tendencias de aumentar el marco penal y de ampliar el injusto (por ejemplo, en el Derecho Penal ecológico a través del principio de accesoriadad administrativa que requiere en primer lugar que las autoridades administrativas establezcan donde se inicia el injusto penal).

Todo ello conduce, en últimas, a una pérdida de los tradicionales presupuestos de imputación, de la que el Derecho Penal no puede salir airoso.

En el Derecho Penal moderno también el principio de taxatividad (art. 103 II GG, 1 StGB) está en el punto de mira. Una criminalización lo más precisa posible, como corresponde a un Derecho Penal liberal, tiene —ésta es su tarea— que impedir la criminalización excesivamente amplia y generalizada. Esta no es la tendencia que sigue el Derecho Penal moderno. El Derecho Penal moderno se quiere flexible y generalizado para poder dar una respuesta a los continuos problemas sociales surgientes. El principio de taxatividad es enemigo de un Derecho Penal flexible, abierto al futuro y capaz de reaccionar ante situaciones cambiantes. Ello no requiere, sin embargo, que el legislador introduzca términos imprecisos, basta con que utilice unos términos tan flexibles y amplios que puedan ser utilizados en todas las ocasiones.

A los costes que implica un Derecho Penal moderno pertenecen también, en mi opinión (15), la corrupción del proceso penal que observamos en la actualidad (16) y sobre cuya superación reflexionamos.

(14) Rengier, «Zur Bestimmung und Bedeutung der Rechtsgüter im Umweltstrafrecht», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1990, 2506 ff.

(15) «Pacta sunt servanda - auch im Strafprozeß?», en *Juristische Schulung*, 1989, 890 ff.

(16) Las 58.ª Jornadas de Derecho Penal Alemán discutió el tema «Acuerdos en el proceso penal», sobre la base de una ponencia de Schönemann.

Si un problema central del Derecho Penal moderno es la creciente brecha, cuantitativa y cualitativa, entre la capacidad real del derecho y del sistema penal y, por otro lado, las expectativas de solucionar los problemas recurriendo a él, es de esperar que —empezando por la praxis— ofrezca soluciones que contribuyan a aumentar dicha capacidad. Estas deberán ser fundamentalmente vías procesales.

Un proceso penal respetuoso de todos los principios jurídicos cuesta tiempo y dinero. Precisamente en los ámbitos que hemos señalado como característicos del Derecho Penal moderno (B.III.1) existe lo que llamamos «negociación (*deal*) en el proceso». Ello probablemente no es ninguna casualidad. Son precisamente los ámbitos a los cuales el Derecho Penal moderno ha abierto su capacidad, y en los cuales no se puede proseguir con los principios tradicionales procesales. Por consiguiente habrá que limar los principios procesales penales para que sea posible la realización del Derecho Penal material.

En últimas, el Derecho Penal material y el Derecho Penal procesal están unidos funcionalmente. Un proceso penal auténticamente respetuoso con los principios jurídicos sólo es posible si también el Derecho Penal material es auténticamente respetuoso. Criminalización a gran escala en el Derecho Penal también debe conducir a un derecho procesal regulado también a gran escala. «Actuar con justicia» (17) no es, por consiguiente, un problema exclusivo del Derecho Penal procesal, sino también del Derecho Penal material.

C. ALTERNATIVAS

Las opiniones, ante los problemas que aquejan al Derecho Penal moderno, residen en el terreno del proceso penal, de la justicia constitucional y del Derecho Penal material. Los presento en su forma pura, aun cuando, lógicamente, en la práctica puede reflexionarse acerca de posibles combinaciones.

I. Derecho Penal procesal

El Derecho Penal moderno ha reaccionado a su aumento de capacidad en el Derecho Penal material, dando entrada al principio de oportunidad (153 y ss., StPO), y permitiendo su aplicación en numerosos ámbitos. Sin este principio fundamentalmente, probablemente sería impensable una resolución de los casos planteados por el Derecho Penal material. Pero los problemas de esta forma de proceder son cono-

(17) Karl F. Schumann, *Der Handel mit Gerechtigkeit*, 1977.

cidos: se realiza por medio de las falsas instancias, sin publicidad, con criterios no comprobables y probablemente desiguales.

Se puede pensar en una reducción aún mayor de los principios jurídicos en el proceso, especialmente respecto a la tramitación o respecto de las pruebas a instancia de parte.

También la posibilidad de otorgar validez a los acuerdos entre las partes se ofrece como un medio procesal ajustado a un Derecho Penal moderno.

Lo que comparten todos estos instrumentos es que chocan con los principios liberales procesales. Por ello en mi opinión no son una opción en sentido verdadero, sino más bien una resignación impuesta por las necesidades del Derecho Penal moderno.

II. Jurisprudencia constitucional penal

Lo mismo puede decirse de la posibilidad, propuesta por el Tribunal Constitucional, de acortar y abaratar el proceso penal.

Se ha propuesto (18) como alternativa al proceso basado en el principio de oportunidad del artículo 153 ff, StPO, realizar una parte del proceso en forma sumaria y no pública.

Se puede pensar en degradar competencias o en reducir las: del juzgado a la fiscalía, de éste a la policía. Se puede pensar en limitar de alguna forma los recursos de apelación, de revisión y de amparo: tampoco éstas son en verdad opciones, serían más bien reformas contra nuestros principios jurídicos.

III. Derecho Penal material

En el Derecho Penal material existen dos posibles vías, las cuales pueden ser equivalentes desde el punto de vista funcional, las cuales deben, no obstante, juzgarse en base a nuestros principios jurídicos liberales.

1. Soluciones abstractas

La vía para igualar la capacidad de solucionar el Derecho Penal y las expectativas con el recurso al Derecho Penal procesal se produce en los ordenamientos penales de la Europa del Este. Allí se exige como requisito previo el «peligro para la sociedad», como medio de limitar el

(18) «Alternativentwurf Novelle zur Strafprozeßordnung», *Strafverfahren mit nichtöffentlicher Hauptverhandlung*, 1980.

número de casos que acceden al proceso penal. Que ello es una medida graduable y flexible para regular la capacidad es indiscutible.

Por otro lado está claro que una regla de esta especie concede un considerable ámbito de decisión al sistema judicial penal (ésta es precisamente su función). En mi opinión, sin embargo, tropieza con los mismos escollos que los vistos para las opciones respecto al Derecho Penal procesal y la justicia constitucional (C.I., II). Este instrumento es demasiado impreciso y puede convertirse en la «regla general» (19): muchos comportamientos pueden verdaderamente subsumirse en la letra de la Ley; pero serán tratados (¿realmente de forma igual y justa?) de forma dispar por el sistema de justicia penal. Esta es una práctica normativamente intolerable; el principio de taxatividad exige que el legislador penal describa de la forma más precisa posible qué formas de comportamiento quiere ver castigadas y cómo.

2. Soluciones concretas

En mi opinión, la mejor solución para los problemas que aquejan al Derecho Penal moderno reside en retirar parcialmente su carácter de moderno.

Ello significa, en primer lugar, una reducción del Código Penal a su núcleo mínimo (*Kernstrafrecht*), cuyas fronteras debieran naturalmente discutirse en cada caso concreto.

Seguramente pertenecen a este Derecho Penal el conjunto de lesiones a los bienes jurídicos individuales tradicionales, y pertenecen también casos de grave peligro como, por ejemplo, el § 306 y ss. del Código Penal alemán; la formación de asociaciones delictivas y el peligro para el Estado son ejemplos de los tipos de peligro que un Derecho Penal debe contener.

Naturalmente, el Derecho Penal no puede actualmente renunciar a los bienes jurídicos colectivos. Defiendo que éstos debieran ser descritos de la forma más precisa posible y que éstos debieran ser funcionalizados en atención a los bienes jurídicos individuales (20).

De mayor importancia es que el Derecho Penal se despoje de problemas que han entrado en época reciente. El derecho de las contravenciones, el derecho civil, el derecho administrativo, pero también el mercado y el propio cuidado de la víctima (21) son ámbitos a los cuales se

(19) Lüderssen, *Kriminologie*, 1984, Randnummern 622 ff.

(20) W. Hassemer, «Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre», en Scholler/Philipps (Hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus*, 1989, S. 85 ff.

(21) La protección de la víctima en el marco del principio de protección de bienes jurídicos puede verse en R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, 1981, S. 19 ff., 32 ff.

podrían desplazar muchos de los problemas que han sido asumidos por el Derecho Penal y que harían mejor quedándose fuera (22).

• El problema de esta opción es, naturalmente, si pueden invertirse o frenarse las tendencias del Derecho Penal moderno. En este sentido no soy pesimista. Precisamente en un tiempo en el que se trata más bien de la sociedad que del individuo, de problemas que de injustos, de eficacia más que de normatividad, las tradiciones normativas y personales del Derecho Penal podrían ser una orientación de gran ayuda.

(22) Lüderssen, *Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs*, 1989, S. 37 ff.

SECCION LEGISLATIVA

Disposiciones (*)

LEY ORGANICA 13/1991, de 20 de diciembre, Jefatura del Estado («B.O.E» 305/91, de 21 de diciembre)

Ley Orgánica del Servicio Militar

PREAMBULO

La Constitución española, que iguala a todos los ciudadanos ante la Ley y vela por la no discriminación, establece como derecho y deber la defensa de España, dando así continuidad a un anhelo histórico de incorporar a todos a la común defensa y seguridad.

La Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, recoge el carácter obligatorio del servicio militar, en línea con lo que ha sido la tradición española y en sintonía, también, con lo que es común en la mayoría de las naciones del mundo.

El modelo de recluta universal desarrollado en esta Ley, cuyo fin último es dotar a las Fuerzas Armadas de los necesarios efectivos de reemplazo, es un sistema que abre vías eficaces para que los ciudadanos se corresponsabilicen con la defensa nacional. Su diseño, por tanto, debe estar en íntima conexión con el modelo de Fuerzas Armadas que España necesita, lo que se logra mediante un modelo mixto en el que los efectivos de reemplazo se complementen con un volumen creciente de soldados profesionales, hasta alcanzar una tasa de profesionalización en torno al 50 por 100 de los efectivos totales.

En consecuencia, la Ley prevé que los militares de reemplazo desarrollarán preferentemente sus actividades en aquellas unidades cuyo nivel operativo, capacidad de reacción o ámbito de actuación se ajusten a la formación que se adquiere durante el servicio militar. Las tareas caracterizadas por su mayor complejidad, responsabilidad o experiencia serán desarrolladas por militares profesionales.

Se concilian así en esta Ley elementos tradicionales de nuestro ordenamiento jurídico con una renovada perspectiva actual al incorporar los criterios del texto aprobado por el Congreso de los Diputados, en su Sesión Plenaria celebrada el 27 de junio de 1991, sobre el modelo de Fuerzas Armadas y servicio militar.

El servicio militar regulado en esta Ley facilita el planeamiento de la defensa, permite calcular de forma rigurosa los efectivos, asegura la disponibilidad y fácil movilización de reservistas con suficiente grado de instrucción, teniendo en cuenta las necesidades actuales de los ejércitos y sus futuras demandas.

La mujer queda excluida de la obligatoriedad del servicio militar porque las necesidades de la defensa militar quedan cubiertas con el concurso de los varones y por con-

(*) Sección elaborada por la Redacción de la Revista.

siderar que esta decisión no vulnera el mandato de no discriminación establecido en el artículo 14 de la Constitución, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, las mujeres podrán incorporarse a las tareas de la defensa nacional con arreglo a las normas sobre movilización nacional.

La duración del servicio militar se establece en nueve meses, tiempo mínimo necesario para obtener el grado de instrucción conveniente y de esta forma asegurar la operatividad de los ejércitos con el menor coste personal para los españoles que son llamados a prestar un servicio de solidaridad al conjunto de la sociedad.

El nuevo escenario estratégico, la propia evolución que ha experimentado la sociedad española y el proceso de modernización de las Fuerzas Armadas han permitido introducir nuevos criterios de racionalidad y flexibilidad que, sumados al carácter universal que se reitera, permiten desarrollar un servicio militar para todos los españoles, con mecanismos suficientes para hacer compatible, cuando las necesidades lo permitan, el cumplimiento de la obligación exigida por la Ley con las preferencias de los jóvenes respecto de la edad de incorporación, el Ejército y el área de actividad que mejor se ajuste a la formación y aptitudes personales.

Las modernas técnicas y sistemas pedagógicos, el nivel de cultura general que tienen los jóvenes al incorporarse a filas y el menor tiempo del servicio militar aconsejan la revisión de los planes de instrucción y adiestramiento, tarea para cuya realización se prevén mecanismos eficaces en la propia Ley.

También, y consecuencia del empeño de alcanzar la máxima eficacia con el menor coste, se establecen criterios para la revisión y modernización de las pautas y normas de vida en acuartelamientos, buques y bases y, en especial, cuanto se refiere al régimen de actividad y descanso del personal de reemplazo, permisos, vestuario y equipo, alimentación y alojamiento, gastos personales y prevención y protección de la salud.

Para asegurar el ejercicio de los derechos que la Constitución y las Leyes garantizan y del mismo modo reforzar el carácter de los deberes previstos en las Reales Ordenanzas, se dedica a esta materia un Capítulo en cuyo articulado se hace matizada relación sumaria de los derechos constitucionales y consuetudinarios de la vida militar de aplicación al personal de reemplazo y referencia precisa a las limitaciones legales para su ejercicio.

La aplicación de esta Ley, por cuanto tiene de innovador respecto a la situación anterior, requiere, asimismo, la revisión y reforma del Código Penal y de las Leyes penales, procesales y disciplinarias militares para dar una nueva regulación en ellas a determinados tipos y figuras que afectan al personal que cumple el servicio militar, lo que unido a los artículos que se refieren a los derechos fundamentales del militar de reemplazo hacen necesario que la presente Ley, de conformidad con la Constitución, tenga el rango de Orgánico.

Capítulo I

DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1

Obligaciones militares

1. Los españoles, de acuerdo con la Constitución, tienen el derecho y el deber de defender a España.
2. Las obligaciones militares de los españoles, a las que se refiere el artículo 30.2 de la Constitución, consisten en la prestación del servicio militar y en el cumplimiento

de servicios en las Fuerzas Armadas de conformidad con la legislación reguladora de la movilización nacional.

ARTÍCULO 2

Servicio militar

1. El servicio militar en las Fuerzas Armadas constituye una prestación personal fundamental de los españoles a la defensa nacional.

2. Su cumplimiento se ajustará a lo establecido en la presente Ley, en las disposiciones que se dicten en su desarrollo y en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

ARTÍCULO 3

Militares de reemplazo

Los españoles que se incorporan a las Fuerzas armadas para cumplir el servicio militar adquieren durante su prestación la condición militar y reciben la denominación de militares de reemplazo.

ARTÍCULO 4

Respeto a la persona

La dignidad y los derechos inviolables de la persona son valores que todo militar de reemplazo tiene obligación de respetar y derecho a exigir. En ningún caso estará sometido, ni someterá a otros, a medidas que supongan menoscabo de la dignidad personal.

ARTÍCULO 5

Capacidad de obrar

Las personas comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley tendrán plena capacidad de obrar para el ejercicio y defensa de los derechos reconocidos en la misma.

Capítulo II

RECLUTAMIENTO PARA EL SERVICIO MILITAR

ARTÍCULO 6

Reclutamiento

1. El reclutamiento consiste en el conjunto de operaciones que tienen por objeto determinar quiénes, cuándo y dónde se deben incorporar a prestar el servicio militar.

2. El reclutamiento comprende las siguientes fases:
 - a) Alistamiento.
 - b) Manifestación de las preferencias de los interesados.
 - c) Determinación de aptitud psicofísica.
 - d) Clasificación de los alistados.
 - e) Determinación del reemplazo anual.
 - f) Distribución de efectivos y asignación de destinos.

ARTÍCULO 7

Organos de reclutamiento

Son órganos de reclutamiento los Ayuntamientos, las Oficinas Consulares de Carrera, las secciones Consulares de las Embajadas y la Dirección General del Servicio Militar y sus Centros de reclutamiento. También colaborarán en las operaciones de reclutamiento, de la forma que reglamentariamente se determine, los órganos de los Ejércitos encargados de la gestión de personal.

ARTÍCULO 8

Previsión de efectivos

El Ministro de Defensa determinará periódicamente, dentro de las necesidades del planeamiento de la defensa militar, la previsión de efectivos que se deban cubrir por militares de reemplazo. Esta previsión constituirá el elemento de referencia inicial para las operaciones de reclutamiento de cada año.

ARTÍCULO 9

Alistamiento

1. El alistamiento es el conjunto de operaciones realizadas anualmente por los órganos de reclutamiento, consistente en establecer las listas de los españoles varones que cumplan en el año correspondiente dieciocho de edad.

2. A lo largo del año en que cumplen los diecisiete de edad, de la forma que reglamentariamente se determine, todos los españoles varones, por sí o por delegación, se inscribirán a efectos de alistamiento para el servicio militar en el Ayuntamiento, Oficina Consular o Sección Consular de la Embajada correspondiente a su lugar de residencia.

3. Las listas confeccionadas por los Ayuntamientos serán remitidas al Centro de reclutamiento correspondiente acompañadas de las fichas de inscripción que hubieran recibido e incluirán como alistados de oficio a los nacidos y a los residentes en su municipio que no se hayan inscrito. Los interesados permanecerán alistados para el servicio militar hasta el momento de su incorporación al mismo o de su declaración como exentos.

4. Las Oficinas Consulares de Carrera y las Secciones Consulares de las Embajadas tramitarán la documentación relativa a las operaciones de reclutamiento de los españoles residentes en su zona de responsabilidad y la remitirán al Centro de reclutamiento para residentes en el extranjero.

5. El Ministerio de Defensa, a través de la Dirección General del Servicio Militar, queda facultado para recabar directamente de cualquier órgano de las Administraciones Públicas cuantos datos e informes considere necesarios en relación con el Servicio Militar. El órgano requerido queda obligado a proporcionar la información solicitada, en los plazos previstos con carácter general en la legislación vigente sobre procedimientos administrativos.

ARTÍCULO 10

Determinación de aptitud

1. Durante el proceso de reclutamiento, y a partir de los datos suministrados por los propios interesados y por los reconocimientos médicos y medios de prueba que reglamentariamente se establezcan, se determinará la aptitud psicofísica de cada uno de los alistados para todos o determinados servicios, unidades o cometidos.

2. Se presumirán aptos, salvo prueba en contrario, todos los alistados que, citados reglamentariamente, no compareciesen al reconocimiento médico sin causa justificada.

3. Los datos obtenidos a través de estas pruebas y del reconocimiento tendrán garantizada su confidencialidad y no serán causa de discriminación.

ARTÍCULO 11

Causas de exención del servicio militar

1. Son causas de exención del servicio militar las siguientes:

a) Mantener obligaciones familiares de carácter excepcional. En esta Ley se determinan las condiciones para ser declarado exento por esta causa.

b) Padecer alguna enfermedad o limitación física o psíquica que impida la prestación del servicio militar. Reglamentariamente se determinará el cuadro médico de esencias del servicio militar.

c) Las derivadas de convenios internacionales.

d) Tener cumplidos treinta años de edad.

e) Ser declarado objetor de conciencia de acuerdo con la Ley.

2. Las mujeres están exentas del servicio militar. Podrán ser llamadas a cumplir determinados servicios en las Fuerzas Armadas, de conformidad con la legislación reguladora de la movilización nacional.

3. Reglamentariamente se determinará la forma de solicitar la exención del servicio militar por alguna de las causas de las letras a), b), c) y d) del apartado 1 de este artículo y el momento en que tal exención se hará efectiva.

ARTÍCULO 12

Edad de incorporación

1. El año de referencia para el cumplimiento del servicio militar es aquél en el que se cumplen diecinueve años de edad.

2. Los españoles podrán adelantar el cumplimiento del servicio militar e incorporarse a las Fuerzas Armadas a partir del momento en que cumplan la mayoría de edad. Reglamentariamente se determinará la forma de solicitarlo.

3. Los alistados que deseen retrasar el momento de su incorporación al servicio militar deberán solicitar y obtener las prórrogas de incorporación definidas en el artículo 14 de esta Ley, si reúnen las condiciones para ello.

4. Con independencia de lo previsto en el apartado anterior, los alistados podrán manifestar sus preferencias para cumplir el servicio militar entre los diecinueve y los veintidós años de edad, ambos incluidos. Dichas preferencias se atenderán a la medida en que lo permitan las necesidades del reclutamiento mediante procedimientos que aseguren la igualdad de oportunidades.

5. La Dirección General del Servicio Militar, a través de sus Centros de reclutamiento, informará con la debida anticipación, a los que hayan obtenido prórroga de incorporación al servicio militar, de la fecha de posible solicitud de nueva prórroga.

ARTÍCULO 13

Aplazamiento de la incorporación al servicio militar

1. Son causas de aplazamiento de la incorporación al servicio militar, en las condiciones y con los límites que reglamentariamente se determinen, las siguientes:

a) Obtener alguna de las prórrogas e incorporación al servicio militar definidas en el artículo 14 de esta Ley.

b) Obtener, de acuerdo con las preferencias manifestadas por el interesado, la incorporación a edad distinta a la de referencia para la prestación del servicio militar, sin perjuicio de que, conforme a lo dispuesto en la letra c) del artículo 19 de esta Ley, deba incorporarse para completar los efectivos del reemplazo correspondiente.

c) Estar previamente encuadrado en las Fuerzas Armadas, en la Guardia Civil, en el Cuerpo Nacional de Policía o en las Policías Autonómicas, o tener adquirido compromiso para hacerlo.

d) Padecer alguna enfermedad o limitación física o psíquica que sin llegar a ser causa de exención del servicio militar, impida temporalmente su prestación. Reglamentariamente se determinará el cuadro médico de causas de aplazamiento del servicio militar.

e) Estar cumpliendo condena de privación de libertad o sujeto a medidas legales que resulten incompatibles con la prestación del servicio militar.

2. Quienes deban incorporarse a prestar el servicio militar y tengan otro hermano cumpliendo éste o la prestación social sustitutoria tendrán derecho a aplazar su incorporación, previa solicitud, y efectuarla con el reemplazo siguiente.

ARTÍCULO 14

Prórrogas de incorporación al servicio militar

1. Las prórrogas de incorporación al servicio militar y las causas de su concesión, en las condiciones y con los límites que reglamentariamente se determinen, son las siguientes:

De primera clase. Por ser necesaria la concurrencia del interesado al sostenimiento de la familia.

De segunda clase. Por razones de estudios o por ser el interesado deportista de alto nivel.

De tercera clase. Por razones de tipo laboral para consolidar un puesto de trabajo.

De cuarta clase. Por ser residente en el extranjero.

De quinta clase. Por desempeñar cargo público de elección popular.

De sexta clase. Por decisión del Gobierno fundada en razones excepcionales o de interés nacional.

2. Las prórrogas y sus ampliaciones, excepto las de la primera y quinta clases, tendrán una duración de uno o dos años, atendiendo a lo solicitado por los interesados, y surtirán efecto para retrasar la incorporación hasta el año en que se cumplan los veintitrés años de edad. Reglamentariamente se determinarán las circunstancias en que se podrán conceder ampliaciones de prórroga que surtan efectos para retrasar la incorporación hasta los veintisiete años de edad.

La prórroga de primera clase y sus ampliaciones tendrán una duración de tres años.

La duración de la prórroga de quinta clase será igual a la del mandato para el que los interesados hayan sido elegidos, en tanto mantengan el cargo de elección popular. La elección como miembros de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, así como de las Corporaciones Locales, determinará la concesión de una única prórroga.

3. No se podrán disfrutar simultánea ni sucesivamente prórrogas de diferentes clases, excepto las de quinta y sexta clases a las que se podrá optar aunque se haya solicitado o disfrutado otra prórroga de primera, segunda, tercera o cuarta clases.

4. La concesión de la segunda ampliación de la prórroga de primera clase y la concesión por seis años de las ampliaciones de prórroga de sexta clase serán causa de exención del servicio militar.

ARTÍCULO 15

Lugar de la prestación y cometidos

1. Durante el proceso de reclutamiento, de la forma y en los plazos que reglamentariamente se determinen, se podrá solicitar la prestación del servicio militar en una determinada localización geográfica o unidad, así como la asignación a determinadas áreas de cometidos. A estos efectos, anualmente se hará una oferta de plazas para la prestación del servicio militar.

2. Además de la posibilidad de acceder a la oferta de plazas del apartado anterior, los alistados podrán manifestar sus preferencias sobre la localización geográfica, Ejército y áreas de cometidos en los que desean prestar el servicio militar. Dichas preferencias se atenderán en la medida en que lo permitan las necesidades del reclutamiento mediante procedimientos que aseguren la igualdad de oportunidades.

3. Reglamentariamente se determinará quienes por razón de su profesión o aptitudes prestarán el servicio militar en el Ejército de Tierra, en la Armada, en el Ejército del Aire o en determinados destinos de los propios Ejércitos y las condiciones en las que les será aplicable lo previsto en los dos apartados anteriores.

ARTÍCULO 16

Servicio para la formación de cuadros de mando

1. Dentro del servicio militar existirá la modalidad de servicio para la formación de cuadros de mando para la reserva del servicio militar. A esta modalidad podrán optar aquellos que tengan la preparación adecuada acreditada con los títulos que reglamentariamente se determinen.

2. Anualmente se publicará una oferta de plazas para cumplir el servicio militar en esta modalidad.

ARTÍCULO 17

Clasificación de los alistados

1. La clasificación de los alistados para el servicio militar es la operación anual consistente en incluirlos en alguno de los grupos siguientes:

a) Aptos para el servicio militar en alguno de los siguientes subgrupos:

1.º Destinables a determinadas unidades o cometidos en función de su aptitud psicofísica, según el resultado de los reconocimientos y pruebas previstas en el artículo 10 de esta Ley.

2.º Destinables a cualquier unidad.

b) Con aplazamiento de la incorporación al servicio militar por alguna de las causas establecidas en el artículo 13 de la presente Ley.

c) Exentos del servicio militar por alguna de las causas del apartado 1 del artículo 11 de esta Ley.

2. Los que por causa que les fuera imputable no puedan ser incluidos en alguno de los grupos citados en el apartado anterior, quedarán pendientes de clasificación para el año siguiente.

ARTÍCULO 18

Determinación del reemplazo anual

1. El reemplazo anual comprende los efectivos que cada año deben incorporarse a las Fuerzas Armadas para prestar el servicio militar. El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Defensa, determinará su cuantía teniendo en cuenta las necesidades del planeamiento de la defensa militar, la previsión de efectivos a la que se hace referencia en el artículo 8 de esta Ley, el personal disponible para incorporarse al servicio militar y las preferencias manifestadas por los interesados sobre la edad de incorporación.

2. Corresponde al Ministro de Defensa determinar los criterios de distribución de los efectivos del reemplazo anual entre el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire y para la asignación de los destinos de los militares de reemplazo a las diferentes unidades, así como establecer el calendario anual de incorporación.

ARTÍCULO 19

Formación del reemplazo anual

El reemplazo anual se constituirá, de la forma que reglamentariamente se determine, con los clasificados aptos para el servicio militar de los siguientes grupos:

a) Los que sean admitidos en el servicio para la formación de cuadros de mando.

b) Los del alistamiento correspondiente al año de referencia que hayan manifestado preferencia por cumplir el servicio militar con dicho reemplazo y aquellos que finalicen su aplazamiento para la incorporación al servicio militar.

c) Los del alistamiento correspondiente al año de referencia que hayan manifestado su preferencia por una edad distinta para su incorporación hasta completar la cuantía del reemplazo fijada por el Consejo de Ministros. Su asignación se hará mediante procedimientos que aseguren la igualdad de oportunidades.

ARTÍCULO 20

Distribución de efectivos y asignación de destinos

1. La distribución de efectivos y la asignación de destinos se harán, de la forma que reglamentariamente se determine, por el siguiente orden:

a) Cobertura de las plazas del servicio para la formación de cuadros de mando.

b) Cobertura de los destinos a las unidades extrapeninsulares y a aquellas otras que determine el Ministerio de Defensa por medio de la oferta anual de plazas y el sistema de preferencias. Las demás plazas de las citadas unidades se cubrirán con el personal restante del reemplazo anual mediante procedimientos que aseguren la igualdad de oportunidades.

c) Asignación de los destinos de la oferta anual de plazas.

d) Cobertura de los demás destinos según las preferencias manifestadas por los alistados en cuanto a localización geográfica, Ejército y área de cometidos a desempeñar durante la prestación. Dicha cobertura se efectuará mediante procedimientos que aseguren la igualdad de oportunidades.

2. Para la asignación de destinos concretos se tendrán en cuenta los siguientes factores:

a) Profesión o aptitudes, según lo establecido en el artículo 15.3 de esta Ley.

b) Grado de aptitud psicofísica, según los resultados de los reconocimientos y pruebas previstas en el artículo 10 de esta Ley.

c) Perfiles de aptitud de los alistados y su acomodación a las áreas de cometidos.

3. También formarán parte del reemplazo anual los que eventualmente, una vez cubiertas las necesidades derivadas del planeamiento de la defensa militar, sean asignados para prestar servicio en organizaciones de interés general, conforme a lo previsto en la disposición final segunda de esta Ley.

ARTÍCULO 21

Obligaciones en relación con el reclutamiento

1. Todos los españoles citados para asistir a los actos relacionados con el reclutamiento del servicio militar están obligados a acudir a los mismos, siendo, en todo caso, voluntaria su participación en entrevistas personales. Efectuarán los viajes de ida y regreso por cuenta del Estado, con derecho a las indemnizaciones que reglamentariamente se determinen.

2. A quienes, sin causa justificada, incumplieren las obligaciones a que se refiere esta Ley relacionadas con el reclutamiento, se les iniciará un expediente por los Centros de reclutamiento con el fin de comprobar las causas del incumplimiento. Si trans-

currido un año desde la iniciación del expediente el interesado continuase en paradero desconocido se procederá a citarle, por medios de publicidad suficientes, para su incorporación a las Fuerzas Armadas, y si no realizare esta incorporación en el plazo señalado en la citación se trasladarán las actuaciones a la Dirección General del Servicio Militar para su remisión, si procediera, al órgano judicial competente a los efectos previstos en el Código Penal.

3. Si el interesado manifestara en el expediente su negativa a cumplir sus obligaciones en relación con el servicio militar o el instructor concluyere esta actitud de sus actuaciones, se dará cuenta de ello el expresado órgano judicial a los mismos efectos.

4. A quienes se hallen en paradero desconocido o habiendo sido citados reglamentariamente no haya constancia fehaciente de la citación se les citará a través de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. Esta citación se considerará fehaciente y bastante para la responsabilidad penal de los citados que no efectúen su incorporación a filas.

5. Cuando la Dirección General del Servicio Militar o sus Centros de reclutamiento observen incumplimiento de esta Ley por parte de Organismos de la Administración Pública, lo pondrán en conocimiento de los órganos superiores del Departamento para su traslado al Ministerio Fiscal a los efectos oportunos.

ARTÍCULO 22

Sanciones

1. Las personas que infrinjan obligaciones derivadas del reclutamiento, que no sean constitutivas de delito de acuerdo con lo que sobre la materia dispongan las Leyes Penales, serán sancionadas por las causas y con las multas que a continuación se especifican:

a) No comparecer, sin causa justificada a requerimiento del Centro de reclutamiento, tres unidades.

b) No notificar los cambios de residencia o domicilio durante el alistamiento o en la reserva del servicio militar, dos unidades.

c) Incumplir las obligaciones en la situación de reserva del servicio militar determinadas en el apartado 3 del artículo 57 de esta Ley, dos unidades.

2. A los efectos de determinar el importe de las multas fijadas en el apartado anterior, se entiende por unidad el salario mínimo interprofesional diario vigente en el momento de cometer la infracción.

3. Los Centros de reclutamiento son competentes para imponer las sanciones establecidas en este artículo. Reglamentariamente se determinará el procedimiento para la imposición de las sanciones con las debidas garantías para los interesados.

ARTÍCULO 23

Recursos durante el reclutamiento

Contra las resoluciones administrativas de los Centros de reclutamiento, se podrá interponer recurso de alzada ante el Director General del Servicio Militar, que pondrá fin a la vía administrativa. Contra la resolución del mismo podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.

Capítulo III

PRESTACION DEL SERVICIO MILITAR

ARTÍCULO 24

Prestación del servicio militar

1. El servicio militar comienza en la fecha de incorporación al destino asignado en las Fuerzas Armadas y finaliza transcurridos los nueve meses de duración del mismo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

El tiempo transcurrido en situación de baja como consecuencia de accidente, enfermedad, limitación física o psíquica contraídos durante el período de prestación del servicio militar, será computado como tiempo de cumplimiento.

2. Los españoles que deban incorporarse para prestar el servicio militar efectuarán los viajes de ida y regreso por cuenta del Estado, con derecho a las indemnizaciones que reglamentariamente se determinen.

3. Los militares de reemplazo quedarán encuadrados en el Ejército de Tierra, en la Armada o en el Ejército del Aire para integrarse en las especialidades que determine el Ministro de Defensa, a propuesta de los Jefes de los Estados Mayores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire.

4. Quienes presten el servicio militar en la modalidad de servicio para la formación de cuadros de mando quedarán adscritos a alguna de las Escalas de los Cuerpos Específicos de los Ejércitos o de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas.

5. Quienes cumplen el servicio militar están vinculados a las Fuerzas Armadas por una relación de servicios de carácter no profesional.

6. En las diferentes unidades se creará un servicio de apoyo y acogida al militar de reemplazo.

ARTÍCULO 25

Disponibilidad para el servicio

1. Los militares de reemplazo estarán en disponibilidad permanente para el servicio. El horario habitual de sus actividades estará basado en una distribución racional de los tiempos de trabajo y descanso y adaptado a las necesidades del servicio en las Fuerzas Armadas.

2. El Ministro de Defensa determinará los criterios generales a los que deben ajustarse el régimen general de horarios y de guardias y servicios, las normas de permanencia en las unidades y la regulación de permisos de carácter ordinario y extraordinario.

3. Sin perjuicio de su permanente disponibilidad, los militares de reemplazo que no estén obligados a permanecer y pernoctar en los acuartelamientos, buques y bases para realizar guardias, servicios, prácticas de instrucción o a diestramiento o por estar sujetos a medidas disciplinarias, podrán ser autorizados a ausentarse de ellos desde la finalización del horario de actividad hasta la hora de comienzo de las actividades del día siguiente.

4. Los soldados y marineros, cuando no estén de servicio, no estarán obligados a vestir de uniforme fuera de los acuartelamientos, buques y bases ni al entrar o al salir de los mismos.

ARTÍCULO 26

Empleos militares

1. Los militares de reemplazo, encuadrados inicialmente como soldados o marineros, podrán ascender al empleo de cabo con arreglo a las normas que determine el Ministro de Defensa.

2. Los que presten el servicio militar en la modalidad de servicio para la formación de cuadros de mando realizarán su período de formación como soldados o marineros y el de prácticas con el empleo de alférez o alférez de fragata, que les será concedido con carácter eventual.

ARTÍCULO 27

Actividades en el servicio militar

1. Los militares de reemplazo desarrollarán actividades tácticas, técnicas y logísticas, así como administrativas y aquellas otras necesarias para el mantenimiento y funcionamiento cotidiano de las unidades, para lo que recibirán la instrucción y formación adecuadas con arreglo a lo que se establece en esta Ley. No se les podrán encomendar tareas ajenas al servicio.

Las actividades de los militares de reemplazo se desarrollarán preferentemente en aquellas unidades cuyo nivel operativo, capacidad de reacción o ámbito de actuación se ajusten a la formación que se adquiere durante el servicio militar. Cuando excepcionalmente unidades en las que estén destinados sean asignadas a misiones con utilización exterior de la Fuerza, el Gobierno informará al Congreso de los Diputados.

2. Aquellos que acrediten la posesión de títulos o especialidades de aplicación en los Ejércitos podrán ser destinados a puestos en los que realicen cometidos relacionados con los mismos.

3. Las tareas de protección y seguridad, de protección civil y del medio ambiente y de ayuda humanitaria que puedan encomendarse a las Fuerzas Armadas tendrán consideración de actividades de carácter militar.

4. La prestación del servicio militar y las actividades reguladas en los apartados anteriores se harán de tal forma que se adecúen a las condiciones personales de los militares de reemplazo.

ARTÍCULO 28

Planes de instrucción

1. Los planes de instrucción tienen por objeto preparar al militar de reemplazo para el desempeño de los cometidos previstos en el artículo anterior y para facilitarle la integración en su unidad.

2. Los planes de instrucción tendrán como componentes esenciales la formación general militar, la instrucción táctica, técnica y de tiro y la formación físico-deportiva.

ARTÍCULO 29

Formación general militar

Mediante los programas de formación general militar, los soldados y marineros deberán conocer la organización básica y los objetivos de la defensa nacional y la función que corresponde a las Fuerzas Armadas en el ordenamiento constitucional, las características de los Ejércitos, el régimen general de sus derechos y obligaciones, las normas de comportamiento y de régimen interior, el historial de su unidad y cuanto pueda afectarles en el cumplimiento del servicio militar.

ARTÍCULO 30

Instrucción táctica, técnica y de tiro

La instrucción táctica tiene por objeto preparar al militar de reemplazo para desempeñar los cometidos que le corresponden en el plano individual y en el conjunto de su unidad. Será complementada con la instrucción específica de adaptación al medio. Con la instrucción técnica y de tiro se le facilitará el conocimiento y empleo del armamento y de los medios que tenga que manejar.

ARTÍCULO 31

Formación físico-deportiva

La formación física tendrá por objeto capacitar al militar de reemplazo para el desempeño de las funciones que le son propias. Los programas de formación física tendrán en cuenta las condiciones individuales y las aptitudes naturales del militar de reemplazo y serán complementados con actividades deportivas para crear hábitos de esta naturaleza.

ARTÍCULO 32

Planes de adiestramiento

Los planes de adiestramiento, complementarios de la instrucción individual, tienen por objeto conseguir una formación colectiva e integrada de un conjunto de hombres, equipos y sistemas, para alcanzar la máxima operatividad y nivel de eficacia de las unidades.

ARTÍCULO 33

Formación y prácticas

1. En los casos que exista correspondencia entre la formación técnica necesaria para el desempeño de determinadas actividades militares y la que se requiere para otras

similares de carácter civil, los programas de instrucción se ajustarán, en lo posible, a los correspondientes del sistema educativo general.

2. Siempre que las necesidades del servicio lo permitan se facilitará a los militares de reemplazo la inclusión en programas de formación ocupacional para su posterior inserción en el ámbito laboral.

3. Los militares de reemplazo recibirán certificación de los servicios prestados, de las prácticas realizadas y de las cualificaciones profesionales y especialidades adquiridas, así como, en su caso, la correspondencia con la formación equivalente del sistema educativo general, de acuerdo con el sistema de homologación o convalidación establecido por el Ministerio de Educación y Ciencia.

ARTÍCULO 34

Actividades complementarias

A los militares de reemplazo se les facilitará la realización, durante el tiempo libre, de actividades complementarias de tipo cultural, social, deportivo y recreativo. A estos efectos se establecerán acuerdos o convenios con organismos e instituciones civiles.

ARTÍCULO 35

Uniformidad, manutención y alojamiento

1. A los militares de reemplazo se les suministrará el vestuario y equipo necesarios y se les proporcionará una manutención adecuada, de acuerdo con las condiciones climatológicas y demás circunstancias en que desarrollen sus actividades.

2. El alojamiento, el mobiliario y los enseres de uso de los militares de reemplazo deberán reunir las adecuadas condiciones de habitabilidad, salubridad y seguridad, de acuerdo con la tipificación de infraestructura e instalaciones determinada por el Ministerio de Defensa.

ARTÍCULO 36

Prevención de la drogadicción y del alcoholismo

En los términos previstos en la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas los militares de reemplazo no podrán embriagarse ni consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. En todo caso, se establecerán medidas preventivas de la drogadicción y del alcoholismo.

ARTÍCULO 37

Gastos personales e indemnizaciones

1. Los militares de reemplazo percibirán una cantidad mensual para atender sus gastos personales durante el servicio militar. Será fijada anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

2. Reglamentariamente se establecerán las indemnizaciones por razón del servicio, así como aquellas gratificaciones que puedan percibir los militares de reemplazo, que tendrán en cuenta las condiciones de prestación del servicio militar.

ARTÍCULO 38

Suspensión de la prestación del servicio militar

La prestación del servicio militar podrá suspenderse, en las condiciones que reglamentariamente se determine, por motivos excepcionales y a petición del interesado, quien completará el tiempo de prestación a partir del momento de su reincorporación. Su concesión es competencia del Ministro de Defensa.

Capítulo IV

DERECHOS Y DEBERES DE LOS MILITARES DE REEMPLAZO

ARTÍCULO 39

Derechos

Los militares de reemplazo son titulares de los derechos y libertades establecidos en la Constitución, sin otros límites en su ejercicio que los determinados en la propia Constitución, en las disposiciones de desarrollo de la misma, en las Reales Ordenanzas, en las leyes penales y disciplinarias militares y en esta Ley.

ARTÍCULO 40

Deberes

1. Los militares de reemplazo están obligados por los deberes establecidos en la Constitución, en las Reales Ordenanzas y en el resto del ordenamiento jurídico y sujetos al régimen general de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares.

2. Durante el cumplimiento del servicio militar los soldados y marineros prestarán juramento o promesa, ante la Bandera, de defender a España con lealtad al Rey y fidelidad a la Constitución. La fórmula se determina por Ley.

ARTÍCULO 41

Obligaciones

El militar de reemplazo deberá conocer y cumplir exactamente las obligaciones contenidas en las Reales Ordenanzas, tanto las de carácter general militar como las específicas de su Ejército y las propias de su condición.

ARTÍCULO 42

Características del servicio en las Fuerzas Armadas

1. Los militares de reemplazo observarán las reglas de disciplina y de respeto al orden jerárquico, características indispensables para conseguir la máxima eficacia de las Fuerzas Armadas.

2. De acuerdo con lo previsto y con las limitaciones establecidas en las Reales Ordenanzas, los militares de reemplazo deberán respetar a sus jefes y obedecerles en todo lo que mandaren concerniente al servicio.

3. El militar de reemplazo actuará con lealtad y compañerismo como expresión de su voluntad de asumir solidariamente las exigencias de la defensa de España y del mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.

ARTÍCULO 43

Neutralidad política

El militar de reemplazo deberá respetar el principio de neutralidad política de las Fuerzas Armadas y se abstendrá de realizar actividades políticas o sindicales.

ARTÍCULO 44

No discriminación

1. Los militares de reemplazo no serán objeto de discriminación por razón de nacimiento, raza, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

2. En la documentación de los militares de reemplazo no podrá figurar ningún dato relativo al credo religioso ni a opiniones políticas, sindicales o que puedan ser ocasión de discriminación de los mismos.

ARTÍCULO 45

Libertad ideológica, religiosa y de culto

1. El ejercicio por el militar de reemplazo de los derechos dimanantes de la libertad ideológica, religiosa y de culto no tendrá otros límites, en sus manifestaciones, que los derivados de la salvaguarda de la disciplina y la seguridad nacional.

2. Las manifestaciones a que se hace referencia en el apartado anterior, cuando vayan a tener carácter público y colectivo en acuartelamientos, buques y bases, se atenderán a las normas de régimen interior de los mismos, que estarán en concordancia con lo establecido en la presente Ley.

3. A los militares de reemplazo se les facilitará el cumplimiento de los deberes religiosos, proporcionándoles dentro del régimen interior de los acuartelamientos, buques y bases el tiempo necesario para la asistencia a los actos de culto. La asistencia a actos de carácter religioso será voluntaria.

4. El militar de reemplazo tiene derecho a no declarar sobre su ideología, religión o creencias.

ARTÍCULO 46

Intimidad personal y secreto de las comunicaciones

1. El militar de reemplazo tiene derecho a la intimidad personal. Cuando existan indicios de la comisión de un hecho delictivo, de una falta disciplinaria militar o lo exija la protección de la salud pública o de la seguridad nacional, el jefe de la unidad autorizará expresamente el registro correspondiente, que se realizará ante testigos que refrenden el resultado y, si ello fuese posible, en presencia del interesado.
2. Las revistas e inspecciones, salvo lo previsto en el apartado anterior, deberán respetar la intimidad de las pertenencias del afectado y del mobiliario asignado para uso personal.
3. El militar de reemplazo tendrá derecho al secreto de sus comunicaciones.

ARTÍCULO 47

Libertad de circulación

Los militares de reemplazo pueden circular libremente por el territorio nacional sin más limitaciones que las derivadas de las exigencias del servicio. Para salir al extranjero se requerirá la autorización previa y expresa del jefe de la unidad en la que preste el servicio.

ARTÍCULO 48

Libertad de expresión

El militar de reemplazo, en el marco de lo dispuesto en el artículo 39 de esta Ley, tiene derecho a la libertad de expresión. En su ejercicio no podrá difundir información legalmente clasificada relativa a la seguridad nacional y a la defensa nacional o a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas ni la que, sin estar clasificada, conozca por razón de su destino.

ARTÍCULO 49

Derecho de reunión

1. El militar de reemplazo, en el ejercicio del derecho de reunión, no podrá asistir de uniforme a manifestaciones públicas, ni a reuniones públicas que no tuvieren carácter familiar, social o cultural.
2. Las reuniones en acuartelamientos, buques, bases y establecimientos militares deberán estar previa y expresamente autorizadas por su jefe, que tendrá en cuenta los límites impuestos por la salvaguarda de la disciplina.

ARTÍCULO 50

Derecho de asociación

El ejercicio del derecho de asociación por el militar de reemplazo tiene sus límites en la salvaguarda de la disciplina y en el principio de neutralidad política en las Fuerzas

Armadas. En ningún caso, se podrá ejercer el derecho de sindicación dentro de los Ejércitos. Tampoco podrán ejercitar el derecho de huelga ni acciones colectivas de carácter reivindicativo.

ARTÍCULO 51

Derecho de sufragio

1. Los militares de reemplazo ejercerán libremente el derecho de sufragio activo para lo que recibirán las facilidades correspondientes.
2. Para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, a los militares de reemplazo se les suspenderá la prestación del servicio militar a partir del momento de su inclusión en una candidatura, con arreglo a lo establecido en la legislación reguladora del Régimen Electoral.

ARTÍCULO 52

Asistencia sanitaria

1. Los militares de reemplazo tienen derecho a asistencia sanitaria y a la cobertura de la seguridad social de las Fuerzas Armadas, de acuerdo con el régimen establecido por la Ley.
2. Los militares de reemplazo serán sometidos a reconocimientos que permitan conocer su estado psicofísico y su adecuación a los ejercicios y actividades que deban realizar.

ARTÍCULO 53

Información en caso de enfermedad o accidente

1. En caso de enfermedad, los militares de reemplazo, o sus familiares, tendrán derecho a conocer el diagnóstico si lo hubiera y el tratamiento a que son sometidos, a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y, en general, a los derechos reconocidos en los apartados 1 a 6, 8, 9 y 11 del artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
2. En caso de accidente producido durante la prestación del servicio militar, los militares de reemplazo y sus familiares tienen derecho a recibir la información no sometida a secreto judicial. Antes de la conclusión del expediente que se instruya se dará audiencia de su contenido a los interesados.

ARTÍCULO 54

Pensiones e indemnizaciones

Quienes cumpliendo el servicio militar fallezcan, se inutilicen, padezcan lesiones o sean dados por desaparecidos, siempre que sea en acto de servicio o como consecuencia del mismo, causarán derecho a pensión o indemnización de acuerdo con el régimen

establecido por la Ley. Tendrán consideración de accidentes en acto de servicio los que se produzcan al ir o al volver del lugar del servicio.

ARTÍCULO 55

Derechos de carácter laboral y escolar

1. Durante el servicio militar se tendrá derecho a la reserva del puesto de trabajo que se desempeñaba antes de la incorporación de acuerdo con lo previsto en la legislación laboral.

2. La suspensión del contrato de trabajo por servicio militar será considerada, a efectos de la acción protectora derivada de la seguridad social, como situación asimilada a la de alta, con el alcance y condiciones establecidas en la legislación de la Seguridad Social.

3. Los centros de enseñanza estarán obligados a reservar las plazas a los estudiantes que fueran llamados a cumplir el servicio militar.

4. Los funcionarios públicos permanecerán en la situación administrativa de servicios especiales durante la prestación del servicio militar.

ARTÍCULO 56

Peticiones y recursos

1. El militar de reemplazo podrá ejercer individualmente el derecho de petición en los casos y con las formalidades que señala su Ley reguladora e interponer recursos con arreglo a las leyes.

2. El militar de reemplazo podrá dirigirse individual y directamente al Defensor del Pueblo cuando considere que se ha producido una infracción de sus derechos durante el servicio militar.

Capítulo V

RESERVA DEL SERVICIO MILITAR

ARTÍCULO 57

Reserva del servicio militar

1. Al finalizar el cumplimiento del servicio militar los españoles pasarán a la reserva con objeto de constituir los efectivos que puedan reincorporarse a prestar servicio en las Fuerzas Armadas conforme a la legislación reguladora de la movilización nacional. En esta situación permanecerán hasta el 31 de diciembre del tercer año posterior a la finalización del servicio militar.

2. A la reserva del servicio militar se pasará con el empleo militar que se hubiera alcanzado de acuerdo con el artículo 26 de esta Ley y en el caso del servicio para la formación de cuadros de mando se consolidará el de alférez o alférez de fragata obtenido con carácter eventual.

3. Los españoles que se encuentren en la reserva del servicio militar no estarán sujetos al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas ni a las leyes penales y disciplinarias militares. Comunicarán al Centro de reclutamiento correspondiente sus cambios de residencia o domicilio y se relacionarán con él para cualquier otra cuestión referente a su situación en relación con el cumplimiento de sus obligaciones militares.

ARTÍCULO 58

Reincorporación a las Fuerzas Armadas

1. El Gobierno podrá ordenar la reincorporación a las Fuerzas Armadas de todo o parte del personal que se encuentre en la reserva del servicio militar, por reemplazos completos o selectivamente, de acuerdo con la legislación reguladora de la movilización nacional.

2. La reincorporación a las Fuerzas Armadas del personal perteneciente a reemplazos no comprendidos en la reserva del servicio militar requerirá una norma con rango de Ley.

3. Los españoles que sean movilizados se reincorporarán con los empleos militares que hubieran alcanzado durante el servicio militar y tendrán el mismo régimen que en el momento de la reincorporación corresponda a dichos empleos.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.—Alumnos de los centros docentes militares y militares de empleo:

1. El tiempo permanecido como alumno de los centros docentes militares de formación y como militar de empleo, así como el de formación y prácticas para el acceso a la Guardia Civil, será computable para la prestación del servicio militar en la forma que reglamentariamente se determine.

2. En el caso de tener cumplido el servicio militar, los militares de empleo pasarán a la reserva del mismo a la finalización o resolución de su compromiso y los alumnos de los centros docentes militares de formación, que no se reintegren a su Escala de origen, al causar baja en los mismos. Permanecerán en ella hasta el 31 de diciembre del tercer año posterior a su pase a la misma.

Segunda.—Cumplimiento del servicio militar en el extranjero.

Se dará por cumplido el servicio militar a los españoles que, habiendo permanecido en el extranjero, se acojan a la validez mutua del servicio militar reconocida en convenio internacional o por haberlo prestado en otros país por imperativo inexcusable de su legislación.

Tercera.—Servicio militar de clérigos y religiosos.

El servicio militar de clérigos, religiosos y ministros confesionales en general se regirá por lo dispuesto en esta Ley y en los Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades Religiosas si los hubiere.

Cuarta.—Servicio militar de los deportistas de alto nivel.

El servicio militar de los deportistas de alto nivel, se ajustará, además de a lo establecido en la presente Ley, a la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.

Quinta.—Modificaciones de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional:

1. El apartado 4 del artículo 47 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional queda redactado de la siguiente forma:

«Los militares de empleo de la categoría de tropa y marinería profesionales que lleven al menos un año de servicios efectivos en el empleo de Cabo Primero podrán acceder por promoción interna a la enseñanza militar de grado básico reservándose para ellos al menos un 60 por 100 de las plazas convocadas.»

2. El apartado 1 del artículo 105 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, queda redactado de la siguiente forma:

«1. La relación de servicios de los militares de empleo se establecerá mediante compromisos por períodos limitados de tiempo. Dichos compromisos podrán ser prorrogados previa superación de los requisitos y en las condiciones que reglamentariamente se establezcan. El tiempo cotizado como militar de empleo será objeto de cómputo recíproco entre los distintos regímenes de la Seguridad Social.»

3. El artículo 106 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional queda redactado de la siguiente forma:

«Las plazas existentes para el acceso a militar de empleo de la categoría de oficial se anunciarán mediante convocatoria pública y serán cubiertas, por los procedimientos de selección que reglamentariamente se determinene, de acuerdo con el artículo 44 de esta Ley.»

4. El artículo 107 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, queda redactado de la siguiente forma:

«Las plazas existentes para el acceso a militar de empleo de la categoría de tropa y marinería profesionales se anunciarán mediante convocatoria pública y serán cubiertas por los procedimientos de selección que reglamentariamente se determinen, de acuerdo con el artículo 44 de esta Ley.»

Sexta.—Adaptación de voluntarios especiales.

Quienes a la entrada en vigor de esta Ley tengan la condición de voluntarios especiales quedarán integrados en esa fecha como militares de empleo de la categoría de tropa y marinería profesionales manteniendo sus compromisos y los derechos que tuvieran adquiridos, así como su régimen retributivo en tanto no se determine reglamentariamente el que les corresponda.

Séptima.—Modificación del Código Penal.

Se añade una Sección Tercera al Capítulo Segundo bis del Título Primero del Libro Segundo del Código Penal, cuyo contenido queda redactado como sigue:

«Sección Tercera

De los delitos contra el deber de prestación del servicio militar

Art. 135 bis. h). El que citado reglamentariamente para el cumplimiento del servicio militar u otras obligaciones militares no efectuare sin causa legal su incorporación a las Fuerzas Armadas en el plazo fijado para ello, será castigado con la pena de arresto mayor en su grado máximo a prisión menor en su grado mínimo. En tiempo de guerra se impondrá la pena de prisión menor, en sus grados medio o máximo, o la de prisión mayor en su grado mínimo.

Art. 135 bis. i). El que citado reglamentariamente para el cumplimiento del servicio militar u otras obligaciones militares y sin haberse incorporado a las Fuerzas Armadas rehusare sin causa legal este cumplimiento será castigado con la pena de prisión menor en su grado medio o máximo y la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. En tiempo de guerra se impondrá la pena de prisión mayor o la de reclusión menor en su grado mínimo. Una vez cumplida la condena impuesta el penado quedará

exento del cumplimiento del servicio militar, excepto en caso de movilización por causa de guerra.»

Octava.—Modificaciones del Código Penal Militar.

1. Se introduce un párrafo tercero en el artículo 102 del Código Penal Militar, con la siguiente redacción:

«Si la desobediencia consistiera en rehusar permanentemente el cumplimiento de las obligaciones militares, se impondrá la pena de dos años y cuatro meses a seis años de prisión y la de pérdida de empleo.»

2. El artículo 119 del Código Penal Militar queda redactado como sigue:

«El militar profesional que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia por más de tres días o no se presentare, pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. En tiempo de guerra, la ausencia por más de veinticuatro horas será castigada con la pena de prisión de tres a diez años.»

3. Se añade un artículo 119 bis al Código Penal Militar, cuyo contenido queda redactado como sigue:

«El militar de reemplazo que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia por más de quince días o no se presentare, pudiendo hacerlo, transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. En tiempo de guerra, la ausencia por más de veinticuatro horas será castigada con la pena de prisión de tres a diez años.»

4. El artículo 120 del Código Penal Militar queda redactado como sigue:

«Comete deserción el militar que con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia. Será castigado con la pena de dos años y cuatro meses a seis años de prisión. En tiempo de guerra será castigado con la pena de prisión de seis a quince años.»

5. Quedan sin contenido los artículos 105, 124, 127 y 128 del Código Penal Militar.

Novena.—Modificaciones de la Ley Procesal Militar.

Las infracciones 1.ª y 2.ª del artículo 384 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar quedarán redactadas como sigue:

«1.ª Delitos de abandono de destino o residencia tipificados en los artículos 119 y 119 bis del Código Penal Militar.

2.ª Delitos de deserción tipificados en el artículo 120 del Código Penal Militar, y de quebrantamientos especiales del deber de presencia tipificados en el artículo 123 del Código Penal Militar.»

Décima.—Modificaciones del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas.

1. El artículo tercero de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas queda redactado como sigue:

«Están sujetos a lo dispuesto en la presente Ley los militares de carrera y los militares de empleo que mantienen una relación de servicios profesionales, salvo que, según lo previsto en la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, pasen a situaciones administrativas en las que dejen de estar sujetos al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares.

A los militares de reemplazo les será de aplicación durante la prestación del servicio militar. También les será de aplicación a los españoles que se incorporen a prestar servicio en las Fuerzas Armadas, por aplicación de la legislación reguladora de la movilización nacional.»

2. El apartado 9 del artículo octavo de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas queda redactado como sigue:

«9. La ausencia del destino sin autorización por un plazo inferior a veinticuatro horas de los militares profesionales y a siete días de los militares de reemplazo.»

3. El apartado 15 del artículo octavo de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas queda redactado como sigue:

«15. Ofender a un subordinado o compañero con acciones o palabras indecorosas o indignas.»

4. El apartado 18 del artículo noveno de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas queda redactado como sigue:

«18. Realizar acciones que supongan vejación o menosprecio a subordinados o compañeros, dejar de auxiliar al compañero en peligro o llevar a cabo acciones u omisiones contrarias a la dignidad militar susceptibles de producir descrédito o menosprecio de las Fuerzas Armadas.»

5. El apartado 23 del artículo noveno de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas queda redactado como sigue:

«23. En tiempo de paz, la ausencia del destino sin autorización en el plazo de veinticuatro horas a tres días de los militares profesionales y de siete a quince días de los militares de reemplazo.»

6. Se añade un segundo párrafo al artículo 64 de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas con la siguiente redacción:

«Para los militares de empleo la separación del servicio supondrá la resolución del compromiso que tuvieron contraído.»

7. La disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, queda redactada como sigue:

«1. Los alumnos de los centros docentes militares de formación estarán sujetos a lo previsto en esta Ley, teniendo en cuenta que las sanciones por infracciones disciplinarias militares se cumplirán en el propio centro y sin perjuicio de la participación del alumno en las actividades académicas y que el expediente disciplinario que se incoe por falta grave podrá tener como resultado la baja del alumno en el centro docente militar. La potestad para imponer dicha sanción corresponderá al Secretario de Estado de Administración Militar. Contra dicha sanción se podrá interponer recurso ante el Ministro de Defensa.

2. Las infracciones de carácter académico no están incluidas en el régimen disciplinario militar. Dichas infracciones y las correspondientes sanciones, que no podrán suponer para el alumno restricción o privación de libertad, se determinarán en las normas de régimen interior de los centros docentes militares que apruebe el Ministro de Defensa.»

Undécima.—Mérito de servicios prestados.

El tiempo de servicio en las Fuerzas Armadas como militar de reemplazo o militar de empleo, se considerará como mérito para el ingreso en la Administración militar, en la Guardia Civil, en el Cuerpo Nacional de Policía o en las Policías Autonómicas de las respectivas Comunidades Autónomas y para el acceso a puestos de trabajo del Ministerio de Defensa y sus Organismos Autónomos, de la forma que reglamentariamente se determine.

Duodécima.—Título competencial.

El artículo 55.3 y la Disposición Adicional undécima de esta Ley se dictan al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.1.ª, 18.ª y 30.ª de la Constitución.

Decimotercera.—Modificaciones de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria:

1. Se da nueva redacción al artículo 3.º, apartado 1, de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre:

«1. En el escrito de solicitud se harán constar, además de los datos personales y de la situación militar del interesado, los motivos de conciencia que se oponen al cumplimiento del servicio militar, así como las aptitudes y las preferencias para realizar la prestación social sustitutoria. Asimismo, el interesado podrá aportar cuantos documentos y testimonios estime pertinente a fin de acreditar las manifestaciones alegadas.»

2. Se da nueva redacción al artículo 8.º, apartado 1, de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre:

«1. El régimen de la prestación social sustitutoria comprenderá las situaciones de disponibilidad, actividad y reserva.»

3. Se da nueva redacción al artículo 8.º, apartado 3, de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre:

«3. En la situación de actividad, el objetor realizará las actividades propias de la prestación social sustitutoria en un régimen análogo así establecido para el servicio militar. La duración de la situación de actividad será fijada por el Gobierno mediante Real Decreto. En todo caso, comprenderá un período de tiempo que no será inferior a trece meses ni superior a dieciocho.»

4. Se da nueva redacción al artículo 8.º, apartado 4, de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre:

«4. La situación de reserva empezará el día siguiente del término de la situación de actividad y se extenderá hasta el 31 de diciembre del tercer año posterior a la finalización de la prestación social sustitutoria del servicio militar. En esta situación, el Gobierno podrá acordar la reincorporación de los objetores en los supuestos previstos en la normativa sobre servicio militar y movilización nacional, a fin de realizar las tareas previstas en el artículo 6.º 4, de la presente Ley.»

5. Se da nueva redacción al artículo 9.º de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre:

«Los aplazamientos y exenciones de la prestación social sustitutoria del servicio militar serán regulados en el Reglamento que desarrolle esta Ley de forma que dicha prestación quede equiparada en estas materias con el servicio militar.»

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—Duración del servicio militar.

1. La duración de nueve meses del servicio militar será de aplicación a partir del reemplazo que se incorpore a las Fuerzas Armadas en el año 1992. El Ministro de Defensa establecerá la reducción del tiempo del servicio militar del último llamamiento incorporado en el año 1991.

2. A los que a la entrada en vigor de la presente Ley se encontrasen prestando el Servicio Militar acogidos a la reducción del servicio en filas por tener veintiocho o más años de edad, se les mantendrá la duración de seis meses.

Segunda.—Permanencia en reserva del servicio militar.

El pase a la reserva del servicio militar, con arreglo a lo previsto en esta Ley, será de aplicación a partir del reemplazo correspondiente al año 1991. El personal que hubiera prestado el servicio militar en reemplazos anteriores, permanecerá en reserva hasta el 31 de diciembre del año en que se indica en el siguiente calendario:

- Los nacidos en los años 1968 y anteriores: 1991.
- Los nacidos en el año 1969: 1992.

— Los nacidos en el año 1970: 1993.

— Los nacidos en los años 1971 y posteriores: 1994.

Tercera.—Voluntarios normales y Cruz Roja.

1. Los voluntarios normales que a la entrada en vigor de esta Ley se encuentren prestando el servicio militar podrán reducir su compromiso a doce meses, conservando todos los demás derechos y obligaciones.

2. Quienes a la entrada en vigor de esta Ley hubiesen sido admitidos para prestar el servicio militar como voluntarios normales podrán incorporarse en condiciones de tales para prestar un servicio de doce meses y con los derechos reconocidos en la convocatoria.

3. Los que se incorporen a prestar el servicio voluntario en la Cruz Roja durante el año 1992 se ajustarán a lo previsto en sus respectivas convocatorias, con una duración del servicio de doce meses.

Cuarta.—Voluntariado especial en la Guardia Civil.

Hasta que se determine reglamentariamente el régimen de los militares de empleo en la Guardia Civil y por un período máximo de dos años a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se mantendrá el voluntariado especial en la Guardia Civil.

Quinta.—Alumnos de los Institutos Politécnicos del Ejército de Tierra.

Quienes a la entrada en vigor de esta Ley se encuentren cursando estudios como alumnos de los Institutos Politécnicos del Ejército de Tierra, podrán incorporarse a las Fuerzas Armadas como militares de empleo en las condiciones vigentes en el momento de su ingreso en los citados Institutos.

Sexta.—Normas reglamentarias.

Hasta la entrada en vigor de las normas reglamentarias que desarrollen la presente Ley, será de aplicación el Reglamento de la Ley del Servicio Militar aprobado por Real Decreto 611/1986, de 21 de marzo, en cuanto no se oponga a lo dispuesto en la presente Ley.

Séptima.—Aplicación de preceptos penales y disciplinarios:

1. Los preceptos penales y disciplinarios de la presente Ley se aplicarán a las infracciones que se cometan a partir de su entrada en vigor. Igualmente se aplicarán a las infracciones cometidas con anterioridad cuando las disposiciones de esta Ley sean más favorables, previa audiencia de los infractores, de modo que los hechos punibles incluidos en la anterior redacción del artículo 120 del Código Penal Militar cometidos hasta la entrada en vigor de esta Ley, sean sancionados conforme a lo dispuesto en el artículo 119 bis del Código Penal Militar o en los artículos 8.9 y 9.23 de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas. Se revisarán de oficio o a instancia de parte las Sentencias firmes no ejecutadas.

2. Los Tribunales Militares y los Jueces Togados Militares remitirán a los órganos judiciales de la Jurisdicción Ordinaria los procedimientos que sigan por delitos de no incorporación a filas o por negativa a la prestación del servicio militar, cualquiera que sea su estado procesal incluso si estuviese señalada vista. Los recursos de casación interpuestos contra Sentencias que hayan enjuiciado estos delitos continuarán la tramitación hasta su fallo.

Los Jueces y Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria competentes para el enjuiciamiento de los delitos objeto de comprobación y esclarecimiento en estos procedimientos aplicarán los artículos 124 y 127 del Código Penal Militar que se derogan.

3. Quienes a la entrada en vigor de esta Ley y por aplicación de los artículos 124 y 127 del Código Penal Militar derogados hayan sido objeto de condena, cumplirán las penas de privación de libertad en establecimientos penitenciarios comunes.

Octava.—Régimen transitorio de la prestación social sustitutoria.

1. La duración de la situación de actividad en el régimen de la prestación social sustitutoria del servicio militar que fije el Gobierno, de acuerdo con lo previsto en esta

Ley, será de aplicación a quienes se incorporen a la prestación social sustitutoria a partir de 1992. El Ministro de Justicia establecerá el calendario de reducción del tiempo de prestación de quienes se hayan incorporado con anterioridad, que conservarán, en cuanto lo tuvieran con arreglo a la normativa anterior, el derecho a que se les reduzca a la mitad los dieciocho meses que inicialmente debían prestar.

2. El pase a la situación de reserva de la prestación social sustitutoria del servicio militar, con arreglo a lo previsto en la presente Ley, será de aplicación a los incorporados a partir del segundo semestre de 1990. Los objetores que hubieren prestado el servicio militar o realizado la prestación social sustitutoria con anterioridad al 30 de junio de 1990 permanecerán en reserva hasta el 31 de diciembre del año que se indica a continuación:

- Los nacidos en los años 1968 y anteriores: 1991.
- Los nacidos en el año 1969: 1992.
- Los nacidos en el año 1970: 1993.
- Los nacidos en los años 1971 y posteriores: 1994.

DISPOSICION DEROGATORIA

Quedan derogadas las siguientes disposiciones: La Ley 19/1984, de 8 de junio, del Servicio Militar; el Decreto-Ley 22/1963, de 21 de noviembre, sobre Servicio Militar de Mineros; la Ley 151/1963, de 2 de diciembre, sobre el haber a percibir «en mano» por la Tropa, y cuantas otras disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en la presente Ley.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.—Formación de los militares de carrera.

Todos los asuntos relacionados con el servicio militar estarán incluidos en los planes de estudios de los centros docentes militares de formación y en los cursos de perfeccionamiento de carácter general de los militares de carrera.

Segunda.—Servicio en organizaciones con fines de interés general.

1. El Gobierno, teniendo en cuenta las necesidades del planeamiento de la defensa militar, podrá asignar efectivos al servicio en la Cruz Roja u otras organizaciones con fines de interés general. Dicho servicio se ajustará a las normas reglamentarias vigentes y a las que dicte el Gobierno, teniendo en cuenta que el encuadramiento de este personal y la dirección del servicio que realicen será efectuada por las organizaciones a las que vayan destinados con independencia de la Administración Militar.

2. La prestación de este servicio tendrá los mismos efectos que los del servicio militar. Su duración será de once meses si se realiza con carácter voluntario y la misma que el servicio militar obligatorio en caso contrario.

Tercera.—Cuerpo Nacional de Policía y Policías Autonómicas.

La permanencia en el Cuerpo Nacional de Policía o en las Policías Autonómicas de las respectivas Comunidades Autónomas durante un período mínimo de cinco años tendrá los mismos efectos que la prestación del servicio militar.

Cuarta.—Reconocimientos médicos.

A los efectos de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 10 de esta Ley, se habilita al Ministerio de Defensa para que pueda establecer Convenios de colaboración con el Ministerio de Sanidad y Consumo y con el resto de las Administraciones Públi-

cas para la realización de las pruebas de aptitud psicofísica para el cumplimiento del servicio militar.

Quinta.—Carácter de Ley Ordinaria.

Tienen el carácter de Ley Ordinaria los siguientes preceptos de esta Ley: 1 a 38, 40.2, 41, 42, 52 a 55, 56.2 a 58. Disposiciones Adicionales primera a sexta y undécima a decimotercera; Transitorias primera a sexta y octava; Derogatoria y Finales primera a cuarta.

Sexta.—Entrada en vigor.

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el 31 de diciembre de 1991.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

LEY ORGANICA 1/1992, de 21 de febrero, Jefatura del Estado (BOE 46/92 de 22 de febrero)

Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana

EXPOSICION DE MOTIVOS

La protección de la seguridad ciudadana y el ejercicio de las libertades públicas constituyen un binomio inseparable, y ambos conceptos son requisitos básicos de la convivencia en una sociedad democrática.

La Constitución, por otra parte, establece una atribución genérica de competencia al Estado en materia de seguridad pública (art. 149.1.29) y, específicamente, atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, la tarea de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y de garantizar la seguridad ciudadana (art. 104.1), afectando en su regulación al ejercicio de algunos derechos fundamentales, como el derecho a la libertad, a la libre circulación por el territorio nacional y a entrar y salir libremente de España o al derecho de reunión.

Desde la promulgación de la Constitución, en un proceso ininterrumpido, las Cortes Generales han tratado de mantener un positivo equilibrio entre libertad y seguridad, habilitando a las autoridades correspondientes para el cumplimiento de sus deberes constitucionales en materia de seguridad, mediante la aprobación de Leyes Orgánicas generales como la de 1 de junio de 1981, de los estados de alarma, excepción y sitio; la de 1 de julio de 1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, o la de 13 de marzo de 1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Asimismo, se han aprobado Leyes especiales, como la de 15 de julio de 1983, sobre Protección Civil, o la de 25 de julio de 1989, de Bases sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial; incluyéndose, asimismo, medidas de prevención de la violencia en los espectáculos deportivos mediante la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, que dedica a la materia su Título IX.

Para completar, sin embargo, las facultades o potestades de las autoridades actualizadas y adecuadas a la Constitución y con la finalidad de proteger la seguridad ciudadana, se considera necesario establecer el ámbito de responsabilidad de las autoridades administrativas en materias como la fabricación, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos; concentraciones públicas en espectáculos; documentación personal de nacionales y extranjeros en España; así como regular ciertas actividades de especial interés y responsabilidad para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

La consideración de fenómenos colectivos que implican la aparición de amenazas,

coacciones violentas, con graves repercusiones en el funcionamiento de los servicios públicos y en la vida ciudadana determina, a su vez, la necesidad de un tratamiento adecuado a la naturaleza de dichos fenómenos y adaptado a las exigencias constitucionales.

Con todo ello, viene a completarse, la derogación formal de la Ley de Orden Público, tan emblemática del régimen político anterior y que ha caído prácticamente en desuso, con independencia de que en varios aspectos de su articulado haya sido expresamente derogada.

En el Capítulo segundo de la nueva Ley, se regulan las actividades relacionadas con armas y explosivos, habilitando la intervención del Estado en todo el proceso de producción y venta, así como en la tenencia y uso de los mismos, reconociendo el alcance restrictivo de las autorizaciones administrativas para ello, regulando la prohibición de ciertas armas, municiones y explosivos especialmente peligrosos y considerando como sector con regulación específica en materia de establecimiento la fabricación, comercio o distribución de armas o explosivos.

Se disponen, asimismo, las finalidades a que tenderán las medidas de policía que deberá dictar el Gobierno en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas, dejando a salvo las competencias que, en este punto, tienen reconocidas las Comunidades Autónomas mediante sus correspondientes Estatutos.

Se establece, también, el derecho y el deber de obtener el Documento Nacional de Identidad a partir de los catorce años, que tendrá por sí solo suficiente valor para acreditar la identidad de los ciudadanos, garantizando en todo caso el respeto al derecho a la intimidad de la persona, sin que los datos que en el mismo figuren puedan ser relativos a raza, religión, opinión, ideología, afiliación política o sindical, o creencias. Se regula la expedición del pasaporte o documento que lo sustituya, y se establece, por otra parte, el deber de identificación de los extranjeros que se hallen en España, sin que puedan ser privados de esta documentación, salvo en los mismos supuestos previstos para el Documento Nacional de Identidad.

Finalmente, se habilita al Gobierno para llevar a cabo la regulación de ciertas actuaciones de registro documental e información de actividades cada vez de mayor relevancia para la seguridad ciudadana, entre las que se comprende la circulación de embarcaciones de alta velocidad, así como el deber de determinadas entidades o establecimientos, que generen riesgos directos para terceros o sean especialmente vulnerables, de adoptar las medidas de seguridad que fueren precisas.

En el Capítulo III se habilita para realizar actuaciones dirigidas al mantenimiento y al restablecimiento de la seguridad ciudadana, particularmente en supuestos de desórdenes colectivos o de inseguridad pública graves. Quedan, así, facultadas las autoridades para el cierre de locales o establecimientos y para la evacuación de inmuebles en situaciones de emergencia o en circunstancias que lo hagan imprescindible, así como para la suspensión de los espectáculos, desalojo de locales y cierre provisional de establecimientos cuando en los mismos tuvieran lugar graves alteraciones del orden. Se prevé la limitación o restricción de la circulación o permanencia en vías o lugares públicos en supuestos de alteración del orden o la seguridad ciudadana. Se posibilita el establecimiento de controles en las vías, lugares o establecimientos públicos, con el fin de descubrir y detener a los partícipes en un hecho delictivo y de aprehender los instrumentos, efectos o pruebas del mismo.

Se regulan las condiciones en que los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, siempre que ello fuese necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que les corresponden, podrán requerir la identificación de las personas. Si no pudieran identificarse por cualquier medio, podrán ser instadas a acudir a una dependencia policial próxima a los solos efectos de la identificación. No se altera, pues, el régimen vigente del instituto de la detención, que sólo podrá seguir produciéndose

cuando se trate de un sospechoso de haber cometido un delito y no por la imposibilidad de identificación. Lo que se prevén son supuestos de resistencia o negativa infundada a la identificación, que tendrían las consecuencias que para tales infracciones derivan del Código Penal vigente.

Se regulan, asimismo, las condiciones y términos en que, conforme a lo permitido por la Constitución y las leyes, podrá prescindirse del mandamiento judicial para penetrar en domicilios, en lo que se refiere a las tareas de persecución de fenómenos delictivos tan preocupantes para la seguridad de los ciudadanos como son los relacionados con el narcotráfico.

El Capítulo IV establece un régimen sancionador que permite el cumplimiento de las finalidades de la Ley y de las correspondientes garantías constitucionales. Tipifica las infracciones contra la seguridad ciudadana, haciendo la graduación entre infracciones muy graves, infracciones graves e infracciones leves; comprendiéndose específicamente entre las infracciones graves el consumo en lugares públicos y la tenencia ilícita de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, las cuales podrán ser sancionadas, además, con la suspensión del permiso de conducir de vehículos de motor hasta tres meses, y con la retirada de permisos o licencias de armas. Atendiendo al fin resocializador y no exclusivamente retributivo de la sanción, se regula en la presente Ley, para estos supuestos, la posibilidad de suspensión de las sanciones en los casos en los que el infractor se someta a un tratamiento de deshabitación en un centro o servicio debidamente acreditado. Asimismo, este Capítulo IV determina las sanciones que cabe imponer y las autoridades competentes para ello, estableciendo un procedimiento sancionador con las debidas garantías. Por otra parte, se dispone la obligación del Ministerio Fiscal de remitir testimonio de las sentencias absolutorias o autos de sobreseimiento y archivo, cuando los hechos no sean constitutivos de infracción penal, si pudieran constituir infracción administrativa de las previstas en esta Ley.

Por último, la presente Ley, en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional, en las disposiciones finales primera y segunda, así como en los artículos 2 y concordantes, es claramente respetuosa con el sistema competencial que se desprende de la Constitución, tal como es definido por los artículos 104 y 149.1.29, por la Ley Orgánica 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y por los Estatutos de Autonomías de las Comunidades con competencias en esta materia. Asimismo, las autoridades locales seguirán ejerciendo las facultades que les corresponden, de acuerdo con al Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y la legislación de Régimen Local, espectáculos públicos y actividades clasificadas.

Se estima que así puede facilitarse y orientarse la tarea de proteger un ámbito de seguridad y convivencia en el que sea posible el ejercicio de derechos y libertades, mediante la eliminación de la violencia en las relaciones sociales y la remoción de los obstáculos que se opongan a la plenitud de dichas libertades y derechos, todo lo cual entraña una de las principales razones de ser de las autoridades a que se refiere la presente Ley y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a sus órdenes.

Capítulo I

DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1

1. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 149.1.29 y 104 de la Constitución corresponde al Gobierno, a través de las autoridades y de las Fuerzas y Cuerpos

de Seguridad a sus órdenes, proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, crear y mantener las condiciones adecuadas a tal efecto, y remover los obstáculos que lo impidan, sin perjuicio de las facultades y deberes de otros poderes públicos.

2. Esta competencia comprende el ejercicio de las potestades administrativas previstas en esta Ley, con la finalidad de asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como la de prevenir la comisión de delitos y faltas.

ARTÍCULO 2

1. A los efectos de esta Ley, son autoridades competentes en materia de seguridad:

- a) El Ministro del Interior.
- b) Los titulares de los órganos superiores y órganos directivos del Ministerio del Interior a los que se atribuya tal carácter, en virtud de disposiciones legales o reglamentarias.
- c) Los Gobernadores Civiles y los Delegados del Gobierno en Ceuta y en Melilla.
- d) Los Delegados del Gobierno en ámbitos territoriales menores que la provincia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las autoridades locales seguirán ejerciendo las facultades que les corresponden, de acuerdo con al Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y la legislación de Régimen Local, Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, así como de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas.

ARTÍCULO 3

1. Además de las competencias reguladas en otras leyes, corresponden al Ministerio del Interior las competencias en materias de armas y explosivos; espectáculos públicos y actividades recreativas; documentación e identificación personal, y prevención, mantenimiento y restablecimiento de la seguridad ciudadana, reguladas en la presente Ley.

2. Corresponde, asimismo, al Ministerio del Interior la planificación, coordinación y control generales de la seguridad de las personas, edificios, instalaciones, actividades y objetos de especial interés, proponiendo o disponiendo la adopción de las medidas, o la aprobación de las normas que sean necesarias.

ARTÍCULO 4

1. En las materias sujetas a potestades administrativas de policía especial o atribuidas expresamente a órganos dependientes del Ministerio del Interior, éstos sólo podrán intervenir en la medida necesaria para asegurar la consecución de las finalidades previstas en el apartado 2 del artículo 1.

2. Dichos órganos, a través de sus agentes, deberán prestar el auxilio ejecutivo necesario a cualesquiera otras autoridades públicas que lo requieran para asegurar el cumplimiento de las leyes.

ARTÍCULO 5

1. Todas las autoridades y funcionarios públicos en el ámbito de sus competencias deberán colaborar con las autoridades a que se refiere el artículo 2 de la presente Ley y prestarles el auxilio que sea posible y adecuado para la consecución de las finalidades prevenidas en el artículo 1.

2. También podrán las autoridades competentes a los efectos de esta Ley y los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en caso necesario y en la medida indispensable para el cumplimiento de las funciones que les encomienda la presente Ley, recabar de los particulares su ayuda y colaboración, siempre que no implique riesgo personal para los mismos, y disponer de lo estrictamente preciso para asegurar el cumplimiento de las leyes y el ejercicio de los derechos. Quienes sufran daños o perjuicios por estas causas, serán indemnizados de acuerdo con las leyes.

3. Todas las autoridades públicas y sus agentes que tuvieren conocimiento de hechos que perturben gravemente la seguridad ciudadana y, en consecuencia, el ejercicio de derechos constitucionales, deberán ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial o gubernativa.

Capítulo II**MEDIDAS DE ACCION PREVENTIVA Y VIGILANCIA****Sección primera*****Armas y explosivos*****ARTÍCULO 6**

1. En el ejercicio de la competencia que le reconoce el artículo 149.1.26 de la Constitución, la Administración del Estado establecerá los requisitos y condiciones de la fabricación y reparación de armas, sus imitaciones y réplicas, y de sus piezas fundamentales; explosivos, cartuchería y artificios pirotécnicos; así como los de su circulación, almacenamiento y comercio, su adquisición y enajenación; su tenencia y utilización. Del mismo modo podrá adoptar las medidas de control necesarias para el cumplimiento de aquellos requisitos y condiciones.

2. Las autoridades y servicios a los que corresponda ejercer la intervención, podrán efectuar en cualquier momento las inspecciones y comprobaciones que sean necesarias en los diferentes locales de las fábricas, talleres, depósitos, comercios y lugares de utilización de armas y explosivos.

ARTÍCULO 7

1. Se faculta al Gobierno para reglamentar las materias y actividades a que se refiere el artículo anterior, en atención a las circunstancias que puedan concurrir en los distintos supuestos:

a) Mediante la sujeción de la apertura y funcionamiento de las fábricas, talleres, depósitos, establecimientos de venta y lugares de utilización y las actividades relacionadas con ellas a requisitos de catalogación o clasificación, autorización, información,

inspección, vigilancia y control, así como a requisitos especiales de habilitación para el personal encargado de su manipulación.

b) Mediante la obligatoriedad de licencias o permisos para la tenencia y uso de armas de fuego cuya expedición tendrá carácter restrictivo, especialmente cuando se trate de armas de defensa personal, en relación con las cuales la concesión de las licencias o permisos se limitará a supuestos de estricta necesidad.

c) Mediante la prohibición de ciertas armas, municiones y explosivos, especialmente peligrosos, así como el depósito de los mismos.

2. La fabricación, comercio o distribución de armas y explosivos constituye sector con regulación específica en materia de derecho de establecimiento, en los términos del artículo 20.2 de la Ley de Inversiones Extranjeras en España y en todo caso bajo el control de los Ministerios de Defensa y del Interior.

Sección segunda

Espectáculos públicos y actividades recreativas

ARTÍCULO 8

1. Todos los espectáculos y actividades recreativas de carácter público quedarán sujetos a las medidas de policía administrativa que dicte el Gobierno, en atención a los fines siguientes:

a) Garantizar la seguridad ciudadana frente a los riesgos que, para las personas o sus bienes, se puedan derivar del comportamiento de quienes organicen un espectáculo o actividad recreativa, participen en ellos o los presencien.

b) Asegurar la pacífica convivencia cuando pudiera ser perturbada por la celebración del espectáculo o el desarrollo de la actividad.

c) Limitar las actividades de los locales y establecimientos públicos a las que estuvieren autorizadas, e impedir, en todo caso, el ejercicio en ellos de cualesquiera otras que estuvieren prohibidas.

d) Fijar las condiciones a las que habrán de ajustarse la organización, venta de localidades y horarios de comienzo y terminación de los espectáculos o actividades recreativas, siempre que sea necesario, para que su desarrollo transcurra con normalidad.

2. Los espectáculos deportivos quedarán, en todo caso, sujetos a las medidas de prevención de la violencia que se disponen en el Título IX de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.

Sección tercera

Documentación e identificación personal

ARTÍCULO 9

1. Todos los españoles tendrán derecho a que se les expida el Documento Nacional de Identidad, que gozará de la protección que los documentos públicos y oficiales otorgan las leyes, y que tendrá, por sí sólo, suficiente valor para la acreditación de la identidad de las personas.

2. El Documento Nacional de Identidad será obligatorio a partir de los catorce años. Dicho documento es intransferible, correspondiendo a su titular la custodia y con-

servación, sin que pueda ser privado del mismo, ni siquiera temporalmente, salvo los supuestos en que, conforme a lo previsto por la Ley, haya de ser sustituido por otro documento.

3. En el Documento Nacional de Identidad figurarán la fotografía y la firma de su titular, así como los datos personales que se determinen reglamentariamente, respetando el derecho a la intimidad de la persona, y sin que, en ningún caso, puedan ser relativos a raza, religión, opinión, ideología, afiliación política o sindical o creencias.

ARTÍCULO 10

1. Los españoles podrán entrar en el territorio nacional, en todo caso, acreditando su nacionalidad. Los que pretendan salir de España habrán de estar provistos de pasaporte o documento que reglamentariamente se establezca en los términos de los Acuerdos internacionales suscritos por España, que tendrán la misma consideración que el Documento Nacional de Identidad.

2. El pasaporte o documento que lo supla se expedirá a los ciudadanos españoles, salvo que el solicitante haya sido condenado a penas o medidas de seguridad que conlleven la privación o limitación de su libertad de residencia o de movimiento, mientras no se hayan extinguido, o cuando haya prohibido su expedición o la salida de España la autoridad judicial respecto al interesado que se halle inculcado en un proceso penal. A los incluidos en la primera de las excepciones indicadas, se les expedirán, no obstante, los referidos documentos siempre que obtengan autorización del órgano judicial competente.

3. El pasaporte o documento que lo sustituya se expedirá a quien se encuentre sujeto a patria potestad o tutela si cuenta con autorización de quien la ejerza o, en defecto de ésta, del órgano judicial competente.

4. El pasaporte o documento que lo supla podrá ser retirado por la misma autoridad a quien corresponda su expedición, si sobrevinieren las circunstancias determinantes de su denegación, como consecuencia de las resoluciones judiciales a que se refiere el apartado 2. En tales casos, y en la medida que el Documento Nacional de Identidad sea documento supletorio del pasaporte, se proveerá a su titular de otro documento a los solos efectos de identificación.

ARTÍCULO 11

Los extranjeros que se encuentren en territorio español están obligados a disponer de la documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legalmente en España, con arreglo a lo dispuesto en las normas vigentes. No podrán ser privados de esta documentación salvo en los mismos supuestos previstos para el Documento Nacional de Identidad.

Sección cuarta

Actividades relevantes para la seguridad ciudadana

ARTÍCULO 12

1. Las personas naturales o jurídicas que desarrollen actividades relevantes para la seguridad ciudadana, como las de hospedaje, el comercio o reparación de objetos usa-

dos, el alquiler o el desaguace de vehículos de motor, o la compraventa de joyas y metales preciosos, deberán llevar a cabo las actuaciones de registro documental e información previstas en la normativa vigente.

2. Por razones de seguridad podrá someterse a restricciones la navegación de embarcaciones de alta velocidad, debiendo sus titulares realizar las actuaciones de registro documental e información previstas en la normativa vigente.

3. Del mismo modo el Gobierno podrá acordar la necesidad de registro para la fabricación, almacenamiento y comercio de productos químicos susceptibles de ser utilizados en la elaboración o transformación de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas y otras gravemente nocivas para la salud.

Sección quinta

Medidas de seguridad en establecimientos e instalaciones

ARTÍCULO 13

1. El Ministerio del Interior podrá ordenar, conforme a lo que se disponga reglamentariamente, la adopción de las medidas de seguridad necesarias en establecimientos e instalaciones industriales, comerciales y de servicios, para prevenir la comisión de los actos delictivos que se puedan cometer contra ellos, cuando generen riesgos directos para terceros o sean especialmente vulnerables.

2. No obstante, las autoridades competentes podrán eximir de la implantación o el mantenimiento de medidas de seguridad obligatorias a los establecimientos, cuando las circunstancias que concurren en el caso concreto las hicieren innecesarias o improcedentes.

3. La apertura de los establecimientos que estén obligados a la adopción de medidas de seguridad, estará condicionada a la comprobación, por las autoridades competentes, de la idoneidad y suficiencia de las mismas.

4. Los titulares de los establecimientos e instalaciones serán responsables de la adopción o instalación de las medidas de seguridad obligatorias, de acuerdo con las normas que respectivamente las regulen, así como de su efectivo funcionamiento y de la consecución de la finalidad protectora y preventiva propia de cada medida, sin perjuicio de la responsabilidad en que al respecto puedan incurrir sus empleados.

Capítulo III

ACTUACIONES PARA EL MANTENIMIENTO Y RESTABLECIMIENTO DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

ARTÍCULO 14

Las autoridades competentes, de acuerdo con las leyes y reglamentos, podrán dictar las órdenes o prohibiciones y disponer las actuaciones policiales estrictamente necesarias para asegurar la consecución de las finalidades previstas en el artículo 1 de esta Ley.

ARTÍCULO 15

La autoridad competente podrá acordar, como medidas de seguridad extraordinarias, el cierre o desalojo de locales o establecimientos, la evacuación de inmuebles o el depósito de explosivos, en situaciones de emergencia que las circunstancias del caso hagan imprescindibles y mientras éstas duren.

ARTÍCULO 16

1. Las autoridades a las que se refiere la presente Ley adoptarán las medidas necesarias para proteger la celebración de reuniones o manifestaciones y de espectáculos públicos, procurando que no se perturbe la seguridad ciudadana. Sin embargo, podrán suspender los espectáculos y disponer el desalojo de los locales y el cierre provisional de los establecimientos públicos mientras no existan otros medios para evitar las alteraciones graves de la seguridad que se estuvieren produciendo.

2. Dichas autoridades, por medio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, podrán disolver, en la forma que menos perjudique, las reuniones en lugares de tránsito público y las manifestaciones, en los supuestos prevenidos en el artículo 5 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión. También podrán disolver las concentraciones de vehículos en las vías públicas y retirar aquéllos o cualesquiera otra clase de obstáculos cuando impidieran, pusieran en peligro o dificultaran la circulación por dichas vías.

ARTÍCULO 17

1. Antes de llevar a efecto las medidas a que se refieren los artículos anteriores, las unidades actuantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán avisar de tales medidas a las personas afectadas.

2. En el caso de que se produzcan alteraciones de la seguridad ciudadana con armas o con otros medios de acción violenta, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán disolver la reunión o manifestación o retirar los vehículos y obstáculos, sin necesidad de previo aviso.

3. En los casos a que se refieren los artículos anteriores, los empleados de empresas privadas de vigilancia y seguridad, si los hubiere, deberán colaborar con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, respecto del interior de los locales o establecimientos en que prestaren servicio.

ARTÍCULO 18

Los agentes de la autoridad podrán realizar, en todo caso, las comprobaciones necesarias para impedir que en las vías, lugares y establecimientos públicos se porten o utilicen ilegalmente armas, procediendo a su ocupación. Podrán proceder a la ocupación temporal, incluso de las que se lleven con licencia o permiso y de cualesquiera otros medios de agresión, si se estima necesario, con objeto de prevenir la comisión de cualquier delito, o cuando exista peligro para la seguridad de las personas o de las cosas.

ARTÍCULO 19

1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán limitar o restringir, por el tiempo imprescindible, la circulación o permanencia en vías o lugares públicos en supuestos de alteración del orden, la seguridad ciudadana o la pacífica convivencia, cuando fuere necesario para su restablecimiento. Asimismo, podrán ocupar preventivamente los efectos o instrumentos susceptibles de ser utilizados para acciones ilegales, dándoles el destino que legalmente proceda.

2. Para el descubrimiento y detención de los partícipes en un hecho delictivo causante de grave alarma social y para la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas del mismo, se podrán establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos, en la medida indispensable a los fines de este apartado, al objeto de proceder a la identificación de las personas que transiten o se encuentren en ellos, al registro de los vehículos y al control superficial de los efectos personales con el fin de comprobar que no se portan sustancias o instrumentos prohibidos o peligrosos. El resultado de la diligencia se pondrá de inmediato en conocimiento del Ministerio Fiscal.

ARTÍCULO 20

1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

2. De no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible.

3. En las dependencias a que se hace referencia en el apartado anterior se llevará un Libro-Registro en el que se harán constar las diligencias de identificación realizadas en aquéllas, así como los motivos y duración de las mismas, y que estará en todo momento a disposición de la autoridad judicial competente y del Ministerio Fiscal. No obstante lo anterior, el Ministerio del Interior remitirá periódicamente extracto de las diligencias de identificación al Ministerio Fiscal.

4. En los casos de resistencia o negativa infundada a identificarse o a realizar voluntariamente las comprobaciones o prácticas de identificación, se estará a lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

ARTÍCULO 21

1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sólo podrán proceder a la entrada y registro en domicilio en los casos permitidos por la Constitución y en los términos que fijen las leyes.

2. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, será causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante el conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacentes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código Penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito.

3. Será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad.

En tales supuestos, y para la entrada en edificios ocupados por organismos oficiales o entidades públicas, no será preciso el consentimiento de la autoridad o funcionario que los tuviere a su cargo.

4. Cuando por las causas previstas en el presente artículo las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad entrasen en un domicilio, remitirán sin dilación el acta o atestado que redactaren a la autoridad judicial competente.

ARTÍCULO 22

1. Para obtener el cumplimiento de las órdenes dictadas en aplicación de la presente Ley, las autoridades competentes para imponer las sanciones en ella establecidas podrán imponer multas en los términos del artículo 107 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

2. En todo caso habrá de darse un plazo suficiente para cumplir lo dispuesto, de acuerdo con la naturaleza y fines de la orden, transcurrido el cual se podrá proceder a la imposición de las multas en proporción a la gravedad del incumplimiento. Tales multas no excederán de 25.000 pesetas, si bien se podrá aumentar sucesivamente su importe en el 50 por 100 en caso de reiteración del citado incumplimiento, sin que pueda sobrepasar los límites cuantitativos máximos establecidos para las sanciones.

Capítulo IV

RENGIMEN SANCIONADOR

Sección primera

Infracciones

ARTÍCULO 23

A los efectos de la presente Ley, constituyen infracciones graves:

a) La fabricación, reparación, almacenamiento, comercio, adquisición o enajenación, tenencia o utilización de armas prohibidas o explosivos no catalogados; de armas reglamentarias o explosivos catalogados careciendo de la documentación o autorización requeridos o excediéndose de los límites permitidos, cuando tales conductas no sean constitutivas de infracción penal.

b) La omisión o insuficiencia en la adopción o eficacia de las medidas o precauciones obligatorias para garantizar la seguridad de las armas o de los explosivos.

c) La celebración de reuniones en lugares de tránsito público o de manifestaciones, incumpliendo lo preceptuado en los artículos 8, 9, 10 y 11 de la Ley Orgánica 9/1983, reguladora del Derecho de Reunión, cuya responsabilidad corresponde a los organizadores o promotores, siempre que tales conductas no sean constitutivas de infracción penal.

d) La apertura de establecimientos y la celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas careciendo de autorización o excediendo de los límites de la misma.

e) La admisión en locales o establecimientos de espectadores o usuarios en número superior al que corresponda.

f) La celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas quebrantando la prohibición o suspensión ordenada por la autoridad correspondiente.

g) La provocación de reacciones en el público que alteren o puedan alterar la seguridad ciudadana.

h) La tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos.

i) El incumplimiento de las restricciones a la navegación reglamentariamente impuestas a las embarcaciones de alta velocidad.

j) La alegación de datos o circunstancias falsos para la obtención de las documentaciones previstas por la presente Ley, siempre que no constituya infracción penal.

k) La carencia de los registros previstos en el Capítulo II de la presente Ley para las actividades con trascendencia para la seguridad ciudadana.

l) La negativa de acceso o la obstaculización del ejercicio de las inspecciones o controles reglamentarios, establecidos conforme a lo dispuesto en la presente Ley, en fábricas, locales, establecimientos, embarcaciones y aeronaves.

m) Originar desórdenes graves en las vías, espacios o establecimientos públicos o causar daños graves a los bienes de uso público, siempre que no constituya infracción penal.

n) La apertura de un establecimiento, el inicio de sus actividades o el desarrollo de su funcionamiento sin autorización o sin adoptar total o parcialmente las medidas de seguridad obligatorias o cuando aquéllas no funcionen o lo hagan defectuosamente, o antes de que la autoridad competente haya expresado su conformidad con las mismas.

ñ) La comisión de una tercera infracción leve dentro del plazo de un año, que se sancionará como infracción grave.

ARTÍCULO 24

Las infracciones tipificadas en los apartados a), b), c), d), e), f), h), i), l) y n) del artículo anterior podrán ser consideradas muy graves, teniendo en cuenta la entidad del riesgo producido o del perjuicio causado, o cuando supongan atentado contra la salubridad pública, hubieren alterado el funcionamiento de los servicios públicos, los transportes colectivos o la regularidad de los abastecimientos, o se hubieren producido con violencia o amenaza colectivas.

ARTÍCULO 25

1. Constituyen infracciones graves a la seguridad ciudadana el consumo en lugares, vías, establecimientos o transportes públicos, así como la tenencia ilícita, aunque

no estuviera destinada al tráfico, de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya infracción penal, así como el abandono en los sitios mencionados de útiles o instrumentos utilizados para su consumo.

2. Las sanciones impuestas por estas infracciones podrán suspenderse si el infractor se somete a un tratamiento de deshabitación en un centro o servicio debidamente acreditado, en la forma y por el tiempo que reglamentariamente se determine.

ARTÍCULO 26

Constituyen infracciones leves de la seguridad ciudadana:

- a) El incumplimiento de la obligación de obtener la documentación personal.
- b) La negativa a entregar la documentación personal cuando hubiere sido acordada su retirada o retención.
- c) La omisión o la insuficiencia de medidas para garantizar la conservación de las documentaciones de armas o explosivos, así como la falta de denuncia de la pérdida o sustracción de tales documentaciones.
- d) La admisión de menores en establecimientos públicos o en locales de espectáculos, cuando esté prohibida, y la venta o servicio de bebidas alcohólicas a los mismos.
- e) El exceso en los horarios establecidos para la apertura de establecimientos y la celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas.
- f) Las irregularidades en la cumplimentación de los registros prevenidos en las actividades con trascendencia para la seguridad ciudadana y la omisión de los datos o comunicaciones obligatorios dentro de los plazos establecidos.
- g) La exhibición de objetos peligrosos para la integridad física de las personas con la finalidad de causar intimidación.
- h) Desobedecer los mandatos de la autoridad o de sus agentes, dictados en directa aplicación de lo dispuesto en la presente Ley, cuando ello no constituya infracción penal.
- i) Alterar la seguridad colectiva u originar desórdenes en las vías, espacios o establecimientos públicos.
- j) Todas aquellas que, no estando calificadas como graves o muy graves, constituyan incumplimientos de las obligaciones o vulneración de las prohibiciones establecidas en la presente Ley o en leyes especiales relativas a la seguridad ciudadana, en las reglamentaciones específicas o en las nomas de policía dictadas en ejecución de las mismas.

ARTÍCULO 27

Las infracciones administrativas contempladas en la presente Ley prescribirán a los tres meses, al año o a los dos años de haberse cometido, según sean leves, graves o muy graves, respectivamente.

Sección segunda

Sanciones

ARTÍCULO 28

1. Las infracciones determinadas de acuerdo con lo dispuesto en la Sección anterior podrán ser corregidas por las autoridades competentes con una o más de las sanciones siguientes:

a) Multa de 5.000.001 pesetas a 100.000.000 de pesetas, para infracciones muy graves. De 50.001 pesetas a 5.000.000 de pesetas, para infracciones graves. De hasta 50.000 pesetas, para infracciones leves.

b) Retirada de las armas y de las licencias o permisos correspondientes a las mismas.

c) Incautación de los instrumentos o efectos utilizados para la comisión de las infracciones, y, en especial, de las armas, de los explosivos, de las embarcaciones de alta velocidad o de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

d) Suspensión temporal de las licencias o autorizaciones o permisos desde seis meses y un día a dos años para infracciones muy graves, y hasta seis meses para las infracciones graves en el ámbito de las materias reguladas en el Capítulo segundo de esta Ley.

e) Clausura de las fábricas, locales o establecimientos, desde seis meses y un día a dos años por infracciones muy graves y hasta seis meses por infracciones graves, en el ámbito de las materias reguladas en el Capítulo segundo de esta Ley.

En casos graves de reincidencia, la suspensión y clausura a que se refieren los dos apartados anteriores podrán ser de dos años y un día hasta seis años por infracciones muy graves y hasta dos años por infracciones graves.

2. Las infracciones previstas en el artículo 25 podrán ser sancionadas, además, con la suspensión del permiso de conducir vehículos de motor hasta tres meses y con la retirada del permiso o licencia de armas, procediéndose desde luego a la incautación de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

3. En casos de infracciones graves o muy graves, las sanciones que correspondan podrán sustituirse por la expulsión del territorio español, cuando los infractores sean extranjeros, de acuerdo con lo previsto en la legislación sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

4. Las sanciones prescribirán al año, dos años o cuatro años, según que las correspondientes infracciones hayan sido calificadas de leves, graves o muy graves.

ARTÍCULO 29

1. Serán competentes para imponer las sanciones a que se refiere el artículo anterior:

a) El Consejo de Ministros para imponer cualquiera de las sanciones previstas en esta Ley, por infracciones muy graves, graves o leves.

b) El Ministro del Interior para imponer multas de hasta 50.000.000 de pesetas y cualquiera de las restantes sanciones previstas, por infracciones muy graves, graves o leves.

c) Los titulares de los órganos a que se refiere el artículo 2.b) de esta Ley para imponer multas de hasta 10.000.000 de pesetas y cualquiera de las restantes sanciones previstas, por infracciones muy graves, graves o leves.

d) Los Gobernadores Civiles y los Delegados del Gobierno en Ceuta y Melilla, para imponer multas de hasta 1.000.000 de pesetas, las sanciones previstas en los apartados b) y c) del artículo anterior y la suspensión temporal de las licencias o autorizaciones de hasta seis meses de duración, por infracciones graves o leves.

e) Los Delegados del Gobierno en ámbitos territoriales menores que la provincia, para imponer multas de hasta 100.000 pesetas, y las sanciones previstas en los apartados b) y c) del artículo anterior, por infracciones graves o leves.

2. Por infracciones graves o leves en materia de espectáculos públicos y actividades recreativas, tenencia ilícita y consumo público de drogas y por las infracciones leves tipificadas en los apartados g), h), i) y j) del artículo 26, los Alcaldes serán competentes, previa audiencia de la Junta Local de Seguridad, para imponer las sanciones de suspensión de las autorizaciones o permisos que hubieran concedido los municipios y de multa en las cuantías máximas siguientes:

- Municipios de más de 500.000 habitantes, de hasta un 1.000.000 de pesetas.
- Municipios de 50.000 a 500.000 habitantes, de hasta 100.000 pesetas.
- Municipios de 20.000 a 50.000 habitantes, de hasta 50.000 pesetas.
- Municipios de menos de 20.000 habitantes, de hasta 25.000 pesetas.

Cuando no concurren las circunstancias previstas en el párrafo anterior, en las materias a que el mismo se refiere, los Alcaldes pondrán los hechos en conocimiento de las autoridades competentes o, previa la sustanciación del oportuno expediente, propondrán la imposición de las sanciones que correspondan.

ARTÍCULO 30

1. Las respectivas normas reglamentarias podrán determinar, dentro de los límites establecidos por la presente Ley, la cuantía de las multas y la duración de las sanciones temporales por la comisión de las infracciones, teniendo en cuenta la gravedad de las mismas, la cuantía del perjuicio causado y su posible trascendencia para la prevención, mantenimiento o restablecimiento de la seguridad ciudadana.

2. Idénticos criterios tendrán en cuenta las autoridades sancionadoras, atendiendo además al grado de culpabilidad, reincidencia y capacidad económica del infractor, para concretar las sanciones que proceda imponer y, en su caso, para graduar la cuantía de las multas y la duración de las sanciones temporales.

Sección tercera

Procedimiento

ARTÍCULO 31

1. No podrá imponerse ninguna sanción por las infracciones previstas en esta Ley, sino en virtud de procedimiento instruido al efecto y de acuerdo con los principios de audiencia al interesado, economía, celeridad y sumariedad.

2. Salvo lo dispuesto en la presente Sección, el procedimiento sancionador se tramitará de acuerdo con lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo.

3. Será competente para ordenar la incoación de los expedientes sancionadores, independientemente de la sanción que en definitiva proceda imponer, cualquiera de las autoridades relacionadas en el artículo 2 de la presente Ley, dentro de los respectivos ámbitos territoriales.

ARTÍCULO 32

1. No se podrán imponer sanciones penales y administrativas por unos mismos hechos.

2. Cuando las conductas a que se refiere la presente Ley pudieran revestir caracteres de infracción penal, se remitirán al Ministerio Fiscal los antecedentes necesarios de las actuaciones practicadas, aunque ello no impedirá la tramitación de expedientes sancionadores por los mismos hechos. No obstante, la resolución definitiva del expediente sólo podrá producirse cuando sea firme la resolución recaída en el ámbito penal, quedando hasta entonces interrumpido el plazo de prescripción.

3. Las medidas cautelares adoptadas por las autoridades sancionadoras antes de la intervención judicial podrán mantenerse en vigor, mientras no recaiga pronunciamiento expreso al respecto de las autoridades judiciales.

ARTÍCULO 33

En los procesos penales en que intervenga el Ministerio Fiscal cuando se acordase el archivo o se dictase auto de sobreseimiento o Sentencia absolutoria por acreditarse que los hechos no sean constitutivos de infracción penal, deberá aquél remitir a la autoridad sancionadora copia de la resolución y de los particulares que estime necesarios, cuando aquéllos pudieran ser objeto de sanción administrativa conforme a lo previsto en esta Ley.

ARTÍCULO 34

En los supuestos de los dos artículos anteriores, la autoridad sancionadora quedará vinculada por los hechos declarados probados en vía judicial.

ARTÍCULO 35

En todo procedimiento sancionador que se instruya en las materias objeto de la presente Ley, la autoridad que haya ordenado su iniciación podrá optar por nombrar instructor y secretario, conforme a lo establecido en el artículo 135 de la Ley de Procedimiento Administrativo o encargar de la instrucción del mismo a la unidad administrativa correspondiente.

ARTÍCULO 36

1. Iniciado el expediente sancionador, se podrán adoptar las medidas cautelares imprescindibles para el normal desarrollo del procedimiento, evitar la comisión de nuevas infracciones o asegurar el cumplimiento de la sanción que pudiera imponerse.

2. Dichas medidas, que deberán ser proporcionadas a la naturaleza y gravedad de la infracción, podrán consistir en la adopción de medidas de acción preventiva y en la realización de actuaciones para el mantenimiento o restablecimiento de la seguridad ciudadana, de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley y especialmente en:

a) El depósito en lugar seguro de los instrumentos o efectos utilizados para la comisión de las infracciones y, en particular, de las armas, explosivos, embarcaciones de alta velocidad, o drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

b) La adopción de medidas provisionales de seguridad de las personas, los bienes, los establecimientos o las instalaciones que se encuentren en situación de peligro, a cargo de sus titulares.

c) La suspensión o clausura preventiva de fábricas, locales o establecimientos.

d) La suspensión, parcial o total, de las actividades de los establecimientos que sean notoriamente vulnerables y no tengan en funcionamiento las medidas de seguridad obligatorias.

e) La retirada preventiva de autorizaciones, permisos, licencias y otros documentos expedidos por las autoridades administrativas, en el marco de lo dispuesto por la presente Ley.

3. La duración de las medidas cautelares de carácter temporal no podrá exceder de la mitad del plazo previsto en esta Ley para la sanción que pudiera corresponder a la infracción cometida.

4. Excepcionalmente, en supuestos de posible desaparición de las armas o explosivos, de grave riesgo o de peligro inminente para personas o bienes, las medidas previstas en la letra a) del apartado 2 anterior podrán ser ordenadas directamente por los agentes de la autoridad, debiendo ser ratificadas o revocadas por ésta en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas.

ARTÍCULO 37

En los procedimientos sancionadores que se instruyan en las materias objeto de la presente Ley, las informaciones aportadas por los agentes de la autoridad que hubieren presenciado los hechos, previa ratificación en el caso de haber sido negados por los inculpados, constituirán base suficiente para adoptar la resolución que proceda, salvo prueba en contrario y sin perjuicio de que aquéllos deban aportar al expediente todos los elementos probatorios disponibles.

ARTÍCULO 38

1. Las sanciones impuestas en las materias objeto de la presente Ley serán ejecutivas desde que la resolución adquiera firmeza en la vía administrativa.

2. Cuando la sanción sea de naturaleza pecuniaria y no se halle legal o reglamentariamente previsto plazo para satisfacerla, la autoridad que la impuso lo señalará, sin que pueda ser inferior a quince ni superior a treinta días hábiles.

ARTÍCULO 39

La resolución firme en vía administrativa de los expedientes sancionadores por faltas graves y muy graves podrá ser hecha pública, en virtud de acuerdo de las autoridades competentes, en los términos que reglamentariamente se determinen.

DISPOSICION ADICIONAL

Tendrán la consideración de autoridades a los efectos de la presente Ley las correspondientes de las Comunidades Autónomas con competencias para protección de personas y bienes y para el mantenimiento de la seguridad ciudadana, con arreglo a lo dis-

puesto en los correspondientes Estatutos y en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y podrán imponer las sanciones y demás medidas determinadas en esta Ley y en las materias sobre las que tengan competencia.

DISPOSICION DEROGATORIA

Quedan derogados:

- La Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público.
- La Ley 36/1971, de 21 de julio, sobre modificación de determinados artículos de la Ley de Orden Público.
- El Real Decreto-ley 6/1977, de 25 de enero, por el que se modifican determinados artículos de la Ley de Orden Público.
- El apartado 5 del artículo 7 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, de la persona.
- El Real Decreto 3/1979, de 26 de enero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.
- Cuantas otras disposiciones, de igual o inferior rango, se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.—Las disposiciones de la presente Ley y las que en ejecución de la misma apruebe el Gobierno, determinadas por razones de seguridad pública, se entenderán dictadas al amparo del artículo 149.1.29 de la Constitución.

Segunda.—1. Las disposiciones relativas a los espectáculos públicos y actividades recreativas contenidas en la presente Ley, así como las normas de desarrollo de las mismas, serán de aplicación general en defecto de las que puedan dictar las Comunidades Autónomas con competencia normativa en esta materia.

2. En todo caso, la aplicación de lo establecido en las referidas disposiciones corresponderá a las Comunidades Autónomas con competencia en la materia.

Tercera.—La presente Ley tendrá carácter de Ley Orgánica, excepto en los artículos 2, 3, 4, 5.1, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 22, 23, en todos los apartados del párrafo 1, excepto el c); 25, 26, 27, 28.1 y 3, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, disposición derogatoria y disposiciones finales primera, segunda, cuarta y quinta, los cuales tendrán carácter ordinario.

Cuarta.—El Gobierno dictará las normas reglamentarias que sean precisas para determinar las medidas de seguridad y control que pueden ser impuestas a entidades o establecimientos.

Quinta.—Se autoriza al Gobierno para actualizar las cuantías de las sanciones pecuniarias previstas en la presente Ley, teniendo en cuenta las variaciones de Índice de Precios al Consumo.

ORDEN de 10 de diciembre de 1991, Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno

Se establecen medidas con el fin de conseguir un adecuado control aduanero para evitar el desvío de las expediciones de determinadas sustancias, a la fabricación ilícita de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas.

Primero. *Designación de la autoridad competente.*— A los efectos de lo dispuesto en los artículos 4, 5 y 6 del Reglamento de la Comunidad Económica Europea 3677/1990, se designa a la Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales como Autoridad competente.

Segundo.—*Exportación de sustancias catalogadas en el Anexo I.*— 1. Solicitud: La exportación de las sustancias catalogadas en el Anexo I de la presente estará condicionada a la obtención previa del correspondiente permiso de exportación expedido por la Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales, a solicitud del exportador, ajustado al modelo que figura en el Anexo II.

2. Presentación de la solicitud: Al menos, quince días hábiles antes de la fecha de presentación de la declaración de exportación.

3. Lugar de presentación: Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales, Guzmán el Bueno, 137, 28003 Madrid.

4. Datos de la solicitud:

Nombre, razón social y domicilio del exportador, importador, destinatario final, Agente de Aduanas y otros operadores.

Designación de la sustancia, ajustada a la denominación del Anexo I.

Cantidad y peso y, si se tratase de preparaciones no excluidas en el Reglamento de la Comunidad Económica Europea 3677/1990, del Consejo, de 13 de diciembre, la cantidad y peso de la sustancia o sustancias del Anexo I que figuren en su composición.

Datos del envío: Aduana de despacho. Fecha prevista de despacho. Medio de transporte. Itinerario. Punto de salida del territorio aduanero de la Comunidad. Punto de entrada en el país de importación y otros.

5. Acuse de recibo: Recibida la solicitud en la Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales, se acusará recibo de la misma inmediatamente.

Cuando la solicitud haya sido presentada directamente en el Registro de la Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales, la copia de la misma sellada por aquél hará las veces de acuse de recibo.

6. Datos complementarios: La petición de ampliación de datos por la Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales implicará la prórroga del plazo de los quince días de que dispone la Administración para resolver acerca de la solicitud formulada, en tantos días como se demore la recepción de los datos solicitados.

7. Resolución del expediente:

7.1. La Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales dictará su resolución en el plazo de quince días hábiles, contados a partir de la recepción de la solicitud.

7.2. Si existen motivos razonables, a juicio de la Dirección General de Aduanas e Impuestos especiales, para sospechar que alguna de las sustancias catalogadas en el Anexo I están destinadas a la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, ese Centro directivo no autorizará su exportación.

La denegación será notificada a los interesados en la forma prevista en los artículos 79 y 80 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

7.3. La resolución del expediente de forma favorable dará lugar a la expedición de un permiso de exportación de sustancias catalogadas.

8. Permiso de exportación de sustancias catalogadas:

8.1. El permiso de exportación de sustancias catalogadas, que figura en el Anexo II de la presente, consta de los siguientes ejemplares:

1. Para el interesado.

2. Para la Aduana de despacho.

3. Para el expediente.

8.2. El plazo de validez del permiso de exportación de sustancias catalogadas será con carácter general de tres meses, sin perjuicio de que la Dirección General de Adua-

nas e Impuestos Especiales, atendiendo a las características de una determinada operación, pueda fijar otro distinto.

9. Despacho de exportación: Al documento de despacho de exportación se unirá, con anterioridad al despacho, el ejemplar del permiso de exportación de sustancias catalogadas correspondientes a la Aduana de despacho.

10. Comunicación al país de destino: Cuando así haya sido solicitado, de acuerdo con el apartado 10 del artículo 12 del Convenio de Naciones Unidas de Viena, de 19 de diciembre de 1988 (*Boletín Oficial del Estado*, de 10 de noviembre de 1990), la información del punto 4 será remitida por la Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales al país de destino de las sustancias, con anterioridad a la realización de la exportación.

Copia de la comunicación será enviada a la Comisión de la Comisión Económica Europea.

Tercero. *Exportación de sustancias catalogadas en el Anexo III.*— Cuando un país, al que están destinadas, directa o indirectamente, las sustancias catalogadas en el Anexo III, haya comunicado a la Comisión de la Comunidad Económica Europea su deseo de ser informado previamente de cualquier envío de las mismas, la exportación de estas sustancias quedará sujeta a las exigencias recogidas en el epígrafe segundo anterior.

La Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales, para la aplicación de lo dispuesto en el párrafo anterior, publicará la relación de países que hayan solicitado ser informados previamente.

Cuarto. *Prohibición de importación o exportación.*— La Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales podrá prohibir la introducción en nuestro país de sustancias catalogadas en los Anexos I y III, o su salida del mismo, cuando existan motivos razonables para creer que dichas sustancias están destinadas a la fabricación ilícita de estupefacientes o de sustancias sicotrópicas.

Esta prohibición será notificada a los interesados en la forma prevista en los artículos 79 y 80 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Quinto. Queda facultada la Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales para dictar cuantas instrucciones sean precisas para la aplicación y desarrollo de cuanto por la presente se dispone.

ORDEN de 18 de febrero de 1992, Ministerio de Sanidad y Consumo (BOE 54/92 de 3 de marzo).

Se establecen las normas por las que ha de regirse el otorgamiento de ayudas económicas destinadas a Entidades sin fines de lucro, que desarrollen programas supracomunitarios en el campo de las drogodependencias, durante 1992.

ARTÍCULO 1

Objeto

La presente Orden tiene por objeto establecer las normas por las que ha de regirse el otorgamiento de ayudas económicas a Entidades sin fines de lucro que desarrollen programas de alcance supracomunitario durante 1992 en el campo de las drogodependencias.

ARTÍCULO 2

Actividades a financiar

1. Las ayudas cuyo otorgamiento se regula en la presente Orden podrán ser solicitadas para financiar actividades comprendidas en las áreas aprobadas por el Grupo Interministerial como prioridades establecidas en el marco del Plan Nacional sobre Drogas para 1992. A tales efectos, se financiarán prioritariamente las siguientes actividades:

a) Apoyo al movimiento asociativo: Dentro de este grupo de actividades podrán solicitarse ayudas para subvenir a los gastos generales derivados del funcionamiento de las estructuras de coordinación y gestión de las Entidades con implantación supracomunitaria, dedicadas exclusivamente a la intervención de drogodependencias.

b) Programas de formación: Se considerarán prioritarios los programas de perfeccionamiento y capacitación dirigidas a los miembros integrantes de cada Entidad.

c) Programas de investigación aplicada: Se considerarán prioritarios aquellos cuyo objetivo sea el seguimiento y evaluación de los programas de prevención de drogodependencias y los de asistencia y reinserción social de drogodependencias desarrollados por la propia Entidad.

ARTÍCULO 3

Solicitantes

Las ayudas económicas reguladas en la presente Orden podrán ser solicitadas por aquellas Fundaciones, Instituciones y Entidades sin fines de lucro que desarrollen programas supracomunitarios de intervención en el campo de las drogodependencias y estén legalmente establecidas.

Los Colegios Profesionales y las Organizaciones Sindicales, podrán solicitar estas ayudas para el desarrollo de programas que guarden correspondencia con el ámbito de actuación de las citadas Entidades.

ARTÍCULO 4

Documentación exigida

1. Para formular la solicitud de las ayudas económicas reguladas en la presente convocatoria deberá aportarse, por duplicado, la documentación siguiente:

A) Instancia conforme al modelo que se incorpora como Anexo I a la presente Orden. Dicha instancia deberá suscribirla quien ostente la representación de la Institución o poder suficiente para ello, debiendo quedar este extremo acreditado documentalmente.

B) Copia de los Estatutos en los que deberá constar explícitamente el ámbito de la Entidad, así como la inexistencia de ánimo de lucro en los fines de la Institución.

C) Copia de la tarjeta de identificación fiscal.

D) Descripción del programa objeto de la solicitud, de acuerdo con el contenido del Anexo II que se incorpora a la presente Orden, que habrá de referirse exclusivamente a las acciones a desarrollar en 1992.

E) Documentación acreditativa de que la Entidad se encuentra al corriente de las cotizaciones de la Seguridad Social o de haber obtenido, en su caso, una moratoria.

En el caso de que la Entidad no cuente con personal que deba estar dado de alta en Seguridad Social, presentará declaración del representante legal sobre dicho extremo.

F) Documentación acreditativa de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias a que se refiere la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 28 de abril de 1986 (*Boletín Oficial del Estado* del 30), y disposiciones que la desarrollan.

En el caso de Entidades que gozan de alguna exención tributaria, se presentará documentación que acredite la concesión efectiva de dicha exención.

Si la Entidad no estuviese sujeta a alguno de los impuestos que determina la citada Orden de 28 de abril de 1986, aportará declaración motivada de su representante legal sobre dicho extremo.

G) Las Entidades solicitantes que en ejercicios procedentes no hayan disfrutado de ayuda económica de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, presentarán una Memoria que incluirá las actividades que realizan, estructura de la Entidad, número de socios, implantación territorial, presupuesto anual y fuentes de financiación.

2. Si, a efectos del cumplimiento de lo previsto en el presente artículo, se aportan fotocopias de la documentación correspondiente, éstas deberán estar, en todo caso, debidamente cotejadas.

ARTÍCULO 5

Presentación de solicitudes

1. El plazo de la presentación será de treinta días naturales, a partir de la fecha de publicación de esta convocatoria en el *Boletín Oficial del Estado*.

2. La documentación se dirigirá a la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas del Ministerio de Sanidad y Consumo (paseo del Prado, 18 y 20, 28014 Madrid), y podrá presentarse utilizando cualquiera de los medios previstos en los artículos 65 y 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

ARTÍCULO 6

Tramitación y resolución

1. La Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas tramitará los expedientes, pudiendo reclamar a la Entidad Solicitante cuantos documentos o aclaraciones considere necesarios para completarlos.

2. El Ministerio de Sanidad y Consumo podrá ejercer actividades de control y verificación de los datos aportados para las Entidades solicitantes.

3. La Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas adoptará la resolución que proceda en función de las características técnicas del proyecto y su adecuación a los criterios y prioridades establecidos para 1992 en el marco del Plan Nacional sobre Drogas, quedando condicionada la concesión de la subvención a la existencia de crédito presupuestario.

ARTÍCULO 7

Abono y justificación de las ayudas económicas otorgadas

1. El abono de la subvención concedida se realizará en un solo pago, previa presentación por la Entidad de certificación de previsión de gastos a que dará lugar el programa, de acuerdo con las especificaciones que se recojan en el correspondiente acuerdo de concesión.

La justificación correspondiente al abono de la subvención deberá realizarse durante el primer trimestre de 1993.

2. Si el gasto efectivamente realizado en el desarrollo total del programa fuese inferior a la subvención concedida, ésta se reduciría en idéntica proporción, no pudiendo la misma superar, en ningún caso, el gasto realizado.

3. A efectos del cumplimiento de lo previsto en el número 1 del presente artículo, la financiación de las subvenciones mencionadas se efectuará con los créditos afectados a estos fines en los Presupuestos Generales del Estado para 1992 consignados en el Programa 313-G «Plan Nacional sobre Drogas», concepto 26.10.481 «A organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro, para el desarrollo de programas de ámbito estatal en el marco de prioridades del Plan Nacional sobre Drogas» del presupuesto del Ministerio de Sanidad y Consumo.

ARTÍCULO 8

Inversión de la dotación

1. La Entidad beneficiaria realizará el programa objeto de subvención, aun en el supuesto de que haya sido subvencionada únicamente una parte del mismo.

2. La Entidad beneficiaria deberá presentar, en el primer trimestre de 1993, un informe final sobre el desarrollo y cumplimiento del proyecto objeto de subvención, en el que se detallen los resultados obtenidos como consecuencia de la ejecución del programa en relación con todos y cada uno de los puntos descritos en el mismo.

3. La Entidad beneficiaria estará sometida a las actuaciones de comprobación a efectuar por la Entidad concedente y a las de control financiero que corresponden a la Intervención General de la Administración del Estado, en relación con las ayudas concedidas, y a las previstas en la legislación del Tribunal de Cuentas.

4. Toda alteración de las condiciones tenidas en cuenta para la concesión de la subvención, y en todo caso la obtención concurrente de subvenciones o ayudas otorgadas por otras Administraciones o Entes públicos o privados, nacionales o internacionales, podrá dar lugar a la modificación de la resolución de concesión.

ARTÍCULO 9

Reinversión de los ingresos generados

En el supuesto de que los programas subvencionados generasen ingresos a la Entidad beneficiaria de la ayuda, dichos ingresos se reinvertirán en las mismas áreas de actuación contempladas en los programas, salvo que por el Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, previa propuesta justificada en la Entidad beneficiaria, se acuerde una utilización diferente.

ORDEN de 27 de febrero de 1992, Ministerio de Sanidad y Consumo (BOE 66/92 de 17 de marzo)

Se excluye la propilhexedrina de la Lista IV del Anexo 1 del Real Decreto 2829/1977 de 6 de octubre, que enumera las sustancias incluidas en las listas del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971.

Primero.—Excluir de la Lista IV del Anexo 1 del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, la sustancia N —dimetilciclohexanoetilamina (conocida como propilhexedrina).

Segundo.—A partir de la entrada en vigor de la presente Orden, las Entidades interesadas como fabricantes, importadoras, exportadoras o dispensadoras de la sustancia incluida en la disposición primera, quedarán exentas del cumplimiento de lo normado por el Real Decreto 2829/1977 y por la Orden de 14 de enero de 1981, en cuanto a exigencias legales para los productos psicotrópicos.

Tercero.—La presente Orden entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

ORDEN de 27 de febrero de 1992, Ministerio de Sanidad y Consumo (BOE 66/92 de 17 de marzo)

Se transfiere la sustancia Delta (9) THC y sus variantes esteroquímicas de la Lista I a la Lista II del Anexo 1 del Real Decreto 2829/1977 de 6 de octubre, que enumera las sustancias incluidas en las listas del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971.

Primera.—Transferir de la Lista I a la Lista II del Anexo 1 del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, la sustancia Delta-9-tetrahidrocannabinol (conocida también como Delta-9-THC) y sus variantes esteroquímicas.

Segunda.—A partir de la entrada en vigor de la presente Orden, las Entidades interesadas como fabricantes, importadoras, exportadoras, distribuidoras o dispensadoras de la sustancia incluida en la disposición primera, adecuarán sus actuaciones a las exigencias legales que para los productos psicotrópicos de la Lista II del Anexo 1 del Real Decreto 2829/1977, se imponen en el mismo y en la Orden de 14 de enero de 1981.

Tercera.—La Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios podrá dictar las instrucciones precisas para el cumplimiento de la presente Orden.

La presente Orden entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

CIRCULAR 1029/1991, de 19 de diciembre, de la Dirección General de Aduanas e Impuestos Especiales, sobre precursores

La Orden de 10 de diciembre de 1991 (*Boletín Oficial del Estado*, del 19), desarrolla en nuestro país los artículos 4.º, 5.º y 6.º del Reglamento CE 3677/90, del Consejo, de 13 de diciembre de 1990 (*Diario Oficial de la Comunidad Europea*, número L 357, del 20), relativo a las medidas que deben adoptarse para impedir el desvío de determinadas sustancias para la fabricación ilícita de estupefacientes y de sustancias psicotrópicas (precursores).

Su apartado quinto concede facultades a esta Dirección General para dictar cuantas instrucciones sean precisas para su aplicación y desarrollo.

Por ello, siendo necesario dictar determinadas instrucciones que complementen la misma, he dispuesto:

Primero.—En cumplimiento de lo dispuesto en el apartado tercero de la Orden de 10 de diciembre de 1991, y ante la solicitud formulada por las autoridades de Perú y Colombia, la exportación de las sustancias catalogadas en el Anexo III, con destino a dichos países, estarán sujetas al cumplimiento de lo prescrito en el apartado segundo de la aludida Orden.

Segundo.—En aplicación de lo previsto en el apartado cuarto de la citada disposición, cuando los Servicios de Aduanas comprueben la existencia de circunstancias que a su juicio pongan de manifiesto posibles irregularidades respecto del origen, naturaleza de las sustancias catalogadas en los Anexos o último destino, tanto en los despachos de importación, como en los de exportación, las pondrán en conocimiento de este Centro, Subdirección General de Inspección.

En estos supuestos, el despacho quedará interrumpido en tanto no se reciba autorización expresa de esta Dirección General para continuar el mismo.

Tercero.—Las Aduanas en las que se ha efectuado el despacho de exportación de sustancias catalogadas comunicarán mensualmente a esta Dirección General el número de la/s declaración/es de exportación y el de permiso de exportación en base al cual se efectuaron los despachos.

Cuarto.—La presente Circular entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

INSTRUMENTO de Ratificación del Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971), hecho en Montreal el 24 de febrero de 1988.

JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

POR CUANTO el día 2 de marzo de 1988, el Plenipotenciario de España, nombrado en buena y debida forma al efecto, firmó en Montreal el Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971), hecho en Montreal el 24 de febrero de 1988,

VISTOS Y EXAMINADOS los 9 artículos de dicho Protocolo,

CONCEDIDA por las Cortes Generales la AUTORIZACION prevista en el artículo 94.1 de la Constitución,

VENGO EN APROBAR Y RATIFICAR cuanto en él se dispone, como en virtud del presente lo apruebo y ratifico, prometiendo cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes, a cuyo fin, para su mayor validación y firmeza MANDO expedir este Instrumento de Ratificación firmado por Mí, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito Ministro de Asuntos Exteriores.

Dado en Madrid a 8 de abril de 1991.

Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971

Los Estados partes en el presente Protocolo,

Considerando que los actos ilícitos de violencia que ponen o pueden poner en peligro la seguridad de las personas en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional o que comprometen el funcionamiento seguro de dichos aeropuertos, socavan la confianza de los pueblos del mundo en la seguridad de los aeropuertos en cuestión y perturban el funcionamiento seguro y ordenado de la aviación civil en todos los Estados;

Considerando que la realización de tales actos les preocupa gravemente y que, a fin de prevenirlos, es urgente prever las medidas adecuadas para sancionar a sus autores;

Considerando que es necesario adoptar disposiciones complementarias de las del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, a fin de hacer frente a los actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional,

Han convenido en lo siguiente:

ARTÍCULO I

Este Protocolo complementa el Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971 (que de aquí en adelante se denomina «el Convenio»), y, para las Partes de este Protocolo, el Convenio y el Protocolo se considerarán e interpretarán como un solo instrumento.

ARTÍCULO II

1. Añádase al artículo I del Convenio el siguiente párrafo 1 *bis*:

«1 *bis*. Comete un delito toda persona que ilícita e intencionalmente, utilizando cualquier artefacto, sustancia o arma:

a) Ejecute un acto de violencia contra una persona en un aeropuerto que preste servicio a la aviación civil internacional, que cause o pueda causar lesiones graves o la muerte.

b) Destruya o cause graves daños en las instalaciones de un aeropuerto que preste servicio a la aviación civil internacional o en una aeronave que no esté en servicio y esté situada en el aeropuerto, o perturbe los servicios del aeropuerto.

Si ese acto pone en peligro o puede poner en peligro la seguridad del aeropuerto.»

2. En el inciso a) del párrafo 2 del artículo 1 del Convenio, insértese «o en el párrafo 1 *bis*», después de «en el párrafo 1».

ARTÍCULO III

Añádase al artículo 5 del Convenio el siguiente párrafo 2 *bis*:

«2 *bis*. Asimismo, cada Estado contratante tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos previstos en el párrafo 1 *bis* del artículo 1,

así como en el párrafo 2 del mismo artículo, en cuanto este último párrafo se refiere a los delitos previstos en dicho párrafo *I bis*, en el caso de que el presunto delincuente se halle en su territorio y dicho Estado no conceda la extradición, conforme al artículo 8, al Estado mencionado en el párrafo 1 a) del presente artículo.»

ARTÍCULO IV

A partir del 24 de febrero de 1988, el presente Protocolo estará abierto en Montreal a la firma de los Estados participantes en la Conferencia Internacional de Derecho Aéreo celebrada en Montreal del 9 al 24 de febrero de 1988. Después del 1 de marzo de 1988, el Protocolo estará abierto a la firma de todos los Estados en Londres, Moscú, Washington y Montreal, hasta que entre en vigor de conformidad con el artículo VI.

ARTÍCULO V

1. El presente Protocolo estará sujeto a la ratificación de los Estados signatarios.
2. Todo Estado que no sea Estado contratante del Convenio podrá ratificar el presente Protocolo si al mismo tiempo ratifica el Convenio o se adhiere a él de conformidad con su artículo 15.
3. Los instrumentos de ratificación se depositarán ante los Gobiernos de los Estados Unidos de América, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas o la Organización de Aviación Civil Internacional, que por el presente se designan depositarios.

ARTÍCULO VI

1. Tan pronto como 10 Estados signatarios depositen los instrumentos de ratificación del presente Protocolo, éste entrará en vigor entre ellos treinta días después de la fecha de depósito del décimo instrumento de ratificación. Para cada Estado que deposite su instrumento de ratificación después de dicha fecha entrará en vigor treinta días después de la fecha de depósito de tal instrumento.
2. Tan pronto como el presente Protocolo entre en vigor, será registrado por los depositarios de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas y con el artículo 83 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional (Chicago, 1944).

ARTÍCULO VII

1. Después de su entrada en vigor, el presente Protocolo estará abierto a la adhesión de los Estados no signatarios.
2. Todo Estado que no sea Estado contratante del Convenio podrá adherirse al presente Protocolo si al mismo tiempo ratifica el Convenio o se adhiere a él de conformidad con su artículo 15.
3. Los instrumentos de adhesión se depositarán ante los depositarios y la adhesión surtirá efecto treinta días después del depósito.

ARTÍCULO VIII

1. Toda Parte en el presente Protocolo podrá denunciarlo mediante ratificación por escrito dirigida a los depositarios.
2. La denuncia surtirá efecto seis meses después de la fecha en que los depositarios reciban la notificación de dicha denuncia.
3. La denuncia del presente Protocolo no significará por sí misma la denuncia del Convenio.
4. La denuncia del Convenio por un Estado contratante del Convenio complementado por el presente Protocolo significará también la denuncia de este Protocolo.

ARTÍCULO IX

1. Los depositarios notificarán sin tardanza a todos los Estados signatarios y adherentes del presente Protocolo y a todos los Estados signatarios y adherentes del Convenio:
 - a) La fecha de la firma y del depósito de cada instrumento de ratificación del presente Protocolo o de adhesión al mismo.
 - b) El recibo de toda notificación de denuncia del presente Protocolo y la fecha de la misma.
2. Los depositarios también notificarán a los Estados a que se refiere el párrafo 1 la fecha en que este Protocolo entrará en vigor de acuerdo con lo dispuesto en el artículo VI.

EN TESTIMONIO DE LO CUAL los Plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus Gobiernos para hacerlo, firman el presente Protocolo.

HECHO en Montreal el día 24 de febrero del año 1988, en cuatro originales, cada uno de ellos integrado por cuatro textos auténticos en los idiomas español, francés, inglés y ruso.

ESTADOS PARTE

Estados	Fecha de la firma	Fecha de depósito del instrumento de ratificación o adhesión	Fecha de entrada en vigor
Alemania (1)	24-02-1989		
Arabia Saudita	24-02-1988	21-02-1989	06-08-1989
Argentina	24-02-1988		
Australia		23-10-1990	22-11-1990
Austria	04-07-1989	28-12-1989	27-01-1990
Belarús	24-02-1988	01-05-1989	06-08-1989
Bélgica	15-03-1989		
Brasil	24-02-1988		
Bulgaria	24-02-1988	26-03-1991	25-04-1991
Camerún	23-11-1988		
Canadá	24-02-1988		
Congo	13-04-1989		
Costa Rica	24-02-1988		
Costa de Marfil	21-03-1988		
Checoslovaquia	24-02-1988	19-03-1990	18-04-1990
Chile	24-02-1988	15-08-1989	14-09-1989
China	24-02-1988		
Dinamarca (2)	24-02-1988	23-11-1989	23-12-1989
Egipto	24-02-1988		
E. Arabes Unidos	24-02-1988	09-03-1989	06-08-1989
España	02-03-1989	08-05-1991	07-06-1991
Estados Unidos	24-02-1988		
Etiopía	24-02-1988		
Federación de Rusia	24-02-1988	31-03-1989	06-08-1989
Filipinas	25-01-1989		
Finlandia	16-11-1988		
Francia (3)	29-03-1988	06-09-1989	06-10-1989
Gabón	20-09-1988		
Ghana	24-02-1988		
Grecia	18-04-1988	25-04-1991	25-05-1991
Hungría	24-02-1988	07-09-1988	06-08-1989
Indonesia	24-02-1988		
Irlanda	29-07-1988		
Islandia	24-02-1988	09-05-1990	08-06-1990
Islas Marshall	23-06-1988	30-05-1989	06-08-1989
Israel	24-02-1988		
Italia	24-02-1988	13-03-1990	12-04-1990
Jamaica	24-02-1988		
Jordania	30-09-1988		
Kuwait	24-02-1988	08-03-1989	06-08-1989
Líbano	24-02-1988		
Liberia	24-02-1988		
Luxemburgo	18-05-1989		
Malasia	24-02-1988		
Malawi	24-02-1988		

ESTADOS PARTE (cont.)

Estados	Fecha de la firma	Fecha de depósito del instrumento de ratificación o adhesión	Fecha de entrada en vigor
Malí		31-10-1990	30-11-1990
Malta		14-06-1991	14-06-1991
Marruecos	08-08-1988		
Mauricio	28-06-1989	17-08-1989	16-09-1989
México	24-02-1988	11-10-1990	10-11-1990
Níger	24-02-1988		
Noruega	24-02-1988	29-05-1990	28-06-1990
Nueva Zelanda	11-4-1989		
P. Bajos, Reino de los (4) ...	13-04-1988		
Pakistán	24-02-1988		
Perú	24-02-1988	06-06-1989	06-08-1989
Polonia	24-02-1988		
Portugal	24-02-1988		
Reino Unido (5)	26-10-1988	15-11-1990	15-12-1990
República Centrafricana ..		31-07-1991	31-07-1991
República de Corea	11-04-1988	27-06-1990	27-07-1990
Rep. Pop. Dem. de Corea ..	24-02-1988		
Rumania	24-02-1988		
Santa Lucía		11-06-1990	11-07-1990
S. Vicente y las Granadinas	01-12-1988	25-11-1991	29-12-1991
Senegal	24-02-1988		
Sri Lanka	28-10-1988		
Suecia	24-02-1988	26-07-1990	25-08-1990
Suiza	24-02-1988	09-10-1990	08-11-1990
Togo	24-10-1988	09-02-1990	11-03-1990
Turquía	24-02-1988	07-07-1989	06-08-1989
Ucrania	24-02-1988		
Venezuela	24-02-1988		
Yugoslavia	24-02-1988	21-12-1989	20-01-1990
Zaire	24-02-1988		

(1) La República Democrática Alemana, que ratificó el Protocolo el 31 de enero de 1989, se adhirió a la República Federal de Alemania el 3 de octubre de 1990.

(2) Al ratificar el Protocolo el Gobierno de Dinamarca hizo la siguiente reserva: «A reserva de una decisión ulterior, el Protocolo no se aplicará a las Islas Fero.»

(3) Durante la firma del Protocolo el Gobierno de Francia hizo la siguiente declaración:

«La República Francesa se remite a la declaración que formuló al adherirse al Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil del 23 de septiembre de 1971, a saber: de conformidad con el párrafo 2 del artículo 14, la República Francesa no se considera obligada por las disposiciones del párrafo 1 del mencionado artículo, según el cual las controversias que surjan entre dos o más Estados contratantes con respecto a la interpretación o aplicación de este Convenio, que no puedan solucionarse mediante negociaciones, se someterán a arbitraje, a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje, las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las Partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte».

Esta Declaración se aplica al Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil del 23 de septiembre de 1971.»

El Gobierno de este país también hizo la siguiente declaración al proceder a la ratificación:

«Al depositar el instrumento de ratificación del Protocolo del 24 de febrero de 1988 para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971, la República Francesa recuerda y confirma la declaración que hizo al adherirse al citado Convenio, a saber: “de conformidad con el párrafo 2 del artículo 14, la República Francesa no se considera obligada por las disposiciones del párrafo 1 del mencionado artículo, según el cual las controversias que surjan entre dos o más Estados contratantes con respecto a la interpretación o aplicación de este Convenio, que no puedan solucionarse mediante negociaciones, se someterán a arbitraje, a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje, las Partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las Partes podrá someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia, mediante una solicitud presentada de conformidad, con el Estatuto de la Corte”.

Esta Declaración se aplica al Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil del 23 de septiembre de 1971.»

(4) Durante la firma del Protocolo el Gobierno del Reino de los Países Bajos hizo la siguiente declaración:

«El Gobierno del Reino de los Países Bajos declara por la presente que, a la luz del Preámbulo, entiende que las disposiciones estipuladas en los artículos II y III del Protocolo significan lo siguiente:

— Sólo aquellos actos que, en razón de la naturaleza de las armas utilizadas y del sitio en que han sido cometidos, causen o puedan causar indirectamente la pérdida de vidas o lesiones graves entre el público en general o los usuarios de la aviación civil internacional en particular, se clasificarán como actos de violencia en el sentido del nuevo párrafo 1 bis a) comprendido en el artículo II del Protocolo.

— Sólo aquellos actos que, en razón de los daños que causen en los edificios o aeronaves situados en el aeropuerto o por el hecho de perturbar los servicios prestados por el aeropuerto, pongan en peligro o puedan poner en peligro el funcionamiento seguro del aeropuerto con relación a la aviación civil internacional, se clasificarán como actos de violencia en el sentido del nuevo párrafo 1 bis b) comprendido en el artículo II del Protocolo.»

(5) Al ratificar el Protocolo el Gobierno del Reino Unido hizo la siguiente declaración: «... el Reino Unido declara que hasta que se hayan completado las consultas con los diversos territorios bajo la soberanía territorial del Reino Unido, el Protocolo se aplicará exclusivamente con respecto al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Las consultas con los territorios se encuentran en trámite y se prevé que habrán concluido a fines de 1991».

El presente Protocolo entró en vigor de forma general el 6 de agosto de 1989, y para España entró en vigor el 7 de junio de 1991, de conformidad con lo establecido en su artículo VI.

ACUERDO de Cooperación en la lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada, entre el Reino de España y la República Italiana, firmado en Madrid el 12 de mayo de 1987.

· El Ministro del Interior del Reino de España y el Ministro del Interior de la República Italiana, en representación de sus respectivos Gobiernos,

Reconociendo la eficaz cooperación ya existente entre sus respectivos países;
Considerando altamente satisfactorios los resultados obtenidos por su colaboración en la lucha contra el tráfico de estupefacientes, suscrita el día 3 de junio de 1986;

Y conscientes, sin embargo, de la necesidad de lograr una coordinación más activa en las labores de información, análisis y represión del terrorismo y de la criminalidad organizada;

Han convenido las siguientes estipulaciones:

ARTÍCULO 1

Por decisión conjunta del Ministro del Interior de España y del Ministro del Interior de la República Italiana se constituye un Comité bilateral para la cooperación en la lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada.

El Comité bilateral actuará bajo la presidencia de los dos Ministros y se compondrá de representantes de los Ministerios competentes, de responsables de los Cuerpos y Fuerzas de la Seguridad del Estado y de expertos en los sectores específicos.

Podrán también ser invitados a tomar parte en el mismo, cuando fuere oportuno, representantes de otros Ministerios e Instituciones, mediante acuerdo previo entre las Partes.

El Comité bilateral se reunirá al menos una vez al año y en los casos en que sea preciso discutir cuestiones específicas de naturaleza urgente.

ARTÍCULO 2

Con el fin de hacer siempre posible una colaboración más eficaz y concreta entre los dos países, la cooperación en los sectores interesados deberá versar sobre los siguientes puntos:

a) *Terrorismo*: Intercambio de información sobre grupos, sucesos y técnicas terroristas.

Actualización de las eventuales amenazas terroristas y de las técnicas y estructuras organizativas dispuestas para combatirlas, mediante la formalización del intercambio de expertos.

Intercambio de experiencias y conocimiento tecnológicos en materia de seguridad del transporte aéreo, marítimo y ferroviario con objeto también de mejorar constantemente las normas de seguridad adoptadas en aeropuertos, puertos y estaciones ferroviarias adecuándolas constantemente al nivel de la amenaza del terrorismo internacional.

b) *Criminalidad organizada*: Intercambio permanente de información y datos relativos a la actividad delictiva organizada, dentro de los límites permitidos por los respectivos ordenamientos jurídicos.

Intercambio de expertos de las Fuerzas de Policía para desarrollar una actividad conjunta.

Preparación de medidas comunes destinadas a impedir el reciclaje del dinero ilegalmente adquirido.

ARTÍCULO 3

El presente Acuerdo entrará en vigor en el momento de su firma y podrá ser denunciado por cualquiera de las Partes mediante notificación diplomática.

ARTÍCULO 4

El presente Acuerdo se firma en lenguas española e italiana, siendo igualmente válidas ambas versiones.

Madrid, a 12 de mayo de 1987.

ACUERDO entre el Reino de España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en materia de prevención y represión del tráfico ilícito y el uso indebido de las drogas, hecho en Madrid el 26 de junio de 1989. Canje de Notas de 3 de abril de 1991 para extender dicho Acuerdo a Gibraltar.

Señor Embajador:

Tengo el honor de hacer referencia a las conversaciones que mantuve con el Ministro de Asuntos Exteriores y de la Commonwealth del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en Madrid el día 26 de febrero de 1990, en las que se adoptó la decisión de extender a Gibraltar el Acuerdo entre nuestros dos países sobre Prevención y Represión del Tráfico Ilícito y el Uso Indebido de Drogas.

Este régimen y cualquier actividad o medida tomada en aplicación o como consecuencia del mismo, se entienden sin perjuicio de la posición jurídica del Reino de España respecto de la controversia sobre la soberanía sobre el istmo.

Tengo el honor de proponer que la presente Nota acompañada de la respuesta de V. E. constituyan un Acuerdo entre nuestros dos Gobiernos para que se extienda a Gibraltar el Acuerdo entre nuestros dos países sobre Prevención y Represión del Tráfico Ilícito y el Uso Indebido de Drogas, firmado en Madrid el día 26 de junio de 1989, en conformidad con el artículo 23 (a) (iii). El presente Acuerdo entrará en vigor en la fecha de la última notificación en que cada uno de los Gobiernos haya notificado al otro que han sido cumplidos los trámites internos para hacerlo efectivo.

Aprovecho esta oportunidad para reiterar a V. E. el testimonio de mi consideración más distinguida.

Excmo. Sr. D. Francisco Fernández Ordóñez
Ministro de Asuntos Exteriores
Ministerio de Asuntos Exteriores
Plaza de la Provincia, 1
28012 Madrid

Tengo el honor de acusar recibo de su Nota del 3 de abril que traducida dice lo siguiente:

«Tengo el honor de hacer referencia a las conversaciones que mantuve con el Ministro de Asuntos Exteriores y de la Commonwealth del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en Madrid, el día 26 de febrero de 1990, en las que se adoptó la decisión de extender a Gibraltar el Acuerdo entre nuestros dos países sobre Prevención y Represión del Tráfico Ilícito y el Uso Indebido de Drogas.

Este régimen y cualquier actividad o medida tomada en aplicación o como consecuencia del mismo, se entienden sin perjuicio de la posición jurídica del Reino de España respecto de la controversia sobre la soberanía sobre el istmo.

Tengo el honor de proponer que la presente Nota acompañada de la respuesta de su excelencia constituyan un Acuerdo entre nuestros dos Gobiernos para que se extienda a Gibraltar el Acuerdo entre nuestros dos países sobre Prevención y Represión del Tráfico Ilícito y el Uso Indebido de Drogas, firmado en Madrid el día 26 de junio de 1989,

en conformidad con el artículo 23 (a) (iii). El presente Acuerdo entrará en vigor en la fecha de la última notificación en que cada uno de los Gobiernos haya notificado al otro que han sido cumplidos los trámites internos para hacerlo efectivo.

Aprovecho esta oportunidad para reiterarle a su excelencia el testimonio de mi consideración más distinguida.»

En respuesta, tengo el honor de confirmar que los términos y condiciones expuestos en su Nota cuentan con la conformidad del Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y que su Nota, acompañada de la presente respuesta, constituirán un Acuerdo entre nuestros dos Gobiernos, que entrará en vigor en la fecha de la última notificación en que cada uno de los Gobiernos haya notificado al otro que han sido cumplidos los trámites internos para hacerlo efectivo.

Aprovecho esta oportunidad para reiterarle a su excelencia el testimonio de mi consideración más distinguida.

El presente Canje de Notas, constitutivo de Acuerdo, entró en vigor el 11 de marzo de 1992, fecha de la última de las notificaciones cruzadas entre las Partes comunicándose recíprocamente el cumplimiento de sus respectivos trámites internos, según se establece en el texto de las mismas.

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

ASPECTOS PROCESALES DE LA AUTORIZACION JUDICIAL NECESARIA PARA LA ESTERILIZACION DE LOS INCAPACES QUE ADOLEZCAN DE GRAVES DEFICIENCIAS PSIQUICAS

Consulta núm. 1/1991, de 31 de enero

I

El tema básico que plantea la Consulta se reduce a determinar el cauce procesal que deba seguirse cuando se solicite la autorización judicial necesaria para la esterilización de una persona incapaz que adolezca de graves deficiencias psíquicas. Cuestión que se halla simplemente implícita mas no resuelta en el artículo 428 del Código Penal, y que fue objeto de amplio debate en la muy numerosa y cualificada Junta de la Fiscalía que formula la Consulta. Las actitudes giraron en torno a dos posturas de imposible conciliación, pues mientras unos entendían que el procedimiento más adecuado es el de jurisdicción voluntaria, otros pensaban que tal autorización debe obtenerse a través del juicio declarativo de menor cuantía. A pesar de que una de las soluciones dadas—la del procedimiento de jurisdicción voluntaria— fue patrocinada por una considerable mayoría, se decidió que dada la trascendencia del tema y la necesidad de actuar con una definida y fundamentada unidad de criterio, debía ser sometido a la consideración del Fiscal General del Estado para que lo resolviera en la oportuna consulta.

II

1. Tesis partidaria del procedimiento de jurisdicción voluntaria

Parte de que es imprescindible la previa declaración judicial de incapacidad, por deficiencias psíquicas graves, de la persona cuya esterilización va a solicitarse. Y el procedimiento a seguir es el de jurisdicción voluntaria, en particular el de las normas generales contenido en el título 1.º del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 1811-1824). Resultarán, por tanto, inaplicables los procedimientos especiales de jurisdicción voluntaria relativos a adopción, nombramiento de tutores, curadores, medidas provisionales con relación a las personas, procedimientos testamentarios y otros legalmente previstos, no sólo por no reunir los requisitos de una mínima analogía con el presente, sino por ser esencialmente heterogéneos y dispares con él.

Es de notar, además, que aunque por su colocación dentro del sistema, el artículo 428 del Código Penal es norma esencialmente sustantiva, contiene como requisitos de no punibilidad elementos normativos integradores de los clásicos procedimientos de jurisdicción voluntaria, como son la ausencia de contradicción obligada, la solicitud del

representante legal, el dictamen preceptivo de dos especialistas, el informe del Ministerio Fiscal y la exploración del incapaz.

Contribuye también al mantenimiento de este punto de vista, la disposición adicional de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, expresiva de que a los procedimientos de incapacitación y prodigalidad les serán aplicables las normas del juicio declarativo de menor cuantía, pero los demás procedimientos derivados de los títulos IX y X del Libro 1.º del Código Civil se tramitarán por las disposiciones de la LEC sobre jurisdicción voluntaria.

2. Tesis que se inclina por el juicio declarativo de menor cuantía

Discrepa expresamente de los argumentos y conclusiones que señalan al de jurisdicción voluntaria como el proceso más adecuado para la obtención de la autorización judicial encaminada a la esterilización de un incapacitado. Analizado el tema desde la perspectiva global de las normas sustantivas y adjetivas civiles, se concluye que el juicio de menor cuantía es el cauce procedimental más ajustado para la consecución de la autorización judicial.

Rechaza los dos argumentos esgrimidos de contrario, esto es, el tenor del propio artículo 428 del Código Penal, que contiene como requisitos de no punibilidad, entre otros, la ausencia de contradicción obligada, y la aplicación analógica de las normas generales sobre jurisdicción voluntaria de los artículos 1811-1824 de la LEC.

El primero es imprósperable, se dice, porque una norma sustantiva penal no puede regular, al no ser éste su objeto, un procedimiento civil, sino que debe ser analizado a los efectos que interesan, conforme a los criterios interpretativos que establece el artículo 3 del Código Civil, y el artículo 428 del Código Penal, lo que contiene es una causa de justificación que se fundamenta, no en la ausencia de contradicción, sino en la obtención de una autorización judicial condicionada por ciertos requisitos: petición del representante legal del incapaz, dictamen de los especialistas, intervención del Ministerio Fiscal y exploración del incapaz.

En cuanto al segundo, si se recurre a la aplicación analógica, hay que tener en cuenta el artículo 4 del Código Civil, conforme al cual aquélla sólo procederá cuando las normas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón, y es claro que esta identidad no existe entre una pretensión deducida para conseguir la autorización y unas normas adjetivas. Estas normas, las establecidas en el Libro III, título 1.º de la LEC no constituyen un cuerpo orgánico, sino una enumeración de principios y criterios legales que tienen un valor supletorio; tal regulación genérica no autoriza a concebir la jurisdicción voluntaria como una actividad abierta a cualquier petición como sistema de *numerus apertus* sino que los casos de jurisdicción voluntaria han de venir directamente establecidos por la ley.

Si lo que precede es correcto, deberá acudir para obtener la autorización judicial a otras pretensiones de verdadera análoga naturaleza, como son las que pretenden las declaraciones de incapacidad y de prodigalidad. De la disposición adicional de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, se obtiene, que las declaraciones de incapacidad y prodigalidad, en cuanto limitativas de derechos, han de realizarse en juicio contradictorio, reconduciéndose a la jurisdicción voluntaria sólo los procedimientos derivados de los títulos IX y X del libro 1.º del Código Civil declarativos de derechos (constitución de tutela, curatela, defensor judicial o autorizaciones para concluir negocios jurídicos de menores o incapacitados), naturaleza que no concurre en la solicitud del representante legal del incapaz dirigida al Juez para obtener la esterilización, sino que al suponer ésta una lesión o agresión quirúrgica a la integridad física del incapaz, debe conformarse con el

principio de contradicción a través del juicio de menor cuantía, que aparte de ofrecer mayores garantías y protección por cuanto el Ministerio Fiscal actúa en él con mayor protagonismo, está autorizado por la declaración del artículo 484, párrafo cuarto, de la LEC.

III

El verdadero tema de la Consulta es, estrictamente una cuestión formal o de procedimiento, que, obviamente, carece de apoyatura expresa en el artículo 428 del Código Penal, al ser su objeto ajeno del todo a la ordenación de los trámites precisos para la autorización, pues se limita a establecer los requisitos para que opere la condición de no penalidad. Mas a pesar de los términos en que se desenvuelve la Consulta, parece obligado plantearse cuestiones relacionadas inmediatamente con su específico objeto, algunas aludidas en los textos que se acompañan, como los criterios sobre la intervención del Ministerio Fiscal, su legitimación y contenido del dictamen preceptivo. Al contrario, no formarán parte de esta Consulta, pues desbordarían lo realmente interesado, otras materias de evidente interés para la adecuada interpretación del artículo 428 del Código Penal, como son el contenido del dictamen de los especialistas, la titulación necesaria legitimadora del dictamen, o bien la determinación de los conceptos de incapaz y de deficiencias psíquicas graves. Y ello sin perjuicio de que puedan integrar el contenido de alguna Instrucción.

La Consulta, en uno de los informes que la acompañan, se refiere al fundamento de la despenalización operada, lo que puede influir en la solución del problema procesal expuesto y objeto de reflexión constante al no aparecer explicitadas en el texto del artículo 428 del Código Penal las razones de la medida despenalizadora de la esterilización, es decir en qué condiciones podrá acudirse a la intervención esterilizadora y cuáles deben ser los principios informadores de la autorización judicial y de su procedimiento.

La Fiscalía General del Estado no ha permanecido al margen del problema de las esterilizaciones de los deficientes psíquicos. Bajo la vigencia del texto dado al artículo 428 por la reforma penal de la Ley orgánica de 25 de junio de 1983, se ocupó de él en Consulta 3/1985, de 30 de abril. Aquel artículo consideraba inválido el consentimiento para las esterilizaciones, ya procediera de los incapaces o de sus representantes legales. Precisamente por su contradicción contextual no se aceptó, de modo incondicionado, la propuesta hecha por el Fiscal que consultaba de que fuera siempre relevante tal consentimiento si mediaba autorización judicial en expediente seguido con intervención del Ministerio Fiscal. Aun así en la solución dada por la Fiscalía General del Estado, se entendió que poniendo en relación el artículo 428 con normas del Derecho privado reguladoras de la incapacitación, la prohibición legal no resultaría absoluta, pues al ser la declaración de incapacidad gradual y de extensión variable, aquellas personas incapaces cuyo padecimiento fuera menos intenso tenían la posibilidad de prestar un consentimiento eficaz para la esterilización. Y se apuntaba ya que la eventual autorización limitada debería obtenerse merced a expediente, dándose a entender que sus trámites serían los mismos que los preceptuados para autorizaciones análogas.

El nuevo artículo 428, procedente de la Ley orgánica 3/1989, de 21 de junio, establece como condición de no punibilidad la autorización judicial y la sujeta al cumplimiento de requisitos sustantivos diversos, todos ineliminables. Así, la autorización judicial no operará de modo automático o por la simple constatación de la incapacidad declarada del deficiente mental y la prestación del consentimiento de su representante legal, pues ello podría dar lugar a disposiciones arbitrarias de terceros sobre bienes jurí-

dicos eminentemente personales del deficiente, con lo que quedaría la autorización judicial a merced de intereses personales, sociales o económicos de parientes o tutores, lo que está en abierta contradicción con los artículos 10 y 15 de la Constitución que protegen la dignidad e integridad física y moral de la persona y prohíben los tratos inhumano y degradantes. De lo expuesto se desprende que el consentimiento de terceros es condición necesaria que deberá ser valorada por el Ministerio Fiscal en su informe preceptivo, así como por el Juez antes de autorizar la esterilización, pero no es condición suficiente.

Establecido que en los supuestos de colisión de intereses entre terceros y el incapaz, debe resolverse siempre en base al principio de interés superior del deficiente psíquico, es preciso analizar ya los requisitos formales básicos a que se subordina la medida esterilizadora: procedimiento a seguir e intervención en él del Ministerio Fiscal.

IV

No se acoge la tesis de que la sustanciación de la autorización judicial ha de seguir los trámites del proceso declarativo ordinario de menor cuantía. Partimos de un presupuesto procesal claro: la no acumulabilidad de la declaración judicial de incapacidad y de la autorización judicial legitimadora de las esterilizaciones. Aquella, la declaración de incapacidad, es previa y no simultánea o en el mismo acto procesal, porque la autorización que contempla el artículo 428 lo es para esterilizar personas incapaces ya declaradas, pues no en vano la titularidad para instarla corresponde al representante legal, lo que presupone la previa declaración judicial de incapacidad y la constitución de la tutela.

Pues bien, dado que se trata de procesos independientes, ante la ausencia legal de específicos trámites procesales ordenadores de la autorización con finalidad esterilizadora ¿deberá acudirse para obtener ésta al proceso de menor cuantía, por presentar la esterilización analogías con la incapacitación, o al procedimiento de jurisdicción voluntaria, al que se sujetan otras autorizaciones judiciales previstas en el ordenamiento jurídico? Como se ha expuesto, el criterio minoritario de la Fiscalía que consulta, argumenta que si el procedimiento de incapacitación se acomoda *ex lege* a las normas del proceso tipo o de menor cuantía (disposición adicional de la Ley de 24 de octubre de 1983) también deberá seguirse éste para las autorizaciones cuyo objeto sea la esterilización, porque es el procedimiento prevenido para cualquier tipo de demanda en que no se disponga otra cosa (artículo 484.4 de la LEC). Pero, aparte de que en el precepto la expresión demanda se emplea en sentido técnico, lo que no cuadra con las pretensiones o solicitudes de autorización judicial, se olvida que aquella norma debe ponerse en relación con el artículo 481 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil declarativo de que «*toda contienda judicial entre partes que no tenga señalada en esta Ley tramitación especial, será ventilada y decidida en el juicio ordinario declarativo que corresponda*». Y no ofrece dudas que en el proceso previsible en el artículo 428 del Código Penal, se presume la concurrencia de intereses entre representante y representado, y no situaciones contrapuestas, ya que lo pretendido es el cumplimiento de un requisito sustancial que se hace efectivo a través de la autorización; al no ser válido el consentimiento del representante legal, la pretensión se dirige al Juez a fin de integrar un elemento de la no punibilidad, cual es la autorización supletoria del consentimiento. No existe, pues, verdadera contienda entre partes determinadas como exige el proceso declarativo de menor cuantía; se solicita, sí, una actuación procesal típica, pero no para resolver un conflicto con intereses contrapuestos, sino para que se adopte una decisión propia en la que se pondere si la esterilización pretendida es beneficiosa o no para los intereses per-

sonales del incapacitado recayentes sobre la vida, salud y bienestar físico, mental y social.

Esta falta de verdadera contradicción entre partes procesales nos conduce a la vía procesal de la jurisdicción voluntaria. Aunque el inciso segundo de la disposición adicional de la Ley de 24 de octubre de 1983 remite a la jurisdicción voluntaria únicamente los procedimientos derivados de las figuras jurídicas tratadas en los títulos IX y X del Libro 1.º del Código Civil (incapacitación, tutela, curatela y guarda de menores o incapacitados), es lo cierto que más analogías median entre el contenido de las autorizaciones allí previstas y el de la autorización para esterilizar al incapacitado, que entre la esterilización y la incapacitación, por lo que los procesos con estos últimos fines no deben ser los mismos. Sin que tampoco parezca viable la idea de que las declaraciones perseguidas en los procesos de jurisdicción voluntaria se limiten a los actos estrictamente previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir a aquellos que se hallen directamente regulados en el Libro III de la Ley Procesal. Si en la Ley de Enjuiciamiento Civil existe una relación pormenorizada de los actos de jurisdicción voluntaria, no es exhaustiva o sujeta al *numerus clausus*. Ello se desprende de la generalidad de las disposiciones de la Ley de enjuiciamiento Civil (arts. 1811-1824), y del hecho de que hay supuestos necesitados de autorización en el Código Civil y no mencionados en la Ley de Enjuiciamiento Civil para cuya consecución es preceptivo el cauce de la jurisdicción voluntaria. En tal sentido, la disposición transitoria 10.1 de la Ley de 13 de mayo de 1981 expresa que se aplicarán las normas de la jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan para otorgar las autorizaciones judiciales previstas en la presente Ley.

En definitiva, si por disposición legal la jurisdicción voluntaria es el campo procesal adecuado para el desenvolvimiento de las autorizaciones relacionadas con la incapacitación, tutela, curatela, guarda de menores o incapacitados (disposición adicional de la Ley de 24 de octubre de 1983 en relación con los artículos 211, 271, 272, 273 y 290 del Código Civil) o con la filiación y patria potestad (disposición transitoria 10.1 de la Ley de 13 de mayo de 1981 y artículos 125 y 166 del Código Civil), no debe separarse de tal procedimiento la autorización judicial para obtener la esterilización de una persona incapacitada por graves deficiencias psíquicas.

Otro argumento esgrimido en apoyo de que la autorización judicial para las esterilizaciones debe sustanciarse por el juicio de menor cuantía, es que éste ofrece mayores garantías y protección, por cuanto en él el Ministerio Fiscal actúa con mayor protagonismo. La objeción decae si tomamos nota de lo que sigue. En el proceso de jurisdicción voluntaria no existen garantías de menor entidad. Son, en todo caso, paralelas a las del proceso declarativo ordinario tipo. Los principios de prohibición de indefensión y de audiencia no están proscritos en el Libro III de la LEC. Y también la tutela judicial efectiva garantizada por la Constitución, amparadora de todo proceso, se muestra patente en los de jurisdicción voluntaria, tanto si se atiende a la Extensión de las pruebas y su investigación, como si se ponderan los recursos legalmente previstos. En los expedientes de jurisdicción voluntaria pueden ser oídos no sólo quien los haya instado (art. 1814 de la LEC), sino también cualquiera otra persona, ya sea a instancias del promotor, de quien tenga un interés legítimo e incluso del propio Juez (art. 1813 de la LEC). De otro lado, en ellos se admitirán sin necesidad de solicitud ni de otra solemnidad, los documentos que se presentaren y las justificaciones que se ofrecieren (artículo 1816 de la LEC). Interviene el Ministerio Fiscal, órgano siempre en vanguardia cuando se trate de defender la estricta legalidad, emitiendo informe escrito tras examinar las actuaciones si en el expediente están interesadas personas cuya protección y defensa le está encomendada expediente que pretenda la autorización prevenida en el artículo 428 del Código Penal, es de destacar el *plus* de garantías que suponen el informe de dos especialistas y el examen personal del incapaz por el Juez.

Por último, indicar que en tanto en los procesos de jurisdicción voluntaria, el Juez puede discrepar de lo interesado por quienes intervienen, en el juicio de menor cuantía no habiendo oposición el Juez queda vinculado (arts. 691-692 de la LEC).

Tampoco en estos procesos los medios de impugnación se apartan de los previstos en los procesos ordinarios. Se admite el recurso de apelación, a sustanciar por el trámite de los incidentes (art. 1821 en relación con los arts. 887-901, todos de la LEC), que lo será en efecto suspensivo si procede del promotor del expediente (art. 1819 de la LEC), y en un solo efecto si lo interpusieren otros intervinientes (art. 18210 de la LEC). De igual modo las resoluciones que dictaren las Audiencias tienen acceso a la casación (arts. 1822 y 1687.5 de la LEC) siempre que —como ocurre en los procesos contenciosos— tengan el carácter de definitivas (art. 1687.1 de la LEC) por poner término al proceso (art. 1689 de la LEC). Por último, indicar que si a la solicitud promovida se hiciere oposición por quienes tengan interés, el expediente se hará contencioso y se sujetará, desde que se dicte el auto declarándolo, a los trámites establecidos para el juicio que corresponda (art. 1817 de la LEC).

V

El Ministerio Fiscal se halla legitimado para instar los procesos que tienden a la declaración judicial de incapacidad (arts. 203 y 207 del Código Civil) y a la constitución de la tutela (arts. 228 del Código Civil y 3.7.º del Estatuto del Ministerio Fiscal). No lo está, sin embargo, para promover los procesos dirigidos a obtener la autorización para esterilizar a los incapaces. Según el texto del artículo 428 del Código Penal la única persona legitimada es el representante legal del incapaz.

Pero el Ministerio Fiscal si interviene en el proceso una vez iniciado éste, tanto por la declaración general contenida en el artículo 1815 de la LEC como porque en el artículo 428 del Código Penal es presupuesto necesario para la autorización su informe.

Si es ineliminable que el Fiscal sea oído, su dictamen deberá tender siempre a defender los derechos que todo deficiente tiene a la integración social y al pleno desarrollo de su personalidad en todas las esferas de la interrelación humana, incluida la de la sexualidad, para que pueda situarse en un plano de igualdad con las demás personas. Desde esta perspectiva, la medida de esterilización cumple su verdadera finalidad, y el Fiscal se opondrá a que la autorización esterilizadora pueda fundarse en intereses contrarios o distintos a los del incapaz. El criterio de mayor interés y bienestar legitimador de las esterilizaciones deberá tenerse siempre en cuenta como norma limitadora y garantista.

Si el Ministerio Fiscal ejerce en el campo de la protección de los incapacitados y desvalidos una de sus funciones más importantes e insustituibles, cuando se trate de casos como el que es objeto de consulta, debe mostrar una especial sensibilidad y cautela, por lo que sus informes en esta materia, especificativos y claros, tendrán siempre en cuenta no sólo el contenido del dictamen de los especialistas, a los que no se halla vinculado, sino también otros datos o circunstancias extraídas del examen del expediente, sin olvidar las condiciones familiares y sociales del incapaz.

CONSULTA SOBRE SI ES IMPRESCINDIBLE LA ANOTACION DE LAS CONDENAS EN LOS REGISTROS DE NATURALEZA DEL PENADO

Consulta núm. 2/1991, de 29 de abril

I

El tema central que se plantea en la Consulta es el de determinar si, después de promulgada la Constitución Española de 1978, el único Registro en donde han de anotarse las condenas es el Central de Penados y Rebeldes, y cuyo fundamento estaría en que la anotación en el Registro de naturaleza del penado podría vulnerar el derecho a la intimidad personal, especialmente protegido en la Constitución.

La tesis de la anotación exclusiva en el Registro Central de Penados y Rebeldes tendría su apoyo, además de lo anteriormente dicho, en la desaparición de los Juzgados de Distrito con la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985, Juzgados que desempeñaban tal función en virtud del Real Decreto 2988/77, de 11 de noviembre (artículo 13.1.a); en la nueva redacción del artículo 118 el Código Penal, y como consecuencia, en el Real Decreto 2012/83, de 28 de julio, sobre cancelación de antecedentes penales, y en la Ley de 1 de diciembre de 1980 sobre Conducta Ciudadana. Se añaden, además, que no proceden tales anotaciones en el Registro Civil por no hallarse amparadas en disposición legal alguna.

II

No todas las razones anteriormente expuestas han de aceptarse. Por lo pronto, si bien es cierto que la Constitución ampara el derecho a la intimidad personal (art. 18), no lo es menos que todos los derechos tienen sus límites ponderando los intereses generales, también protegidos por la norma Constitucional.

De otro lado, la anotación en cualesquiera de los Registros no lleva aparejada *per se* una publicación indiscriminada de su contenido, sino que se presenta con finalidades concretas y tasadas, que no implican necesariamente violación de la intimidad. A estos efectos, hay que tener en cuenta lo que dice el artículo 118 del Código Penal en su párrafo sexto: «Las inscripciones de antecedentes penales en el Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas. Durante su vigencia sólo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la Ley.»

El Real Decreto del Ministerio de Justicia 2988/77, de 11 de noviembre, sobre organización y funcionamiento de los decanatos de los Juzgados, señala en su artículo 13.1 que, «además de las funciones que se expresan en el artículo 5.º, corresponderán a los

decanatos de los Juzgados de Distrito: a) Anotar o cancelar en el Registro correspondiente los antecedentes penales que remitan las Audiencias y Juzgados de Instrucción, acusando recibo individual de las comunicaciones». En la actualidad, como se observa en la Consulta, los Juzgados de Distrito en cuanto tales han sido suprimidos, pero sus funciones han sido asumidas por los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción o de Paz, como taxativamente declara la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 (apartado V). Y ya más en concreto, el artículo 86 de esta LOPJ anota que: «1. El Registro Civil estará a cargo de los Jueces de Primera Instancia y, por delegación de éstos, de los de Paz, de conformidad con lo que se disponga en ella para los demás Registros Civiles, en su caso.» «2. La Ley de Planta determinará las poblaciones en las que uno o varios Jueces desempeñarán con exclusividad funciones de Registro Civil, y en las ciudades en que hubiese más de un Juzgado de Primera Instancia, cuál o cuáles de entre ellos se encargarán del Registro Civil.» Por tanto, todas las funciones encomendadas a los antiguos Juzgados de Distrito relacionadas con el Registro Civil, se entienden traspasadas a los actuales Juzgados de Primera Instancia.

Por su parte, el artículo 118 del Código Penal, lo mismo que el Real Decreto 2012/83, de 28 de julio, se refieren tan sólo a la cancelación de los antecedentes penales en el Registro Central de Penados y Rebeldes a los efectos de no apreciación de la agravante de reincidencia del artículo 10, n.º 15, del Código Penal. Y la Ley sobre Conducta Ciudadana de 1 de diciembre de 1990, determina que los informes de conducta consistirán en la certificación de antecedentes penales, con lo que parecen excluir e ignorar la anotación de los antecedentes penales en otro Registro que no sea el Registro Central de Penados y Rebeldes.

Las anotaciones de condena en el Juzgado de naturaleza del interesado, como se expone en la consulta, datan de la Orden Ministerial de 1 de diciembre de 1932, expresiva de que, «una vez recaído el acuerdo, otorgando la cancelación solicitada se comunicará al Tribunal sentenciador, al Juzgado de Instrucción origen del sumario y al de naturaleza del interesado ordenando se cancelen y dejen sin efecto las anotaciones que existan en ellos». Pero el origen de tales anotaciones, a otros efectos, es más lejano. Así, en la vigente Ley sobre Condena Condicional de 17 de marzo de 1908 se dispone en el artículo 11 que «igual testimonio —de la parte dispositiva del fallo y del auto en que se acuerde la suspensión de la condena— remitirán los Tribunales sentenciadores al Juez instructor del proceso, quien, en su caso, lo comunicará al Juez de la residencia del sentenciado». De igual modo, el Real Decreto de 23 de marzo de 1908 sobre Condena Condicional dice en su artículo 2.º que, «al quedar extinguida la responsabilidad por haber terminado el período de suspensión de la condena, el Tribunal sentenciador lo declarará también por auto, que pondrá en conocimiento del Juzgado de donde proceda la causa y del de residencia del delincuente». Y en el artículo 6.º de este mismo Real Decreto se establece que «los Juzgados Municipales (hoy de Paz) de las poblaciones donde no existan Juzgados de Instrucción llevarán un libro de registro en que consten los nombres de los penados con residencia en el término municipal, las condiciones de la condena y cuantos datos sean necesarios para la debida inspección».

III

De cuanto antecede se desprende que, en un orden legal, existen argumentos tanto para limitar la anotación de las condenas en el Registro Central, como para extenderlas al de la naturaleza del penado. Razón por la que la solución que, en definitiva, se acepte, estará condicionada por la necesidad práctica de que con la anotación se persigan fines concretos marcados por la Ley.

Y de todos es conocido que las sentencias penales no sólo conllevan los efectos penitenciarios del cumplimiento de las penas y las civiles de la restitución, reparación o indemnización de daños y perjuicios, sino que también comportan otras limitaciones, como son la privación de honores, de cargos —aun los selectivos— y de los derechos de sufragio, efectos todos ellos que llevan aparejadas las penas accesorias contenidas en los artículos 45 a 47 del Código Penal.

En este último sentido, el artículo 2.º.1 de la LO del Régimen Electoral (LO 5/1985, de 19 de junio) dice que «el derecho de sufragio —activo— corresponde a los españoles mayores de edad que no estén comprendidos en ninguno de los supuestos previstos en el artículo siguiente». Y éste (el art. 3.º.1) expresa que «carecen del derecho de sufragio: a) los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento».

Por otro lado, el artículo 6.º.1 de esta misma LO establece que «son elegibles —sufragio pasivo— los españoles mayores de edad que, poseyendo la cualidad de elector, no se encuentren incurso en alguna de las siguientes causas de inelegibilidad: 2.a) Los condenados por sentencia firme a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena».

Para la ejecutabilidad de estas limitaciones que pesan sobre el derecho constitucional de sufragio activo y pasivo en virtud de sentencias penales firmes, la propia LO del Régimen General Electoral establece las actuaciones que deberán llevarse a cabo en los Registros Civiles y en el Registro Central de Penados y Rebeldes.

Así, en el artículo 37 de la mencionada LO dice que «a los efectos previstos en los dos artículos anteriores —relativos a la revisión del Censo— los responsables del Registro Civil y del Registro de Penados y Rebeldes comunicarán, antes del 1 de febrero, a los Ayuntamientos, Consulados y a las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral, cualquier circunstancia, civil o penal, que pueda afectar a la inscripción en el Censo».

Queda claro que a los respectivos titulares de esos Registros se les confía la transmisión de las circunstancias por las que a una persona se le impide votar o ser votado. Pero hay que precisar que los encargados de los Registros Civiles harán constar las circunstancias de orden civil, y el del Registro de Penados y Rebeldes las circunstancias penales.

Aun habiendo apoyatura legal para la solución apuntada, existe, además, otra razón de índole práctica que aconseja ser transigente ante supuestos en que falte o no se acepte la inscripción de las sentencias condenatorias penales en los Registros Civiles. Se trata de la variabilidad de la situación penitenciaria del penado, que puede reducir su condena aprovechándose de los varios beneficios penitenciarios, lo que daría lugar a múltiples anotaciones sucesivas para reflejar exactamente, en cada momento, la situación dando un trabajo extra a tales Registros. Trabajo que, además, sería inútil por duplicidad, ya que todas esas circunstancias se hacen constar expresamente y con toda minuciosidad en el Registro Central de Penados y Rebeldes.

En consecuencia, en la fase de ejecución de sentencias penales, no será imprescindible pedir la anotación de condena en los registros de los Juzgados de naturaleza, sino que será suficiente con controlar celosamente su anotación en el Registro Penal de Penados y Rebeldes. Pero si el Juez o Tribunal sentenciador, basándose en los preceptos antes citados, ordena la inscripción de la sentencia en el Registro de Naturaleza del procesado, el Fiscal no se deberá oponer a ello.

CRITERIO DE COMPETENCIA TERRITORIAL EN LOS SUPUESTOS DEL DELITO ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 2 DE LA LEY ORGÁNICA 8/84

Instrucción núm. 1/1991, de 18 de marzo

I

En los últimos meses se ha recibido en esta Fiscalía General del Estado testimonio de los expedientes administrativos tramitados por la Oficina de Prestación Social de los Objetores de Conciencia en relación con determinadas personas, por entender que los hechos que se exponen podrían ser constitutivos del delito previsto en el artículo 2, párrafo 2 de la Ley Orgánica 8/84 de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de recurso en caso de objeción de conciencia, su régimen penal y se deroga el artículo 45 de la Ley Orgánica 2/79 de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Una vez recibidos a través del Ministerio de Justicia dichos expedientes administrativos, se procedía por esta Fiscalía General a remitir mediante oficio la documentación pertinente a los Excmos. e Ilmos. Sres. Fiscales Jefes de los Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales, con la finalidad de que se procediese al ejercicio de las acciones penales que pudieran corresponder, siguiendo como criterio de competencia, el del lugar donde se produce el alistamiento, es decir, el del domicilio habitual de la persona que teóricamente ha de ser llamada a filas.

Este criterio de competencia ha sido cuestionado por diversas Fiscalías, de manera que entienden que el lugar en el que se deben ejercitar las acciones legales pertinentes en el caso del delito previsto en el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/84, no es el del domicilio del insumiso, sino el del lugar en donde debería de prestar el objetor de conciencia la prestación social sustitutoria, por lo que se han devuelto a esta Fiscalía General varios expedientes a los efectos de que fuesen remitidos a las ciudades en las que al objetor de conciencia se le había señalado para la práctica de esa prestación.

Analizando las normas referentes a la legislación militar, y en concreto a lo relativo a la objeción de conciencia, no se establece de manera expresa ningún criterio de competencia ni en la Ley Orgánica 8/84 de 26 de diciembre, ni en la Ley 48/84 de la misma fecha, así como tampoco en el Real Decreto 20/88 de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de la Prestación Social de los Objetores de Conciencia.

Ahora bien, en el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/84, de 26 de diciembre, sobre régimen de recursos en caso de objeción de conciencia y su régimen penal, se establecen tres supuestos distintos que han de ser resueltos con criterios de competencia diferentes.

Así, el núm. 10 del artículo 2 de la Ley Orgánica 8/84, establece que se impondrá la pena correspondiente al objetor que faltase, sin causa justificada, por más de tres días consecutivos del centro, dependencia o unidad en que tuviese que cumplir la prestación

social sustitutoria. Este supuesto parece no plantear problema, pues de la propia redacción parece deducirse el criterio de competencia, que es el del lugar en que se consuma el delito, es decir, cuando el ya objetor de conciencia que tiene asignada una prestación social sustitutoria que cumplir en un determinado lugar, falta —sin causa justificada— por más de setenta y dos horas del centro donde tiene que prestar el servicio sustitutorio, de manera que el órgano jurisdiccional penal competente para conocer de este delito será el del Juzgado de Instrucción del lugar donde se encuentre ubicado el centro, dependencia o unidad en que el objetor tuviere que cumplir la prestación social sustitutoria.

En el número 2 del artículo 2 de la Ley Orgánica 8/84 se recoge otro supuesto diferente: el del objetor, que llamado al servicio, se deje de presentar sin justificación en el tiempo y lugar que se señale. Parece que el criterio de este supuesto es el mismo del caso anterior, de nuevo el lugar donde se consuma el delito, que en este caso es el Juzgado de Instrucción del lugar que se señale en el que se debe de presentar el objetor, y que sin causa justificada deje de efectuarlo.

Mayor complicación ofrece en cambio el núm. 3.º del artículo 2 de la Ley Orgánica 8/84, ya que en este precepto no se hace referencia a lugar alguno, por lo que aparece que las normas de competencia que han de regir en el presente caso deberán de ser las establecidas en el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiese cometido, debiendo por tanto delimitar si el delito de negativa debe ser conocido por el Juez del domicilio o, por el contrario, por el del lugar en que se ha fijado que deberá prestar el servicio sustitutorio. En realidad en este número 3.º del artículo 2 se pueden dar a su vez dos supuestos diferentes:

— El primero, el del objetor de conciencia que rehuse cumplir la prestación social sustitutoria desde el lugar de su propio domicilio, es decir, sin que en ningún momento se haya incorporado en otro lugar distinto a realizar dicha prestación sustitutoria.

— El segundo supuesto, sería el del objetor de conciencia que ha comenzado a cumplir la prestación social sustitutoria en el lugar que le ha sido asignado, pero en un momento dado y antes de finalizar la prestación, éste se niega a continuar cumpliendo el servicio civil sustitutorio.

En el primero de los casos ha de tenerse en cuenta lo que establece la Ley 19/84 de 8 de junio en cuanto al acto de alistamiento, que conforme preceptúan los artículos 31 y 32, consiste en las operaciones encaminadas a confeccionar las listas de los españoles que cumplan en el año que termine el plazo los dieciocho años, debiendo presentarse la inscripción en el Ayuntamiento correspondiente, es decir, en el del domicilio habitual del joven llamado a filas.

Así, la persona que desee solicitar la declaración del derecho fundamental de objeción de conciencia y exención del servicio militar, deberá de dirigir una solicitud al Consejo Nacional —que tiene su sede en la ciudad de Madrid—. Ahora bien, el artículo 2, punto 1 de la Ley 8/84 de 26 de diciembre, prevé que esa solicitud se puede presentar directamente ante el Consejo Nacional o por el contrario abre también la vía del artículo 66 de la Ley de Procedimiento Administrativo, es decir, mediante la presentación de la solicitud en el Gobierno Civil de la provincia en la que será a su vez el lugar en el que se produzcan las notificaciones, citaciones y demás comunicaciones al interesado.

Por tanto, el acto inicial por el que se desarrolla todo el proceso de reclutamiento o la solicitud de objeción de conciencia, tiene su origen en el domicilio habitual del interesado y es allí también donde recibe el orden de incorporarse a cumplir la prestación social sustitutoria y donde se puede producir la negativa a tal prestación. En definitiva, este lugar es donde el ciudadano declarado objetor de conciencia puede ejercitar con mayores garantías su derecho de defensa, ya que al residir habitualmente en dicho lugar podrá, con un mayor conocimiento de la realidad social de su provincia, acudir a un

Letrado del Colegio de Abogados de ese territorio, evitándose así desplazamientos inútiles que gravarían el principio de economía procesal.

El segundo de los casos, tiene en común con el primero, el que en ambos se produce por parte del objetor de conciencia un acto de voluntad tendente a negarse a cumplir la prestación social sustitutoria, pero difiere en que en este caso, se ha producido el desplazamiento del objeto al lugar donde se le ha asignado el cumplimiento de la prestación social, de manera que cuando se produce la negativa mientras se encuentra en el lugar que le ha sido asignado cumpliendo el servicio civil, la regla de competencia en este caso será la que establece el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por ello, esta Fiscalía General del Estado entiende que el criterio de competencia territorial en los casos del delito previsto en el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/84, de 26 de septiembre, es el siguiente:

— En el caso del número 2 del artículo 2 de la Ley Orgánica 8/84, el criterio de competencia es que será el Juez de Instrucción del lugar que esté señalado para que el objetor haga su prestación.

— En el caso del núm. 3 del artículo 2 de la Ley Orgánica 8/84, el criterio de competencia es, en el primer supuesto que se ha narrado con anterioridad, que de estas conductas conocerá el Juez de Instrucción del domicilio habitual de la persona que se niegue a prestar el servicio civil sustitutorio, y no el del lugar de su cumplimiento; por el contrario, en el segundo supuesto que analizamos, el criterio de competencia será que conocerá de estos delitos el Juez de Instrucción del lugar donde se encuentra cumpliendo el objetor el servicio civil sustitutorio.

— Puede darse el supuesto de los españoles que se encuentren residiendo fuera del territorio nacional y pendientes de cumplimiento del servicio militar. Estas personas, todos los actos que se practican conforme a la Ley 19/84 deberán de canalizarlos a través de los Consulados Españoles en el extranjero, de manera que a través de estas delegaciones consulares se practiquen los actos de comunicación y en su caso de declaración de objeción de conciencia. En el supuesto de que el órgano competente para conocer de la instrucción y fallo de estos delitos, será la Audiencia Nacional, conforme el artículo 65.e) de la LOPJ.

Lo que pongo en conocimiento de los Excmos. e Ilmos. Sres. Fiscales, para que, en los casos que lo consideren conveniente, puedan abrir previamente diligencias de investigación y/o, en su caso, proceder al ejercicio de las acciones penales que correspondiesen por denuncia o querrela por los supuestos recogidos en el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/84, siempre de acuerdo con los criterios de competencia más arriba expresados.

INDEMNIZACIONES POR DAÑOS PERSONALES DERIVADOS DE ACCIDENTES DE CIRCULACION

Instrucción núm. 2/1991, de 9 de abril

I

La Fiscalía General del Estado viene comprobando a través de datos obrantes en al misma, criterios muy dispares entre las diferentes Fiscalías a la hora de solicitarse indemnizaciones por daños personales derivados de accidentes de circulación. Disparidad que alcanza cotas preocupantes cuando, en el caso concreto que motiva la petición de las indemnizaciones, las circunstancias personales, familiares y de otra índole que concurren en las víctimas, son de idéntica o análoga naturaleza. Sin duda, ello repercute en las resoluciones judiciales a la hora de fijar la responsabilidad civil, sobre todo cuanto la acción ha sido ejercitada exclusivamente por el Ministerio Fiscal.

II

El Ministerio de Economía y Hacienda, a través de la Dirección General de Seguros, ha colaborado con el Instituto Nacional de Toxicología, la Sección Española de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros, ICEA y otras organizaciones del sector, en la elaboración de un sistema para la valoración de daños personales derivados de accidentes de circulación, publicando el mismo mediante una Orden de 5 de marzo de 1991, «Boletín Oficial del Estado» del día 11 de dicho mes.

La aplicación del Baremo en cuestión no tiene un carácter vinculante para las Entidades aseguradoras, si bien se recomienda a las mismas su utilización.

De observarse tal sistema por las aseguradoras, se conseguiría un cuádruple objetivo, según se desprende de la mencionada Orden:

A) Reducir al máximo la gran disparidad existente en la fijación de las cuantías de las indemnizaciones.

B) Conseguir un mecanismo de certeza considerable en un sector donde existe gran indeterminación, respetando el principio de seguridad jurídica que contempla el artículo 9.3 de la Constitución.

C) Fomentar un trato análogo para situaciones de responsabilidad cuyos supuestos de hecho sean coincidentes, respetándose así el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución.

D) Reducir al máximo las actuaciones judiciales en este sector.

III

Si la Orden Ministerial a la que se ha hecho referencia, no tiene carácter vinculante para las Entidades aseguradoras, menos aún lo tendrá para el Ministerio Fiscal.

Sin embargo, los baremos orientadores contenidos en la misma, deberán ser tenidos en cuenta por los Señores Fiscales, *con el fin de unificar criterios*, de forma que las indemnizaciones solicitadas no sean nunca inferiores a las señaladas en las tablas del anexo de la Orden, tanto en los supuestos de muerte como en los casos de incapacidad, bien sea ésta temporal o definitiva, sin perjuicio de valorar debidamente las circunstancias que concurran en el caso concreto a la hora de solicitar indemnizaciones en cuantía superior a las previstas en las tablas indicadas.

MEDIDAS DE SEGURIDAD PREDELICTUALES

Instrucción núm. 3/1991, de 13 de mayo

Se ha tenido conocimiento en esta Fiscalía General del Estado de que por algunos Fiscales se siguen solicitando medidas de seguridad predelictuales, al amparo de la Ley 16/1970 de 4 de agosto, de Peligrosidad y Rehabilitación Social, interpretación que es contraria a lo fijado por el Tribunal Constitucional; así, en Sentencias 23/1986, de 14 de febrero; 21/1987, de 19 de febrero; 131/87, de 20 de julio.

En consecuencia, intereso de VE/VI que se acomode la posición de las Fiscalías a la mencionada doctrina del Tribunal Constitucional que establece que «en virtud del principio de legalidad penal, consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución Española, no cabe la adopción de pena o medida de seguridad sobre quien no haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal», por lo que encarezco de VE/VI, que no soliciten los Fiscales en lo sucesivo medidas de peligrosidad predelictuales, y que, se promueva la revisión de las ya impuestas.

**NOTIFICACION DE SENTENCIAS ABSOLUTORIAS
EN PROCESOS POR CONDUCCION BAJO LA INFLUENCIA
DE BEBIDAS ALCOHOLICAS
A LAS JEFATURAS DE TRAFICO**

Instrucción núm. 4/91, de 13 de junio

La Fiscalía General del Estado ha detectado que numerosos procesos por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas del artículo 340 bis a), núm. 1 del Código Penal, terminan por sobreseimiento, o por sentencias absolutorias, cuando la cifra de alcohol en sangre está por encima de 0,8 gramos de alcohol por 1.000 centímetros cúbicos y hasta cifras de 1,2 ó 1,5 gramos por 1.000 centímetros cúbicos.

Sin entrar a analizar ahora el tipo del 340 bis a), núm. 1, que tiene una interpretación ya consolidada por nuestros Tribunales, sí quiero llamar ahora la atención de los señores Fiscales, para que cuando se produzcan esos sobreseimientos o sentencias absolutorias, y consideren que los hechos no son constitutivos de delito —pues de serlo deberían recurrir esas resoluciones judiciales—, pidan a los Juzgados y Tribunales, que notifiquen las mismas a las Jefaturas Provinciales o Locales de Tráfico, a fin de que pueda entrar en juego el Derecho Administrativo Sancionador, pues aunque algunas de esas conductas no sean delictivas, no cabe duda que puedan merecer un reproche como ilícito administrativo.

ATRIBUCIONES Y COMPETENCIAS DE LOS FISCALES DELEGADOS DE LA FISCALIA ESPECIAL PARA LA PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS

Instrucción núm. 5/1991, de 25 de junio

I

La Ley 5/88, de 24 de marzo, al reformar el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, creó como órgano *ex novo* de esta institución la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas, especificando en el artículo 18 bis 1 y 2 las funciones que, bajo la dirección del Fiscal General del Estado, le han sido encomendadas.

En consonancia con los objetivos descritos en su preámbulo, el apartado c) del artículo 18 bis 1 le atribuye la función de «coordinar las atribuciones de las distintas Fiscalías en orden a la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas», y al objeto de cumplir adecuadamente esta labor se establece en el párrafo 2.º del indicado apartado que «cuando el número de procedimientos así lo aconseje el Fiscal General del Estado podrá designar a uno o varios Fiscales para que actúen en relación directa con dicha Fiscalía Especial».

Hasta el momento presente, y atendiendo no sólo al parámetro fundamental del número de procedimientos, sino también a otros significativos indicadores cuales son los números de detenidos, decomisos y sustancias decomisadas, el Fiscal General del Estado, oído el Consejo Fiscal y a propuesta conjunta del Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial y de los Fiscales Jefes de los respectivos órganos, ha designado ya varios Fiscales para esta específica materia en aquellas Comunidades Autónomas y provincias en que el fenómeno criminal del tráfico ilegal de drogas tiene una especial incidencia, configurando así una estructura territorial en la que cabe distinguir: a) los Fiscales Delegados-coordinadores a nivel autonómico, y b) los Fiscales Delegados a nivel provincial. El artículo 5 del Real Decreto 675/89, de 9 de junio (y antes el artículo 2 del Real Decreto 1544/88, de 23 de diciembre), recoge esta distinción al prescribir que «el Fiscal General del Estado podrá designar en cada Comunidad Autónoma un Fiscal como delegado para la coordinación de las actuaciones de las distintas Fiscalías o de los Fiscales designados en orden a la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas». Unos y otros dependen jerárquicamente del Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial, quien a tenor del artículo 18 bis 1 c), párrafo 2.º del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal «tendrá con respecto a ellos, sólo en el ámbito específico de su competencia, las mismas facultades y deberes que corresponden a los Fiscales Jefes de los demás órganos del Ministerio Fiscal».

El texto legal consagra, pues, la dependencia jerárquica de estos Fiscales respecto a la Fiscalía Especial en el amplio campo de la prevención y represión del tráfico ilegal

de drogas, aunque compatibilizándola, como no podía ser menos, con el deber de informar de estos asuntos al Fiscal Jefe del órgano en que desempeñen sus funciones. El expreso reconocimiento de esta situación era imprescindible para que la Fiscalía Especial pudiera desempeñar adecuadamente la labor de coordinación que estatutariamente le ha sido asignada en una parcela de la criminalidad en la que, por sus dimensiones y gravísimas consecuencias, es si cabe más indispensable la unidad de actuación como expresamente señala el preámbulo de la Ley 5/88, de 24 de marzo.

El diseño territorial expuesto se completa con la posibilidad de designar Fiscales colaboradores que, como órganos de apoyo, asistan a los Fiscales Delegados, en la ejecución de su cometido.

La experiencia ha puesto de manifiesto que la eficacia en el ejercicio de la función y en el desempeño de las tareas coordinadoras requiere precisar al máximo los mecanismos de nombramiento y remoción, las concretas funciones que deben asumir y su situación en la estructura interna de la Fiscalía a la que orgánicamente pertenecen, contemplando naturalmente su intervención en el despacho ordinario de los asuntos y en las respectivas Juntas de Fiscalía.

II

I) NOMBRAMIENTOS Y REMOCION

A) NOMBRAMIENTOS

1. De los Fiscales Delegados de la Fiscalía Especial

Se nombrarán por el Fiscal General del Estado, oído el consejo Fiscal, a propuesta del Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial, a quien le será remitido informe sobre todos los peticionarios por el Fiscal Jefe de la Fiscalía a la que pertenezcan. Todos los así nombrados serán Fiscales Delegados de la Fiscalía Especial.

2. Del Fiscal Delegado-Coordinador en las Comunidades Autónomas pluriprovinciales

Cuando en una Comunidad Autónoma pluriprovincial se nombren varios Fiscales Delegados por existir precisamente en la misma Comunidad Autónoma más de una Fiscalía, el Fiscal General del Estado, al hacer el nombramiento conforme al párrafo anterior, designará a uno de ellos como Delegado-Coordinador en todo el ámbito territorial de la respectiva Comunidad Autónoma, procurándose, como criterio general, que el nombramiento recaiga en quien esté destinado en la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia.

Igual criterio regirá en el supuesto, aunque sea excepcional, de que se nombrara más de un Fiscal Delegado en una Comunidad Autónoma uniprovincial.

3. De los Fiscales Colaboradores

Para asistir a los Fiscales Delegados en su cometido podrán asignarse uno o varios Fiscales de la plantilla correspondiente, por el Fiscal Jefe respectivo, oída la Junta de Fiscales. salvo cuando el Fiscal General del Estado la considere absolutamente necesari-

ria, en cuyo supuesto lo acordará directamente, siguiendo el procedimiento establecido en el apartado 1.

4. Relaciones de los Fiscales Delegados con la Fiscalía Especial

A la Fiscalía Especial, bajo la dirección del Fiscal General del Estado, corresponde la coordinación de los Fiscales comprendidos en los anteriores apartados, a cuyo fin establecerá criterios para asegurar la unidad de actuación, celebrándose al efecto Juntas, como mínimo, una vez cada tres meses.

El Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial, en el ámbito específico de su competencia, tendrá las mismas facultades y deberes de los Fiscales Jefes de los demás órganos del Ministerio Fiscal, con respecto a todos los Fiscales Delegados y colaboradores.

B) REMOCION

Todos los Fiscales así designados podrán ser removidos por el Fiscal General del Estado, «a propuesta del Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial y oído el Fiscal Jefe respectivo».

II) FUNCIONES

A) En orden a la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas, los Fiscales Delegados, en su ámbito territorial respectivo, ejercerán las siguientes funciones:

1.ª Centralizar la información sobre procedimientos judiciales comunicando a la Fiscalía Especial los datos de mayor interés y, en todo caso, la calificación provisional o escrito de acusación, la sentencia dictada y las principales incidencias de su ejecución.

2.ª Dirigir, impulsar y coordinar las investigaciones de la Policía Judicial en esta materia, impartiendo las órdenes pertinentes.

3.ª Seguimiento de las investigaciones patrimoniales que a la Fiscalía Especial atribuye el artículo 18 bis 1.d) del EOMF, una vez acordada por ésta su incoación, a la que informarán de su desarrollo proponiéndole fundamentalmente, cuando a su juicio proceda, el archivo o el ejercicio de la acción penal.

4.ª Colaborar con la Autoridad Judicial en el control del tratamiento de los drogo-dependientes a quienes se haya aplicado la remisión condicional en los términos establecidos en el artículo 18 bis 1.e) del EOMF.

5.ª En el campo de la prevención colaborar estrechamente con las instituciones estatales, autonómicas, provinciales y municipales y con las Fundaciones y Asociaciones públicas o privadas interesadas.

6.ª Promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional en orden a la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas de acuerdo con lo establecido en las leyes, tratados y convenios internacionales.

7.ª Recabar la colaboración de las Fiscalías de los Tribunales Militares en relación con los hechos cometidos en centros, establecimientos y unidades militares.

8.ª El despacho de los asuntos de mayor importancia.

B) Los Fiscales Delegados-Coordenadores, además de esas funciones, tendrán la misión de impulsar la actuación unitaria y conjunta de los Fiscales Delegados de su Comunidad Autónoma, siempre bajo la dirección y siguiendo las instrucciones del Fis-

cal Jefe de la fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas.

III) RELACIONES DE LOS FISCALES DELEGADOS CON LAS RESPECTIVAS FISCALÍAS Y DE LA RELEVACION DEL DESPACHO ORDINARIO

1) Sin perjuicio de su relación jerárquica con respecto al Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial, establecida en el epígrafe I.4 de esta Instrucción, los Fiscales Delegados deberán informar de los asuntos de su competencia al Fiscal Jefe del órgano en que desempeñen sus funciones.

2) Si por el volumen y complejidad de su específico trabajo, como Fiscales Delegados, estimaren que debieran ser relevados del despacho ordinario de los asuntos que pudieran corresponderles en su Fiscalía respectiva presentarán una Memoria fundada. El Fiscal General del Estado acordará dicha relevación, si la estima justificada a propuesta del Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial, oído el Fiscal Jefe de la respectiva Fiscalía.

3) El Fiscal Delegado-Coordinador, a que se refiere el epígrafe I.A.2 de esta Instrucción, podrá asistir a las Juntas que se celebren en cualquiera de las Fiscalías de la Comunidad Autónoma, si en el orden del día se hubiera incluido cualquier materia de su especial competencia, a cuyo efecto los Fiscales Jefes se lo comunicarán con antelación suficiente. Cuando el Fiscal Delegado asistiera a dichas Juntas sólo tendrá voz y voto en las cuestiones de su competencia.

SOBRE GARANTIAS EN LAS AUTORIZACIONES JUDICIALES DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS SOMETIDOS A PROCEDIMIENTOS DE EXPULSION

Instrucción núm. 6/1991, de 23 de octubre

Se ha tenido conocimiento en esta Fiscalía General del Estado, por visitas realizadas por Asesores del Defensor del Pueblo a diversos establecimientos penitenciarios, que en algunos de éstos se encuentran ingresadas personas de nacionalidad extranjera, con motivo de la instrucción por la autoridad gubernativa de expedientes administrativos de expulsión.

Tales internamientos no son admisibles, de acuerdo con la Ley Orgánica 7/85 de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, cuyo artículo 26, núm. 2 especifica que los extranjeros sometidos a procedimientos de expulsión han de ser internados en centros o locales que no tengan carácter penitenciario. La letra del artículo es clara y no se puede alegar en su contra, para ignorarla, la inexistencia de locales para ejecutar esas medidas.

Por todo ello, me dirijo a V E/V I. para que los Fiscales vigilen, en los expedientes de internamiento de extranjeros sujetos a procedimientos de expulsión, el cumplimiento de las siguientes reglas, que ya fueron recomendadas en su día por el Defensor del Pueblo:

1.ª Se ha de ser consciente que la medida del internamiento, por la naturaleza del bien jurídico implicado, ha de estar inspirada por un principio de excepcionalidad; criterio mantenido por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 115/87, de 7 de julio.

2.ª Estos internamientos no pueden verificarse en Centros Penitenciarios, ni en Comisarías de Policía.

En efecto, al realizarse en aquellos centros, se incumple la letra del citado artículo 26, núm. 2, y al practicarse en las dependencias policiales se contraviene el sentido y la finalidad del precepto, por cuanto el mismo pretende que esta privación de libertad no tenga carácter aflictivo, y hay que tener en cuenta que los calabozos de las distintas Comisarías de Policía están previstos para una privación de libertad breve, de setenta y dos horas como máximo.

Es, por tanto, la propia Autoridad gubernativa que solicita la medida quien debe acreditar también la existencia de locales que reúnan tales condiciones y que existen efectivamente plazas disponibles en los mismos.

3.ª El extranjero queda a disposición del Juez en estos internamientos, por su carácter de garante principal de la libertad. Es, en definitiva, el Juez el que ha de valorar las razones que pueden existir para la adopción de tan grave medida.

4.ª La Autoridad gubernativa ha de indicar al Juez, al solicitar el Auto de internamiento, el Centro concreto donde va a ser internado el extranjero, así como las causas que han aconsejado tal petición, lo que lleva consigo el que la Autoridad judicial proce-

da a un control efectivo de la medida restrictiva de la libertad, así como que valore la oportunidad de su otorgamiento.

5.^a El internamiento se ha de otorgar, previa la presencia física del detenido ante la Autoridad Judicial, con la pretensión de que dicha Autoridad Judicial escuche a dicha persona y adopte su decisión con mayor conocimiento de su causa.

6.^a El Juez, al elaborar el criterio sobre la posibilidad de internamiento, ha de tomar en consideración el dato de si el extranjero en cuestión ha sido ya internado con anterioridad. Con ello se evita la figura del internamiento sobrevenido o sucesivo.

7.^a La Resolución judicial que acuerde el internamiento ha de ser motivada, tal como afirma la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/87, de 7 de julio.

8.^a Los Autos de internamiento extendidos por los Jueces, dan una autorización a la Administración para que se prive de libertad al extranjero «por el plazo máximo legal permitido de cuarenta días», lo que no quiere decir que esos cuarenta días hayan de concederse inicialmente, ni que siempre se concedan cuarenta días, ya que como dice el Tribunal Constitucional «en el caso de haberse autorizado una duración menor, puede la autoridad administrativa solicitar de nuevo del órgano judicial la ampliación del internamiento, sin superar, claro está, el tiempo máximo fijado por la Ley», tiempo que tampoco es obligatorio conceder y habrá que atender al caso concreto.

9.^a La Autoridad Judicial deberá efectuar un control o seguimiento directo del internamiento acordado, acreditándose en el expediente cuándo se inicia, cuándo cesa el internamiento y por qué causas y personándose en el centro de detención a los fines de analizar las condiciones o régimen de la privación de libertad, teniendo en cuenta que al extranjero sólo se le priva en estos internamientos de la libertad de circulación, no de los demás derechos de que son titulares los extranjeros en España, conforme el artículo 13 de la Constitución.

Por todo ello, los Fiscales, cumpliendo el mandato impuesto por el artículo 124 de la Constitución y por su Estatuto Orgánico, han de vigilar el cumplimiento de las reglas anteriores, debiendo notificárseles los Autos de internamiento para el control sobre la efectividad de las garantías anteriormente establecidas y, si no se han cumplido, para ejercitar los recursos que autoriza el Ordenamiento Jurídico. Además los Fiscales deberán visitar periódicamente esos centros de internamiento de extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4, núm. 2, de su Estatuto Orgánico para comprobar el respeto de los anteriores criterios.

CRITERIOS DE ACTUACION EN LOS SUPUESTOS DE INFRACCIONES CONTRA EL ORDEN SOCIAL

Instrucción núm. 7/1991, de 8 de noviembre

El alto nivel de siniestralidad laboral que viene produciéndose en los últimos tiempos es una lamentable realidad, puesta de manifiesto constantemente por las organizaciones sindicales, medios de comunicación y fuerzas sociales. La estabilidad que, según las estadísticas oficiales, parecen haber alcanzado las cifras de accidentes laborales en los últimos años, no puede dejar de preocupar a los poderes públicos y a la sociedad en su conjunto, y así se manifiesta repetidamente.

Basta con recordar que en el año 1988 se produjeron 1.288 accidentes en jornada de trabajo con resultado de muerte, que pasaron a ser 1.438 en 1989 y 1.466 en 1990, siendo los sectores de la minería, la industria, construcción y transportes los más afectados, concretamente con 855 muertos en el año 1988, 979 en 1989, experimentando un ligero descenso en 1990, año en que se sitúa en 965 accidentes mortales, lo que demuestra que la incidencia de mortalidad en estas actividades laborales en relación con el número global se aproxima al 60 por 100. El número total de accidentes comprendiendo los mortales y no mortales producidos en el año 1988 fue de 579.032, cifra que se eleva a 646.182 en el año 1989 y que se sitúa en 696.703 en el año 1990, según datos de la Subdirección General de Estadística del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Por Comunidades Autónomas, es sin duda Cataluña una de las de mayor siniestralidad, con 166.338 en el año 1990, lo que supuso un incremento porcentual del 6,9 por 100 en relación con el año anterior. De estos accidentes, la mayor parte corresponde a la ciudad de Barcelona, con 130.898, si bien es la Comunidad Autónoma de Madrid donde el nivel porcentual aumenta alarmantemente en los últimos años de forma que, si en el año 1988 se registraron 73.083 accidentes, en 1989 pasaron a 81.296, lo que supuso un aumento porcentual del 11,2 por 100, para llegar en el año 1990 a 91.409, lo que implica un 12,4 por 100 de incremento. Igualmente es preocupante el porcentaje de aumento en Andalucía, que pasa de un 10,4 por 100 en 1989 a un 11,9 por 100 en 1990, observándose por contra una sensible reducción en Castilla-La Mancha, que en 1989 experimentó un aumento del 18,2 por 100, para pasar en 1990 a 10,1 por 100. En todo caso, estas cifras en el conjunto del Estado parecen corregirse y se vislumbra un más esperanzador futuro, puesto que, si bien el porcentaje de incremento en el año 1989 era del 11,6 por 100, en 1990 se modera considerablemente, no superando el 7,8 por 100, que, aun así, se mantienen en niveles difícilmente aceptables.

No cabe afirmar que estos resultados dañosos para la vida y la integridad física de los trabajadores sean consecuencia del riesgo implícito de toda actividad laboral, pues si bien es cierto que el riesgo es inmanente a la prestación del trabajo, no lo es menos que, a diferencia de lo que ocurre en otras actividades, de ocio o deportivas, en que el riesgo es asumido voluntariamente, en estos supuestos el riesgo es prácticamente obli-

gado para el trabajador. De ahí que siempre que se produzcan estos resultados lesivos, deberá examinarse detenidamente si obedecen a comportamientos negligentes, bien por culpa *in vigilando* o por imprudencia, al no realizarse la actividad laboral cumpliendo las medidas de seguridad que legal o reglamentariamente aparezcan establecidas, en cuyo caso estos comportamientos deberán de ser perseguidos a tenor de lo establecido en el artículo 565 del vigente Código Penal.

Luchar contra estos hechos, que enturbian nuestro más pleno desarrollo social, es un compromiso del Estado Social de Derecho querido por el pueblo español y cuya construcción y desarrollo obliga a todos los Poderes Públicos, para lograr la efectividad de los valores superiores que inspiran nuestro ordenamiento jurídico. No cabe por consiguiente la actitud fatalista o resignada de considerarlos el precio a pagar por el incremento de la riqueza y el progreso. Por tanto, es necesario actuar decididamente desde los distintos ámbitos: hacerlo desde la sociedad es un acto de civismo y de solidaridad humana; hacerlo desde el Estado es una obligación ineludible. Y este compromiso afecta también al Ministerio Fiscal, quien a fin de procurar la satisfacción del interés social y en cumplimiento del mandato constitucional contenido en el artículo 124, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos de la Administración, deberá actuar en el ámbito de sus competencias y atribuciones y ejercitar cuantas acciones penales y civiles sean procedentes.

Pero no solamente deben preocuparnos estos hechos que, por su mayor difusión, son más conocidos. Antes más bien, parece que otras situaciones irregulares que afectan al mundo del trabajo son consecuencia de incumplimientos tan notorios como evitables de la legalidad. Pensemos en situaciones tales como el reclutamiento o la contratación ilegal de emigrantes, discriminación, el incumplimiento de prescripciones legales, reglamentarias o convencionales en materia de seguridad e higiene en el trabajo, la contratación en fraude de ley o la vulneración de los derechos fundamentales de libertad sindical y de huelga. Todas estas conductas se repiten con indeseada frecuencia, a pesar de estar prohibidas expresamente en la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, que supuso un avance innegable de homogeneización de la normativa laboral, al agrupar en un solo texto la legalidad sancionatoria que venía dispersa en numerosas disposiciones tipificadoras de conductas que no están faltas de sanción penal. Así, en el artículo 177 bis del Código Penal se protegen los derechos a la libertad sindical y de huelga; en los artículos 348 bis a) y 427 del derecho a la salud e integridad física de los trabajadores, y en los artículos 499 bis y 348 bis a) referentes a los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo, la estabilidad del empleo y el cumplimiento de los derechos laborales más trascendentales.

Sin embargo, no puede olvidarse que la prevención es uno de los medios más eficaces para alcanzar el progreso, y en definitiva es la Administración en sus distintos ámbitos, Estatal y Autonómico, quien deberá extremar las medidas de vigilancia y control en evitación de que se produzcan esos resultados dañinos. Pero si llegaran a producirse, deberá procurarse la reparación de los daños y perjuicios causados, actuando bajo los principios de suficiencia y rapidez, a cuyo fin se dictan las oportunas instrucciones para homogeneizar la cuantía de las responsabilidades civiles.

Nuestro Código Penal dispone, por tanto, de mecanismos protectores del orden social, pese a que en ocasiones se olvida la vía penal, por considerar que el Derecho administrativo sancionador es suficiente y que lo contrario supondría una expansión del Derecho Penal incompatible con el principio de intervención mínima. En otras ocasiones, es la desconexión entre los órganos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con el Ministerio Fiscal lo que impide que el Fiscal pueda obtener la *noticia criminis*, o a la inversa, que se produzca una doble denuncia, dando lugar a una dualidad de procedimientos cuando existe una identidad de sujetos, hechos y fundamentos.

Para evitar que se vulnere el principio *non bis in idem*, es preciso delimitar el ámbito competencia entre la Autoridad Laboral y el Ministerio Fiscal, en el marco necesario de unas relaciones fluidas entre ambas Instituciones. Para lograrlo, esta Fiscalía General del Estado ha venido manteniendo contactos con la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pero es preciso tener en cuenta que en determinadas Comunidades Autónomas se han producido transferencias en materia de seguridad e higiene en el trabajo, y concretamente a las Comunidades de Andalucía, mediante Decreto de 29 de diciembre de 1980; Canarias, por Decreto de 11 de abril de 1984; Cataluña, por Decreto de 7 de septiembre de 1979; Galicia, por Decreto de fecha 31 de julio de 1980; Navarra, mediante Decreto de 11 de abril de 1986; en el País Vasco, por Decreto de 7 de septiembre de 1979, y en Valencia, por Decreto de fecha 29 de diciembre de 1982, les fueron transferidas competencias en materia de Seguridad e Higiene en el Trabajo, lo que obliga necesariamente a que en estas Comunidades Autónomas los Sres. Fiscales deban relacionarse con las Autoridades Laborales Autónomas respectivas.

Integrar estas dos formas de actuar, la administrativa y la penal, evitando interferencias competenciales y lograr la deseada coordinación y armonía en las actuaciones, de forma que se puedan alcanzar resultados eficaces, es el propósito con el que me dirijo en esta ocasión a los Sres. Fiscales, con la certeza de que no escatimarán esfuerzos para intervenir ante estas situaciones que en la actualidad ocasionan un grave daño social, a fin de conseguir la mayor amplitud y efectividad posible en la protección de los derechos de los trabajadores, mediante las siguientes *Instrucciones*, sin perjuicio de que, a la vista de los informes que semestralmente deberán elevar a esta Fiscalía General los Sres. Fiscales, así como de las sugerencias de las respectivas Juntas de Fiscalía, puedan modificarse o ampliarse en el futuro:

1.ª Trimestralmente, los Sres. Fiscales Jefes, previo aviso de cortesía, deberán reunirse con las Autoridades Laborales Estatales y Autonómicas —donde se haya efectuado la transferencia— con asistencia del Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo, a fin de diseñar el plan de operación conjunta que evite la doble incriminación, debiendo dar cuenta a esta Fiscalía General de los acuerdos alcanzados en cada una de esas reuniones.

2.ª De conformidad con lo establecido en el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y con lo prevenido en el artículo 3.1. de la Ley 8/88, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones en el orden social, en los supuestos en que las infracciones constatadas pudieran ser constitutivas de delito, la Administración trasladará el expediente al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la Autoridad Judicial no dicte Sentencia, o previamente sea archivado por el Fiscal.

En desarrollo de los citados criterios, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a través de la Dirección General de la Inspección, de acuerdo con esta Fiscalía General del Estado, dictó la Instrucción 104/91, y al unísono la Instrucción de 8 de noviembre de 1991 de la Subsecretaría del referido Ministerio, que para conocimiento de los Sres. Fiscales se adjunta.

3.ª Una vez recibido por la Fiscalía el expediente remitido por la Autoridad Laboral, en virtud de lo establecido en el artículo 5 de su Estatuto Orgánico y 785 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, iniciará las correspondientes diligencias de investigación, a cuyo fin la Autoridad Laboral le prestará el auxilio necesario.

Dichas diligencias deberán practicarse con la mayor celeridad posible y se intentará aportar a las mismas todo el material probatorio, cursando las órdenes precisas a los funcionarios de la Policía Judicial. Conviene 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 2/1988 de la Fiscalía General del Estado.

4.^a En la sustanciación de la investigación, los Sres. Fiscales deberán ajustarse a lo prevenido en la Circular núm. 1/1989 sobre el Procedimiento Abreviado, teniendo en cuenta que, en caso de que se desvanecieran los indicios que motivaron la misma, una vez producido el archivo, deberá notificarlo con la mayor brevedad posible a la Autoridad Laboral correspondiente, a fin de que pueda continuar con el expediente sancionador.

En dichas diligencias deberá oírse necesariamente a los perjudicados, a quienes se les informará cumplidamente de sus derechos y concretamente de las indemnizaciones que pudieran corresponderles y solicitarse en su día.

5.^a En el ámbito de las responsabilidades civiles, dada la actual indeterminación e indefinición, a fin de garantizar el principio de la seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución Española) y para lograr la necesaria armonía en todo el Estado, los Sres. Fiscales deberán ajustarse a los criterios contenidos en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de marzo de 1991 (BOE de 11 de marzo de 1991) y que fue objeto de la Instrucción 2/91, en la que se da publicidad a un sistema indicativo para la valoración de los daños personales derivados de accidentes de circulación, en la medida en que resulte aplicable. Ahora bien, teniendo en cuenta que el riesgo en la circulación se asume voluntariamente, salvo que el conducir constituya una actividad profesional, y que la prestación de trabajo no se asume con idéntico grado de libertad, esta falta de voluntariedad en la asunción del riesgo deberá tenerse en cuenta para procurar criterios más rigurosos en la valoración de la imprudencia causante del daño, con arreglo al baremo contenido en la referida orden.

6.^a Semestralmente, deberá remitirse a esta Fiscalía General una relación de las diligencias incoadas por delitos contra el orden social, tanto internas de la Fiscalía como Judiciales, especificando el estado de las mismas, así como las sentencias o resoluciones que pongan fin al procedimiento y las sugerencias que V E/V I estime de interés para lograr más eficazmente el resultado que pretende esta Instrucción.

NOTIFICACIONES DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES JUDICIALES A LAS PERSONAS QUE NO HAN SIDO PARTE EN PROCESOS EN LOS QUE SE LES CONCEDEN INDEMNIZACIONES

Instrucción núm. 8/1991, de 8 de noviembre

Se viene observando por esta Fiscalía General del Estado que, en la mayoría de los procesos penales en los que se conceden en sentencias criminales indemnizaciones a los perjudicados por un delito, no se les notifica a los mismos dicha sentencia, con lo que puede transcurrir mucho tiempo hasta que perciban el importe de las cantidades reconocidas, ya que no tienen posibilidad de intervenir oportunamente en las ejecutorias.

Dicha práctica judicial no es conforme con lo dispuesto en el artículo 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que «las diligencias de ordenación, providencias, autos y sentencias se notificarán a todos los que sean parte en el pleito o la causa, y también a quienes se refieran o puedan parar perjuicios, cuando así se disponga expresamente en aquellas resoluciones, de conformidad con la Ley», precepto que tiene su antecedente directo en el artículo 260 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que, según la doctrina y la jurisprudencia, se ha estimado que es de aplicación supletoria al proceso penal.

Ello supone un olvido de la situación jurídica de las víctimas de los delitos, situación que cada vez es más tenida en cuenta por las nuevas corrientes doctrinales de Derecho Penal y Procesal, por las legislaciones de los diversos países, así como por las Resoluciones y Recomendaciones de Organismos internacionales de los que España forma parte.

La idea de la que hay que partir es que por los poderes públicos, y principalmente por los Tribunales de Justicia y Fuerzas de Seguridad, no se agrave el daño que a la víctima ya ha producido el delito, evitando el fenómeno que se ha dado en llamar «victimización secundaria».

Por lo anteriormente expuesto, me dirijo ahora a los Sres. Fiscales, para que interesen de los órganos jurisdiccionales que acuerden la notificación de las sentencias y demás resoluciones en las que se concedan derechos o indemnizaciones a las personas a cuyo favor se les hayan reconocido, aunque no hayan sido parte en el proceso.

SOBRE ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES EN LOS DELITOS DE TRAFICO ILEGAL DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

Instrucción núm. 9/1991, de 26 de diciembre

I. INTRODUCCION

Por exigencias del tipo del artículo 344 del Código Penal y del subtipo agravado del artículo 344 bis a), 3.º del mismo Código, interpretados por el Tribunal Supremo, en los procesos por tráfico ilegal de drogas es necesario determinar, con la mayor precisión posible, las características de la sustancia, la cantidad incautada y aquella no aprehendida, pero de la que se dispuso, su grado de pureza, y, en su caso, los aditivos incorporados a la misma.

Los Estados signatarios de los Tratados internacionales de 1961 (estupefacientes) y de 1971 (psicotrópicos), ambos ratificados por España, han de atribuir a un servicio administrativo la intervención de tales sustancias que entre nosotros, como es sabido, es el Servicio de Control de Estupefacientes (art. 31 de la Ley 17/67, de 8 de abril) actualmente denominado «Servicio de Restricción de Estupefacientes», dependiente de la Dirección General de Farmacia y Productos Santuarios del Ministerio de Sanidad y Consumo. Dicho Servicio y sus órganos periféricos realizan análisis pertinentes o, en su caso, los de las Comunidades Autónomas cuando hayan sido cedidos (hasta ahora no ha habido transferencias propiamente dichas).

En la praxis se plantean algunos problemas que requieren una intervención activa del Ministerio Fiscal para contribuir a resolverlos. Son, principalmente, los que atañen a la destrucción de la droga y/o estupefaciente y a la agilización de las relaciones institucionales de los correspondientes órganos administrativos con la Autoridad Judicial y con el Ministerio Fiscal. Otros son de mayor envergadura procesal y se incardinan en el derecho a la prueba, con especial referencia a la forma y tiempo de la práctica de los análisis. Sobre unos y otros el Ministerio Fiscal ha de extremar su atención y vigilancia y actuar con unidad de criterio, procurando al máximo, desde la premisa de su cometido garantista de defensor de los derechos y libertades, la mayor agilidad en la tramitación de los procesos.

II. DESTRUCCION DE LA DROGA Y CONSERVACION DE MUESTRAS

El citado artículo 31 de la Ley 17/1967, de 8 de abril, ordena que «las sustancias estupefacientes decomisadas a los delincuentes e infractores de contrabando serán entregadas al Servicio de Control de Estupefacientes». Su vigencia ha sido recordada, entre muchas, por la STS de 6 de julio de 1990, recurso 1019/88.

La Ley 4/1984, de 9 de marzo, dio nueva redacción al artículo 338 de la LECrim. En el preámbulo se subraya, por una parte, el gran incremento de las piezas de convicción, singularmente de drogas, y, por otra, los gravísimos problemas de todo orden que están planteando a los organismos encargados de su almacenamiento y custodia.

Como recordaba la Consulta 2/1986 de esta Fiscalía General del Estado, ante el cambio normativo —destrucción facultativa por orden judicial en lugar de conservación preceptiva—, se dictó la Instrucción de 28 de noviembre de 1984, encareciendo a los Fiscales no sólo el informe favorable a la destrucción cuando le fuera requerido el correspondiente dictamen, sino de *instarla directamente* a la Autoridad Judicial cuando se considerara aconsejable, lo que reiteraría la Instrucción de 10 de diciembre de 1985. En el mismo sentido la Comunicación de 27 de enero de 1986, dirigida por el Presidente del Tribunal Supremo a Juzgados y Tribunales, recordaba también la facultad que a los mismos atribuía el mencionado artículo 338 para ordenar la destrucción de los estupefacientes y psicotrópicos durante la tramitación del proceso, para evitar el peligro que su almacenamiento representa.

La Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas y el propio Servicios de Restricción de Estupefacientes, han informado a la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas que la destrucción de las drogas y psicotrópicos no se había realizado en numerosas ocasiones en los últimos años, lo que ha producido una saturación que dificulta de modo grave el almacenamiento y custodia que le están encomendados.

Sin perjuicio de las gestiones realizadas por la Fiscalía Antidroga en los casos puntuales de los que ha tenido conocimiento, todos ellos en el territorio jurisdiccional de Madrid, se hace preciso recordar a los Sres. Fiscales la vigencia de lo acordado en la Consulta e Instrucciones mencionados *supra* y ahora reactualizadas y, en consecuencia, que interesen con carácter general, salvo excepciones muy justificadas o cuando se trate de pequeñas cantidades, la destrucción de la droga y/o estupefaciente en los diferentes procedimientos penales que se sustancian en su territorio y promuevan, con el mayor celo, la audiencia previa establecida en el párrafo 2.º del artículo 338 de la LECrim., y que la diligencia que se extienda comprenda, para constancia en los autos, como dispone el párrafo 3.º del mismo artículo, la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de lo destruido y su valor, si no hubiera tasación anterior y su fijación fuera imposible después de la destrucción, lo que es de especial interés cuando pueda entrar en juego la agravación de «notoria importancia» tipificada en el artículo 344 bis a) 3.º del Código Penal.

El citado artículo 338 dispone, además, que cuando se acuerde la destrucción de la droga se dejen «muestras suficientes, cuando resultare *necesaria o conveniente*». Como la *ratio legis* del precepto es posibilitar un análisis cualitativo posterior, cuando eventualmente pueda ser solicitado por alguna de las partes, es aconsejable que *siempre* se dejen muestras, con finalidad garantista y asegurar que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, no siendo ocioso recordar la validez procesal de este análisis sobre muestras —y no sobre el total de la sustancia incautada— conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr., entre otras, las sentencias de 21-2-1991, recurso 646/88; 6-3-1991, recurso 2655/89 y 12-6-1991, recurso 447/89).

III. NATURALEZA DE LOS INFORMES DE LOS ORGANOS ADMINISTRATIVOS Y SU VALOR PROBATORIO: POSIBILIDAD DE PRUEBA ANTICIPADA

La existencia de un órgano público con competencia específica en la materia sustituye, en principio, el sistema de designación de peritos de la LECrim. sin perjuicio,

como subraya la STS de 6-7-1990, recurso 1019/88, de que la parte pueda denunciar en la instancia cualquier deficiencia procesal en este punto.

En numerosos recursos de casación se ha cuestionado la naturaleza de estos informes y su valor como prueba. La jurisprudencia recaída en aquellos destaca la naturaleza *sui generis* de los dictámenes de los laboratorios y gabinetes oficiales que llegan a la causa por iniciativa del órgano judicial. Aunque no sean *stricto sensu* un dictamen pericial, su conclusión final es la propia de tal medio probatorio (STS 18-10-1989, recurso 1703/88), como sucede en materia tan próxima y semajante como la prueba de alcoholemia (STC 100/85, de 3 de octubre), o con los certificados médicos que pueden ser considerados como una pericia técnica documentada, que no documental, que el Tribunal puede examinar, conforme al artículo 726 de la LECrim. (STC 24/91, de 11 de febrero).

Dichos dictámenes tienen *prima facie* el valor y eficacia que corresponde a la competencia técnica de los organismos públicos de que proceden, con garantía de imparcialidad y objetividad (por todas STS 1-3-1991, recurso 3698/88). Como tal prueba de cargo, cualquiera que sea su denominación, pueden desvirtuar la presunción de inocencia respecto a los datos que contienen, por lo que es obvio que quienes se consideren perjudicados pueden impugnarlos o negar sus conclusiones conservando incólumes sus posibilidades de contradicción en la fase del plenario, como estableció, entre muchas, la STS 18-10-1989, recurso 1703/88, ya que no hacerlo implica su aceptación (STS 1-3-1991, recurso 3698/88), por lo que es obligado integrar al perito en el acto del juicio oral (STC 24/91, de 11 de febrero, y SSTS 4-9-1991, recurso 781/88 y 10-9-1991, recurso 709/90), lo que no es obstáculo, sin embargo, a que pueda anticiparse en fase instructora como luego se dirá.

Llegados a este punto, es conveniente recordar jurisprudencia consolidada, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, sobre el valor de las diligencias sumariales y la del mismo atestado, más allá de la simple denuncia (art. 297 LECrim.), cuando incorporen, como ocurre en el caso aquí examinado, una prueba pericial, aunque sea considerada *latu sensu* que además es de imposible repetición. Por lo que ahora importa, dicha jurisprudencia puede asumirse como sigue:

a) «... Si bien únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral, esta regla no puede ser entendida en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales o sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, siempre que las mismas sean reproducidas en el juicio oral en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción.» (SSTC 80/86, 82/88, 201/89, 217/89, 161/90 y 80/91 y STS 15-10-1990, recurso 1138/89).

b) La reproducción en el plenario ha de ser efectiva, sin que sea suficiente la fórmula de uso forense de dar la pericial por reproducida (STC 150/87, de 1 de octubre). Es bastante, sin embargo, para que haya debate contradictorio en el plenario, la lectura de la pericial documentada (SSTC 201/89 y 24/91).

c) Existe la posibilidad procesal, también desde una perspectiva constitucional, de someter los análisis en fase de instrucción a ratificación contradictoria y configurarla como *prueba preconstituida* y realización anticipada, que despliega toda su validez si no son impugnados por ninguna de las partes, ya que se trata, como antes se dijo, de prueba documentada que puede ser examinada por el Tribunal conforme al artículo 726 de la LECrim., siempre que se practique con las necesarias garantías (art. 730 LECrim.) y, en consecuencia, valorarla de conformidad con el artículo 741 de la LECrim. Entre muchas, SSTC 62/85, 100/85 y 201/89. Como dice esta última (STC 201/89, de 30 de noviembre, F. J. 3) «... cuando las diligencias o actuaciones sumariales son de imposi-

ble o muy difícil reproducción en el juicio oral, es lícito traerlas al mismo como *prueba anticipada o preconstituida*, siempre y cuando se haya posibilitado el ejercicio del principio de contradicción en los términos señalados por el artículo 730 de la Ley procesal penal, esto es, solicitando su lectura en el juicio oral conforme ha afirmado en reiteradas ocasiones este Tribunal (por todas STC 62/85)...».

Tal posibilidad debe ser promovida por los Sres. Fiscales, por su gran trascendencia, tanto más cuando las ratificaciones periciales en el plenario son en estos casos, por decirlo con las mismas palabras de la STS 16-10-1990, recurso 255/90, «normalmente muy difíciles, por no decir imposibles, de ser llevados a cabo», teniendo en cuenta, además que los análisis, como tales, son irreproducibles y, por otra parte, la extraordinaria dificultad, rayana a veces en física imposibilidad, de que los autores de los análisis puedan concurrir cuantas veces sean citados a juicio oral a celebrar en las mismas horas y sedes judiciales distintas, como sucede con frecuencia en las grandes ciudades, lo que puede obviarse concentrando su presencia para la ratificación de todos los dictámenes de un determinado Juzgado, que tramite varias causas, el mismo día y en horas sucesivas y facilita que sea contradictoria, con presencia de las partes, teniendo en cuenta que lo son no sólo los procesados sino los inculcados, desde la reforma del artículo 118 de la LECrim. por Ley 53/78, de 28 de diciembre (STC 64/86, de 21 de mayo) y por el artículo 788 de la LECrim., por lo que se refiere al procedimiento abreviado (LO 7/88, de 28 de diciembre).

IV. COORDINACION ENTRE LOS JUZGADOS Y EL SERVICIO DE RESTRICCIÓN DE ESTUPEFACIENTES

La multiplicidad de análisis que realiza este Servicio y el hecho de que el Juzgado de Guardia, a cuya disposición inicial está la droga y/o estupefaciente, pueda no ser el Juzgado competente para sustanciar el procedimiento debido a las normas de reparto, crea en la práctica dificultades al órgano administrativo para la búsqueda e identificación en sus archivos del análisis o, en su caso, la ampliación del mismo, que se le reclama por el Juzgado que ha asumido la competencia para instruir el procedimiento.

Para obviar esta disfunción material conviene recordar que, cuando la sustancia intervenida es recibida por el Servicio, por éste se levanta un acta de recepción de la sustancia, que se identifica e individualiza con el número correspondiente. Una copia de dicha acta es entregada a la Policía. Sin embargo, el órgano policial no suele unir la copia al atestado, a pesar de que forma parte del mismo (art. 292 LECrim.). Sería muy conveniente, para facilitar la labor del órgano emisor de la pericia, que en las comunicaciones judiciales dirigidas al Servicio sobre cualquier extremo relacionado con un determinado análisis, *se hiciera constar el número de registro del acta en que se ha documentado la recepción de la droga y/o estupefaciente.*

Los Fiscales deberán instarlo así de los Juzgados, fundando, aunque sea de forma sucinta, la razón por la que se solicita esta diligencia y ordenar a la Policía Judicial que se incluya en el atestado copia del acta de recepción, si no se está haciendo así.

V. ACTUACION DEL MINISTERIO FISCAL

Se recuerda a los Sres. Fiscales, como resumen de lo expuesto, la vigencia de lo resuelto en la Consulta 2/1986 y de las Instrucciones de 28-11-1984 y 10-12-1985 que en la misma se mencionan, actualizadas y reinterpretadas por la presente.

En concreto, *promoverán* en los términos analizados en esta Instrucción, con su reconocido celo y competencia, *las siguientes actuaciones*:

1.ª Al iniciarse el procedimiento, de conformidad con el artículo 338 de la LECrim., la destrucción de la droga y/o estupefaciente con carácter general, salvo excepciones muy justificadas o cuando se trate de pequeñas cantidades y su destrucción total, ex artículo 48 del Código Penal, en ejecución de Sentencia, cuando excepcionalmente no se hubiera hecho con anterioridad.

2.ª La «audiencia previa» establecida en el artículo 338 de la LECrim., cuidando que la diligencia que se extienda comprenda todos los extremos señalados en el párrafo segundo de dicho artículo respecto a la naturaleza, calidad, cantidad, peso y medida de la droga destruida y, si no hubiese tasación anterior, el valor de la misma.

3.ª La conservación de «muestras suficientes», cuando se proceda a la destrucción de la droga, instándose *siempre* del órgano judicial cuando la destrucción sea total, con la finalidad garantista de hacer posible posteriores análisis cualitativos si son solicitados por las partes y sean procedentes.

4.ª Instar en fase instructora la ratificación contradictoria de los análisis como *prueba anticipada y preconstituida*, procurando que la ratificación por el perito, con citación de las partes y del Ministerio Fiscal se haga el mismo día, en horas sucesivas, en los Juzgados que sustancian varias causas por tráfico ilegal de drogas.

5.ª Cuando no se haya propuesto prueba pericial por ninguna de las partes en el trámite del artículo 656 de la LECrim., solicitarán en el acto del juicio oral la reproducción de la pericial con la lectura del análisis documentado y/o, en su caso, de la diligencia que recoja la prueba preconstituida.

6.ª Procurarán que sea comunicado por el órgano judicial al Servicio de Restricción de Estupefacientes el número del registro del acta en que dicho Servicio ha documentado la recepción de la droga y/o estupefaciente, cuando se recabe cualquier extremo relacionado con un determinado análisis.

7.ª Impartir instrucciones a la Policía Judicial (Cuerpo Nacional de Policía y Guardia Civil), para que incorpore al atestado el acta de recepción de la sustancia del Servicio de Restricción de Estupefacientes y, en su caso, el análisis si ya se ha realizado.

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona

ROBO CON TOMA DE REHENES, UTILIZACION ILEGITIMA DE VEHICULOS A MOTOR Y DETENCIONES ILEGALES (Comentario a la STS de 31 de mayo de 1988)

UJALA JOSHI JUBERT
Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

I

1. El objetivo de las páginas que siguen es comentar y analizar toda una tendencia doctrinal que se inicia de forma contundente con la Sentencia del 31 de mayo de 1988 y que llega, en palabras del Tribunal Supremo, *no sin fisuras*, hasta la actualidad (1). Es por ello que nuestro análisis se centrará con preferencia en los hechos y fundamentos de derecho de la mencionada Sentencia. Veamos a continuación cuáles son estos hechos, cómo los resuelve el Tribunal Supremo y finalmente, cuáles son, a mi juicio, los problemas que se plantean.

2. Comencemos, pues, por exponer los *hechos declarados probados*. Los procesados, «tras tomar un taxi conducido por el ofendido, lo inmovilizan dentro del vehículo en lugar propicio para ello, haciendo uso de la navaja que portaba uno de los procesados, encerrándolo luego en el maletero para finalmente atarlo a un olivo del monte, en cuyo lapso de tiempo, que duró varias horas, le despojaron del dinero, cadena y medallas que llevaba el taxista...» Estos hechos fueron calificados por la Audiencia como tres delitos de robo con intimidación, de utilización ilegítima de vehículos de motor ajeno y otro de detención ilegal. Fueron condenados a las penas de cinco años de prisión menor por el primer delito, cinco años de prisión menor y privación del permiso de conducir o prohibición de obtenerlo por tiempo de cuatro años por el segundo delito y ocho años y seis meses de prisión mayor por el tercero. El Tribunal Supremo estimó el recurso presentado por uno de los procesados y en consecuencia dictó segunda sentencia en la que condena a cada uno de ellos por robo con toma de rehenes del artículo 501, núm. 4 y párrafo último del Código Penal, absolviéndolos de los demás delitos.

(1) SSTS de 1 de junio de 1990; 19 de abril de 1990; 12 de diciembre de 1990; 16 de febrero de 1991; 25 de febrero de 1991; 1 de julio de 1991; 11 de septiembre de 1991.

3. Podrá observarse que las conclusiones que alcanzó en su día la Audiencia en nada se parecen a las que ha llegado el Tribunal Supremo al casar la Sentencia. De estimar que concurrían tres delitos —robo con intimidación, utilización ilegítima de vehículo a motor ajeno y detenciones ilegales, en *concurso real*— se ha pasado a entender que es un *solo delito* —debido a la existencia de *concurso de leyes*— el que ejecutan los procesados, a saber, el de *robo con toma de rehenes*. El razonamiento jurídico de nuestro Tribunal se basa en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, entiende preferente —en estos casos— «el artículo 501-4 del Código Penal o robo con toma de rehenes sobre el delito de detención ilegal perpetrada para propiciar el ataque patrimonial contra la víctima del robo, preferencia que se funda en el principio de especialidad rector del concurso de normas, o si se prefiere, del de consunción»...

En segundo lugar, «el delito más grave, en fenómeno de progresión delictiva absorbe al robo menos grave de las pertenencias del perjudicado»...

Y, *en tercer lugar*, «si el robo violento con toma de rehenes absorbe la sustracción violenta de las pertenencias del taxista, de igual modo, una utilización del vehículo propiedad de aquél, usando de los mismos medios violentos debió quedar subsumido en aquel robo». Consecuencia lógica de todo lo anterior es apreciar un sólo delito de robo con toma de rehenes, ya que los demás actos quedan absorbidos por éste más grave.

Con esta Sentencia se da inicio a una doctrina jurisprudencial cuya principal tesis consiste en sostener que existiendo cierta unidad de tiempo, lugar y sujeto pasivo, y siendo los bienes jurídicos atacados similares debe apreciarse únicamente el delito más grave por aplicación del concurso de leyes (2).

4. ¿E correcta dicha tesis jurisprudencial? ¿Concorre aquí realmente un concurso de leyes (3), o es preferible entender —como había hecho hasta ahora el mismo Tribunal— que debe aplicarse el artículo 71 del Código Penal (4), o quizá lo más adecuado es retroceder más en el tiempo de la jurisprudencia y aplicar el artículo 69 del Código Penal (5)? Antes de tomar una decisión es preciso poner en claro diversos conceptos. En efecto, esta tendencia jurisprudencial plantea, y a su modo resuelve, problemas que afectan a dos materias distintas del Derecho Penal. Por una parte, hay una toma de posición frente al tema del *concurso*, y, por otra parte, realiza una determinada interpretación de algunos *tipos* de la parte especial, a saber, del robo con toma de rehenes, de las detenciones ilegales y de la utilización ilegítima de vehículos a motor. Únicamente esta doble toma de posición permite al Tribunal Supremo concluir que tan sólo existe un delito de robo con toma de rehenes. Nuestro análisis va a seguir este mismo

(2) Ver, por ejemplo, STS 25 de febrero de 1991: «Mas esta doctrina recae sobre supuestos de unidad de víctima e incluso de acción y por ello no cabe su aplicación a casos como el presente en que existen dos sujetos pasivos distintos, dos bienes jurídicos sucesivos de la acción delictiva, aunque inmediatos entre sí.» En el mismo sentido: SSTS de 31 de mayo, 4 de julio, 26 de octubre de 1988; 11 de abril, 16 y 20 de junio, 15 de septiembre de 1989; 16 de febrero, 22 de octubre de 1991.

(3) Aprecian concurso de leyes entre el robo (violento o con fuerza en las cosas) y las detenciones ilegales, o entre el robo y la utilización violenta o finalmente entre robo, detenciones ilegales y utilización violenta, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: 31 de mayo, 4 de julio y 26 de octubre de 1988; 20 de enero, 11 y 28 de abril, 16 y 20 de junio, 15 de septiembre y 10 de octubre de 1989; 19 de abril, 1 de junio de 1990; 16 de febrero, 1 de julio y 11 de septiembre de 1991.

(4) Aplican el artículo 71 del Código Penal ya sea por concurso ideal o medial de delitos entre el robo (violento o con fuerza en las cosas) y las detenciones ilegales, o entre el robo y la utilización violenta o finalmente entre robo, detenciones ilegales y utilización violenta, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: 29 de enero de 1980; 29 de septiembre de 1987; 7 de diciembre de 1988; 25 de febrero de 1991.

(5) Aprecian concurso real de delitos entre el robo (violento o con fuerza en las cosas) y las detenciones ilegales, o entre el robo y la utilización violenta o finalmente entre robo, detenciones ilegales y utilización violenta, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: 25 de mayo de 1983; 13 de marzo de 1984; 17 de enero, 3 de octubre y 4 de noviembre de 1985; 30 de abril, 27 de mayo, 13 de octubre y 15 de diciembre de 1986; 3 y 4 de febrero, 20 de marzo de 1987; 11 de abril de 1989; 17 de junio de 1985; 22 de octubre de 1991.

esquema: primero estudiaremos la teoría del concurso utilizada en estas Sentencias; luego examinaremos los tipos de la parte especial mencionados, y finalmente veremos si asiste la razón al Tribunal Supremo o si, por el contrario, su solución se hace insostenible.

II

5. La llamada teoría del concurso —de delitos y de leyes— no es un tema que goce de consenso ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. La doctrina está dividida. La jurisprudencia es confusa. En seguida veremos el porqué de estas afirmaciones.

La Jurisprudencia es confusa. ¿Cómo resuelve el Tribunal Supremo el problema del concurso? Es decir, ¿cuándo aprecia concurso de leyes y cuándo de delitos? Y, en este último supuesto, ¿qué casos constituyen concurso real, y cuáles concurso ideal? Finalmente, de apreciarse el artículo 71 del Código Penal ¿cuáles son los requisitos para apreciar el primer inciso y cuáles para apreciar el segundo? Si frente a hechos similares la jurisprudencia respondiera con criterios similares, su posición, aunque cupiera criticarla por razones de política-criminal, por razones extrasistemáticas, sería atendible. Sin embargo, y no por suerte, no cuenta el Tribunal Supremo en esta materia con unos criterios bien definidos, que permitan resolver del mismo modo y con la necesaria seguridad jurídica casos similares. Basta la lectura de la jurisprudencia que estudia estos temas para darse cuenta de la realidad de lo afirmado: ante hechos similares, se observan soluciones dispares (6). Este estado de confusión, no obstante, no nos dispensa de realizar un breve examen de la situación jurisprudencial.

La Doctrina está dividida. Y no sólo está dividida frente al tema de la distinción entre concurso real, ideal y medial de delitos, sino que la disparidad de criterios va más allá, alcanzado también al concurso de leyes. En este último supuesto, se discute incluso la misma terminología y ubicación sistemática (7). Vayamos, sin embargo, por partes.

6. El punto de partida de toda la discusión doctrinal ha sido y es el *concepto de unidad de acción*.

En nuestro país, habida cuenta de la terminología usada en los artículos 68 y ss. del Código Penal, es preferible, por ser más ajustado a la letra de la ley, hablar de *unidad de hecho*. Por el contrario, en Alemania, y por la misma razón, debe hablarse de *unidad de acción* (8). No obstante, se observa en nuestra doctrina una preferencia por el con-

(6) Cfr. notas 3, 4 y 5.

(7) Maurach, «Tratado de Derecho Penal», trad. y notas de Córdoba Roda, 1962, p. 438: «el término generalizado de *concurso de leyes* resulta muy desafortunado»; Mir Puig, «El delito de coacciones en el Código Penal», *ADPCP*, 1977, p. 996, nota 19: no debería seguir hablándose de concurso aparente de normas; Klug, «Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz», *ZStW* 68 (1956), pp. 399 y ss.; LK (Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10 ed., 1978), Vogler, ante # 52, Nr. 102; S/S (Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 23 ed., 1988); Stree, ante # 52, Nr. 102; Schmidhäuser/Alwart, «Strafrecht, Allgemeiner Teil», *Studienbuch*, 2 ed., 1984, p. 431; Fiandaca/Musco, «Diritto penale», Parte Generale, 1985, p. 503; LK (Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 9 ed., 1970), Mösel, ante # 73, Nr. 45; R. Schmitt, *ZStW* 75 (1963), p. 45; Haft, «Strafrecht, Allgemeiner Teil», 3 ed., 1987, p. 279.

Sobre la ubicación sistemática, cfr. Cobo/Vives, «Derecho Penal, Parte General», 2 ed., 1987, p. 533; Vives, «La estructura de la teoría del concurso de infracciones», 1981, pp. 8-9: pertenece a la teoría de las fuentes.

Ver sobre el tema el reciente libro de Peñaranda Ramos «Concurso de leyes, error y participación en el delito», 1991.

(8) Cfr. de todos modos, Schmidhäuser/Alwart, «Strafrecht», p. 431, para el cual el número de hechos penales —y no de acciones— es el punto decisivo; Cuello Contreras, «La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función normativa concursal», *ADPCP*, 1979, p. 63: los tipos realizados y no la unidad o pluralidad de acciones es el criterio fundamental, p. 75: la distinción entre unidad y pluralidad de acciones depende de criterios formales e irrealizables; Kindhäuser, «Normverstoss und natürliche Handlungseinheit», *BGH, NJW*, 1984, 1568, *JuS* 1985, pp. 100 y ss., para el cual lo importante es el concepto de *infracción de la norma*. Puppe, «Funktion und Konstitution der ungelichartigen idealkonkurrenz», *GA*, 1982, pp. 156 y ss., para la cual lo importante es el concepto de *injustos emparentados*.

cepto de *unidad de acción* debido, sin duda alguna, a la influencia que la dogmática alemana ha ejercido y ejerce sobre nosotros (9).

El que estemos frente a un concurso de leyes, ideal o real se ha vinculado a que la acción sea única o exista una pluralidad de ellas. De este modo, se ha dicho (10) que mientras que en el concurso de leyes y en el ideal subyace una *unidad de acción*, en el concurso real hay varias acciones. En mi opinión, esta afirmación no es del todo exacta. Menos lo es todavía, no obstante, como veremos a continuación la tesis del Supremo, de acuerdo con la cual el concurso de leyes es un supuesto de *unidad delictiva*, mientras que en el concurso de delitos, sea éste real o ideal, se trata siempre de una *pluralidad de infracciones*.

La afirmación básica del Supremo es la siguiente: «Dentro de la cuestión titulada «Formas de aparición del delito» puede distinguirse entre la unidad delictiva y la pluralidad de infracciones y, en el seno de esta última figura, entre otras distinciones, se contraponen el denominado concurso real o material, regulado en los artículos 69 y 70 del Código Penal y el llamado concurso ideal o formal —art. 71 del Código Penal—, dentro del cual el legislador alberga dos hipótesis distintas, la de las infracciones pluri-ofensivas cuando «un solo hecho constituya dos o más delitos» y la que, con propiedad, podría denominarse concurso instrumental o teleológico «cuando uno de ellos sea necesario para cometer otro», cuya modalidad, según amplios sectores doctrinales, se asemeja más al concurso real que al ideal» (11).

No obstante, como se verá en seguida, se viene reconociendo en la actualidad que en la base del concurso de leyes puede también existir una pluralidad de infracciones y de hechos. Este sería el caso de los llamados actos anteriores y posteriores copenados. En consecuencia, las razones de acudir al concurso de leyes no serán exclusivamente de carácter lógico, sino que en muchos casos habrá razones valorativas. Hay que rechazar, pues, la construcción jurisprudencial del concurso de leyes, de acuerdo con lo cual, como se ha dicho, en estos casos no existe pluralidad de infracciones. Sigamos, de todos modos, con la construcción jurisprudencial del concurso de leyes.

7. La jurisprudencia ha estimado requisitos necesarios del concurso de leyes: a) un único acto de voluntad encaminado a la realización de toda la dinámica delictiva; b) que todos los actos que se realicen tiendan directamente a la producción del resultado lesivo en un mismo bien jurídicamente protegido, por lo que es preciso que se dé identificación tipológica (12). En su opinión, esto se cumple sobradamente en el llamado «fenómeno de progresión delictiva» en el cual el delito más leve debe quedar absorbido en el de mayor rango punitivo, siempre y cuando afecten ambos delitos a bienes jurídicos de la misma especie (13). El Tribunal Supremo en alguna Sentencia no considera ningún obstáculo a la apreciación del concurso de leyes el hecho de que se trate de una sola acción que afecta a varios sujetos pasivos, ni que se proyecte sobre diversos bienes muebles (14). En otras, por el contrario, exige la unidad de víctima (15). A

(9) Ver, por ejemplo, Sanz Morán, «El concurso de delitos», *Aspectos de política legislativa*, 1986, pp. 148, 212, para el cual unidad de acción equivale a unidad de hecho; Córdoba Roda, «Comentarios al Código Penal», II, 197, p. 314; Antón Oneca, *DP*, pp. 488 y ss.

(10) Por ejemplo, Córdoba Roda, «Comentarios II», pp. 327 y ss.

(11) Ver SSTS 13 de marzo de 1984; 2 de noviembre de 1984; 30 de marzo de 1987; 11 de abril de 1989; 21 de mayo de 1990.

(12) Ver STS 2 de mayo de 1984.

(13) SSTS 26 de octubre de 1988; 10 de octubre de 1989; 11 de abril de 1989; 31 de mayo de 1988; 11 de abril de 1989.

(14) Así, por ejemplo, STS 15 de septiembre de 1989: «si la dinámica es única pero encaminada a amedrentar a dos o más personas, así como la consecución de distintos objetos materiales, la infracción es también única... Si una intención polivalente gravitó sobre dos personas distintas y sobre bienes dispares, lo cual no empece a la unidad delictiva... que obedeció a un designio único no empañado por la pluralidad de episodios...».

(15) STS 25 de febrero de 1991.

veces resuelve el concurso de leyes acudiendo al principio de consunción, al que llama también de absorción, según el cual «las acciones menos graves se integran en las más graves, por formar parte de un mismo *iter criminis* si tienen una inmediata sucesión y atentan contra el titular de un mismo bien jurídico» (16). Principios que a veces también se han equiparado al de especialidad.

8. Esta doctrina plantea, como seguramente se habrá advertido, diversos problemas. Primero, la equiparación de los principios de consunción y de especialidad, que tanto se ha esforzado la doctrina en separar. Las razones del concurso de leyes pueden ser de dos clases: lógicas o teleológicas (valorativas) (17). El criterio de especialidad supone una relación lógica: un precepto es especial respecto de otro cuando concurre una relación de subordinación. Esto sucede en el caso de que todos los actos (o resultados materiales, en caso de que éste se tenga en cuenta para la unidad de hecho) descritos en un tipo son incluíbles en el otro, mientras que no ocurre a la inversa. En cambio, el criterio de la consunción es esencialmente valorativo. Es más, en su base existen dos hechos, cada uno de los cuales es subsumible en un tipo distinto. No obstante, por motivos interpretativos no lógicos se llega a la conclusión de que es preferible aplicar un solo tipo. Este es el caso de los actos copenados. No cabe, pues, confundir ambos criterios. De hacerlo incurrirá el Tribunal Supremo en contradicciones e irracionalidades (18) difícilmente salvables. En el caso que estamos analizando no se da una relación de subordinación: el robo con toma de rehenes no es ley especial ni respecto las detenciones ilegales, ni menos aún respecto la utilización de un vehículo a motor. En consecuencia, los mencionados preceptos o bien guardarán entre ellos una relación de interferencia, lo que podrá dar lugar, según un sector de la doctrina (19), a un concurso de leyes o a uno ideal, y según lo que aquí se sostiene, a un concurso de leyes o a uno real (20), o bien serán tipos heterogéneos, y entonces estaremos frente al concurso real, que de dar lugar al llamado concurso real aparente, podrá tratarse como concurso de leyes. Sobre cuál de estas relaciones hay que apreciar en nuestro supuesto, es una cuestión que analizaremos más adelante.

Segundo, es también problemático el hecho de que algunas veces se exija unidad de víctima y otras no para apreciar el concurso de leyes. La doctrina jurisprudencial tendría que ser más precisa, y explicar las razones por las cuales a veces se exige la mencionada unidad y otras se prescinde de ella. Pues del examen jurisprudencial, es difícil inferir el criterio utilizado: hechos similares son resueltos de distinta forma. Otra cuestión problemática es la relativa al bien jurídico afectado. En efecto, el que se tenga que afectar al mismo bien jurídico tampoco es cuestión pacífica, y la realidad es que la jurisprudencia se contenta con que sean de la *misma clase*.

Tercero, el concepto de progresión delictiva que manejan tampoco está exento de dificultades. Efectivamente, la progresión delictiva supone que el sujeto avanza en la misma línea de ataque del bien jurídico, acercándose cada vez más a su completa lesión. Así se admite por la doctrina que la tentativa queda absorbida por la consumación, por ejemplo. Ahora bien, si el hecho afecta a dos bienes jurídicos que la jurisprudencia reconoce como distintos, en modo alguno se dará el fenómeno de progresión delictiva. Este supone unidad de bien jurídico lesionado.

(16) SSTS 27 de mayo de 1981; 14 de marzo de 1981.

(17) Ver, Klug, ZStW 68 (1956), pp. 403 y ss.

(18) Ver Hruschka, «Strafrecht nach logisch-analytischer Methode», 2 ed., 1988, p. 393.

(19) Hruschka, «Strafrecht», p. 390, exige como requisitos de la interferencia: 1) que existan actos que sólo sean incluíbles en un tipo y no en el otro; 2) que existan actos que sólo sean incluíbles en el segundo tipo y no en el otro; 3) que existan actos que sean incluíbles en ambos tipos.

(20) Podrá dar lugar a un supuesto de concurso real porque la relación de interferencia supone —de acuerdo con la opinión que aquí se sostiene— la existencia de más de un hecho, entre los cuales existe una zona común.

Cuarto, es igualmente ambiguo el término utilizado para distinguir el concurso ideal del medial: **infracciones pluriofensivas**. ¿Querrá esto decir que en dichas infracciones se lesionan diversos bienes jurídicos? Si esto es así, la mencionada pluriofensividad no será más una característica exclusiva del concurso ideal, pues también en el concurso real y en el medial se lesionan diversos bienes jurídicos.

9. Antes de decidir las relaciones concursales que puedan concurrir en nuestro supuesto de hecho, debemos todavía analizar otras cuestiones. En otro trabajo sobre algunos aspectos de la teoría del concurso (21), he planteado la conveniencia de distinguir diversas situaciones, que ahora es preciso recordar:

1. *Supuestos de incongruencia total*. El sujeto realiza distintos hechos típicos que dan lugar a distintos resultados materiales:

1.1. Lesiona la misma clase de bien jurídico. Por ejemplo, realiza distintos hechos de apoderamiento de cosas ajenas con ánimo de lucro: a) en una misma unidad espacio-temporal y con un plan u ocasión conjunta; b) en distintas unidades espacio-temporales.

1.2. Lesiona distinta clase de bien jurídico. Por ejemplo, mata a Pedro y se apodera de cosas muebles ajenas con ánimo de lucro de Juan, todo ello en momentos distintos.

2. *Supuestos de coincidencia total*. El sujeto realiza una acción que produce un solo resultado material (= un solo hecho), pero resultan afectados dos bienes jurídicos distintos. Ejemplo: un sujeto lesiona gravemente a un agente de la autoridad.

3. *Supuestos de coincidencia parcial*. Esto puede suceder por los siguientes motivos:

3.1. El sujeto realiza acciones que coinciden parcialmente y cada una de ellas da lugar a un resultado material. Aquí puede ocurrir:

3.1.1. Que las acciones se refieran al mismo bien jurídico, ejemplo: violaciones-abusos deshonestos.

3.1.2. Que las acciones afecten a distintos bienes jurídicos. Ejemplo: *zona de comportamiento común*: violencia/intimidación; *zona de comportamiento no común*: a) yacimiento; b) lesiones (las no absorbidas); *resultados materiales distintos*: a) el yacimiento; b) las lesiones; *bienes jurídicos afectados distintos*: a) libertad sexual; b) integridad física.

3.2. El sujeto realiza una sola acción que produce resultados materiales distintos.

3.2.1. Resultan lesionados bienes jurídicos idénticos. Ejemplo: una bomba que produce 10 muertes.

3.2.2. Resultan lesionados bienes jurídicos distintos. Ejemplo: una bomba que mata a una persona y produce unos daños.

3.3. El sujeto realiza una acción que produce más de un resultado, pero éstos coinciden parcialmente. Ejemplo: utilización ilegítima de vehículos a motor y conducción bajo los efectos del alcohol.

3.4. El sujeto realiza acciones parcialmente coincidentes que dan lugar a resultados materiales también parcialmente coincidentes. Ejemplo: utilización de vehículos a motor con violencia o intimidación y conducción bajo los efectos del alcohol.

10. El caso que nos ocupa es uno de los llamados por nosotros casos intermedios, es decir, de coincidencia parcial. Se da, primero, *pluralidad de hechos*, porque existe más de una acción, pero éstas coinciden parcialmente, y, segundo, hay *pluralidad de delitos* (lesión de más de un bien jurídico, en este caso, de distintos bienes jurídicos). Con ello queda claro que se da una relación de interferencia, con lo cual pueden entrar en juego las reglas del concurso real, pero también las del concurso de leyes, por la vía de la interpretación teleológica (concurso real aparente).

(21) En prensa.

Lo correcto (22) será, primero, examinar si puede entenderse que —por diversos motivos, por ejemplo, por razones de justicia material, por consunción— lo más conveniente es castigar la pluralidad de hechos a través de un sólo tipo penal (concurso real aparente); después, y descartado lo anterior habrá de examinar si puede interpretarse dicha pluralidad de hechos como una unidad jurídica de hecho, en cuyo caso habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 69 bis del Código Penal. Finalmente, y excluido también el delito continuado, de los dos preceptos que regulan el concurso real —arts. 69 y 71, segundo inciso CP— deberá comprobarse ante todo si se cumplen los requisitos del llamado concurso medial, por ser más beneficioso al reo. Antes de decidir qué clase de concurso es el que procede aplicar en nuestro caso, conviene detenernos unos instantes en el concepto de concurso medial, puesto que ésta es la modalidad menos precisa en la jurisprudencia.

11. Nuestro punto de partida fue entender que el concurso medial no presupone una relación de medio a fin, esto es, que se cometa un delito **para** cometer otro. De este modo, los casos en que el único vínculo existente entre dos delitos sea la preordenación delictiva, en otras palabras el plan del sujeto, no podrán dar lugar al concurso medial. Si, por ejemplo, un sujeto roba una pistola para cometer luego un asesinato, no habrá concurso medial alguno, sino puramente real. Pues, no se entiende por qué al sujeto que planea de antemano una serie de delitos va a resultar además beneficiado. Sobre todo, cuando en nuestro Código Penal la preordenación es muchas veces —si da lugar a la premeditación— circunstancia agravante y no atenuante.

El artículo 71 del Código Penal habla solamente de *medio necesario* (23). Esta relación se dará, como ya dijimos en otro lugar (24), en los casos de coincidencia parcial. En efecto, el hecho de que exista una zona común demuestra que uno es medio para cometer el otro, aunque no exista preordenación. Bastará el dato objetivo de, por ejemplo, concurrencia de acciones que se cubren parcialmente para iniciar el concurso medial. Contra esta conclusión no cabe argumentar que estos supuestos están ya previstos en el primer inciso del artículo 71, porque, desde nuestra perspectiva, en la coincidencia parcial, estamos frente a una pluralidad de hechos, y el mencionado precepto exige un solo hecho. Que la doctrina alemana se vea obligada a tratarlo como un supuesto de unidad de acción, es comprensible, pues no cuentan en este país con un precepto como el nuestro (25).

Desde nuestra perspectiva, no obstante, no es suficiente la existencia de una zona común y otra distinta para recurrir a las reglas más benévolas del concurso medial. Es necesario además que no queden afectados bienes jurídicos altamente personales. Pues en este último caso, y con la finalidad de lograr una protección adecuada, habrá que aplicar las reglas del concurso puramente real. Planteado de este modo el tema de las relaciones concursales, debemos a continuación abordar el análisis de los tipos penales contemplados en nuestro supuesto de hecho.

III

12. Efectivamente, debemos ahora considerar los delitos objeto de nuestras Sentencias. Recordemos: el robo con violencia o intimidación en las personas con toma de rehenes, la utilización ilegítima de vehículos a motor y las detenciones ile-

(22) Ver nota anterior.

(23) En realidad, como señalaba ya Quintano Ripollés, «Comentarios al Código Penal», 2 ed., 1966, por Gimbernat, p. 383, «el término de *necesario* parece más perturbador que suficiente, bastando en puridad el uso más lato de *medio*, que por cierto en muchas legislaciones es motivo de agravación».

(24) Ver nota 21.

(25) No obstante, los casos de preordenación delictiva los excluyen de este trato más benévolo.

gales. Lo primero que habrá que averiguar es el bien jurídico protegido en cada caso, su naturaleza, esto es, si es de aquellos que afectan cualitativamente a la posibilidad de participar del ciudadano, o bien sólo cuantitativamente. Lo segundo que habrá que realizar es determinar si la lesión de los bienes jurídicos mencionados ha tenido lugar en unidad o pluralidad de hechos. En consecuencia habrá que determinar las conductas que se han realizado y los resultados materiales. Sólo después estaremos en condiciones de determinar las reglas concursales aplicables. Comenzaremos pues por examinar el tipo del delito de utilización ilegítima de vehículos a motor.

13. Doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en que el bien jurídico protegido en el delito de utilización ilegítima de vehículos a motor es por lo menos la facultad de uso (26). Las dificultades surgen al intentar configurar tal facultad de uso. ¿Se trata de una facultad derivada del más amplio derecho de propiedad? (27). ¿O se protege la facultad de uso aunque no dimanase de la propiedad? (28). De acogerse el primer criterio salta a la vista que no se protegerá la facultad de uso de los que posean el vehículo por otro título que no sea de propiedad. De este modo, si el propietario ha cedido el uso y ha dejado de ser titular de la facultad de usar, y resulta que lo utiliza sin la autorización del nuevo usuario no podrá ser castigado en virtud de este precepto. La segunda posición, sin embargo, puede plantear problemas de legalidad, al requerir el tipo del artículo 516 bis que el vehículo de motor sea ajeno. Pues lo que es cierto es que el propietario que utiliza su coche, aunque haya cedido la facultad de usar, no utiliza un coche ajeno. De todos modos, sería aconsejable entender que lo que se protege es la facultad de usar el vehículo derivada de la propiedad o de otro título (29). Se interprete al bien jurídico de una u otra manera, no es ésta una cuestión que nos afecte: los que utilizan el coche en la STS objeto de nuestro análisis no son los propietarios. En consecuencia, en principio, caben en el supuesto de hecho del artículo 516 bis CP.

14. Sí en cambio va tener consecuencias la interpretación de la conducta típica. El artículo 516 bis habla de utilización (sin la debida autorización). Aquí caben diversas posibilidades. Primero, entender que utilizar equivale a cualquier aprovechamiento del vehículo, sea el propio u otro. Desde esta perspectiva, realizarían la conducta típica los que por ejemplo en una noche de lluvia se cobijan dentro del coche, o los que se meten dentro de un vehículo con el solo objetivo de escuchar la radio. Esta posición es rechazada por la doctrina (30), porque, en realidad, estas conductas no suponen lesión del bien jurídico protegido. Para restringir el ámbito del término *utilización*, segunda posibilidad,

(26) Ver notas siguientes y las SSTs: 31 de mayo de 1988; 26 de octubre de 1988; 16 de febrero de 1988; 20 de enero de 1989; 11 de abril de 1989; 2 de mayo de 1986; 12 de noviembre de 1986; 19 de abril de 1990; 11 de septiembre de 1991; 1 de julio de 1991. Además, ver por todos, Zugaldía Espinar, «Los delitos contra la propiedad y el patrimonio», 1988, pp. 145 y ss.

Algunos autores han entendido, sin embargo, que el bien jurídico protegido estaba también vinculado a la peligrosidad de la seguridad pública: Dreher/Tröndle, «Strafgesetzbuch», 45 ed., 1991, # 248 b), Nr. 1.

(27) Así, SK-Samson, # 248 b), Nr. 1; S/S-Eser, # 248 b), Nr. 1; Zugaldía Espinar, «Los delitos contra la propiedad», p. 145; Bajo Fernández, «Manual de Derecho Penal, Parte especial» (delitos patrimoniales y económicos), I, 1989, p. 110; Vives Antón, «El contenido sustancial del robo y hurto de uso de vehículos de motor», en *Delitos contra la seguridad en el tráfico*, 1975, p. 420; Muñoz Conde, «Derecho Penal, Parte Especial», 7 ed., p. 246.

(28) En este sentido: Wessels, «Strafrecht, Besonderer Teil», 1982, pp. 93 y ss; Rodríguez Ramos, «Compendio de Derecho Penal, Parte Especial», 1985, p. 301; Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, «Derecho Penal, Parte Especial», 2 ed., 1988, p. 826; LK-Vogler, # 248 b), Nr. 6; Lackner, «Strafgesetzbuch, 1988, # 248 b), Nr. 4; Dreher/Tröndle, # 248 b), Nr. 4; Haft, «Strafrecht, Besonderer Teil», 3 ed., 1988, p. 137.

(29) Rodríguez Ramos, «Compendio», p. 301.

Cfr. Zugaldía Espinar, «Los delitos contra la propiedad», p. 153, excluye al propietario del círculo de sujetos activos de este delito a partir no sólo del concepto de ajenidad, sino utilizando además otros argumentos.

(30) S/S-Eser, # 248 b), Nr. 4; Zugaldía Espinar, «Los delitos contra la propiedad», pp. 155 y ss.; Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, «DP», PE, p. 828, SK (Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch)-Samson, # 248 b), NR. 6; Dreher/Tröndle, # 248 b), Nr. 3.

se equipara el concepto de **uso propio del vehículo**, a la locomoción (31). Imprescindible será que el autor se sirva del vehículo como medio de locomoción, siendo indiferente que se haga o no con la fuerza del motor. No bastará —por lo menos para la consumación— la mera puesta en marcha (32). Interpretado así el término utilización, parece claro que puede dar cabida al llamado caso del polizonte, por ejemplo. En efecto, el que viaja sin billete utilizaría en sentido propio el vehículo. Para evitar tal extensión, un sector de la doctrina recurre, tercera posibilidad, a una interpretación más estricta exigiendo que la utilización se concrete en conducción o manejo del automóvil (33). Esto evita, es verdad, que dicho precepto sea aplicado a supuestos que caen fuera de su finalidad. No obstante, plantea el problema de si de este modo no se estará configurando quizá el delito de utilización ilegítima de vehículos a motor como un delito de propia mano, con la consecuencia de que sólo serán autores los que realicen la conducta de conducir.

La jurisprudencia ha optado por una interpretación más laxa del precepto y ha entendido que son autores «todos aquellos que vayan participando en el uso del vehículo ajeno, a sabiendas de la falta de autorización del dueño». Basta para realizar la conducta típica que se sea mero ocupante del vehículo (34). Esto sin duda se debe, como ha dicho algún autor (35), a que se confunde la autoría como categoría de la realización del injusto con la autoría como categoría de la responsabilidad criminal.

Comparto la opinión de un sector doctrinal alemán amplio, de acuerdo con el cual es posible considerar que el mencionado delito no es de propia mano y, no obstante, excluir de su ámbito de aplicación aquellas conductas que consistan en un mero viajar como pasajero, e incluso aquellas que suponen un abuso de la autorización (36). De este modo, las conductas que consistan en un mero aprovecharse de la utilización que realiza otro quedarán impunes.

15. La conducta típica plantea otro problema: debe concretarse si la utilización requerida por el Código Penal exige previamente un apoderamiento, o si por el contrario, puede obtenerse la utilización del vehículo por otros medios. Esto es, si estamos frente a un hurto o robo de uso de vehículo o no. Por lo menos será difícil incluir la estafa de uso, puesto que aunque por medios engañosos, el sujeto activo habrá conseguido la debida autorización. Me inclino a pensar que el artículo 516 bis está protegiendo debido, entre otras razones, a su ubicación sistemática el hurto o robo de uso. En consecuencia, a la utilización habrá de proceder un apoderamiento o sustracción del vehículo, al modo del hurto o robo común. Esta parece ser la posición jurisprudencial y doctrinal más mayoritaria (37). No obstante, alguna Sentencia ha apreciado dicho delito aun cuando el sujeto activo había obtenido la utilización a través de medios engañosos

(31) Esta parece ser también la posición de la jurisprudencia: SSTS 27 de mayo de 1986 y 4 de febrero de 1987 consideran que «la acción del delito que se estudia consiste en usar...»; La STS 26 de octubre de 1988 añade además que se trata de «usar el vehículo con arreglo a su normal destino».

(32) S/S-Eser, # 248 b), Nr. 4; Sk-Samson, # 248 b), Nr. 6.

(33) Cobo/Vives/Orts/Boix/Carbonell, «DP», PE, p. 827.

Plantea el problema, Luzón Peña, «Concurso de utilización ilegítima intimidatoria o robo con amenazas condicionales o detenciones ilegales (notas a las Sentencias TS 4-2 y 13-7-1987)», en Derecho Penal de la Circulación, página 264.

(34) SSTS 4 de febrero de 1987; 28 de noviembre de 1984; 13 de julio de 1987.

(35) Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, «DP», PE, p. 827.

(36) S/S-Eser, # 248 b), Nr. 4; LK-Vogler, # 248 b), Nr. 3; Zugaldía Espinar, «Los delitos contra la propiedad», pp. 159 y ss.

Acoge un concepto más amplio de utilización: Muñoz Conde, PE, p. 247.

(37) SSTS 11 de abril de 1989; 31 de mayo de 1988; 10 de octubre de 1989: entienden que el art. 516 bis castiga una figura de hurto o robo de uso de vehículo de motor.

Zugaldía Espinar, «Delitos contra la propiedad», p. 125 (con exposición de la doctrina que acoge este criterio, y de sus ventajas), exige que se quebrante la custodia sobre el vehículo. También de esta opinión, cuando se trata de la falta del art. 587.1; De Vicente Remesal, «La falta de uso ilegítimo de vehículo de motor ajeno» (art. 587, 1 del Código Penal), ADPCP, 1990, p. 601; Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, «DP», PE, p. 827; Bajo Fernández, «DP»,

(38). De todos modos, desde nuestra perspectiva, el delito del artículo 516 bis exigirá apoderamiento —previo o coetáneo— y utilización.

16. La cuestión se complica, sin embargo, cuando los hechos se realizan con violencia o intimidación (art. 516, 4 párrafo). ¿En qué momento debe concurrir la violencia, en el momento del apoderamiento, en el de la utilización, en ambos o en cualquiera de ellos? Por ejemplo, ¿en cuáles de los siguientes supuestos podemos aplicar este tipo agravado: a) en el caso de que A con violencia hace bajar al propietario de su coche —apoderamiento con violencia— para luego utilizarlo —sin violencia—; b) en el caso de que A entra en un coche con el consentimiento de su dueño, y sólo luego consigue su utilización con violencia; c) o finalmente, en el caso de que A despoja violentamente del coche a su propietario y lo hace conducir con violencia a otro pasajero? Para dar respuesta a estos interrogantes habrá que determinar, ante todo, cuál es el *hecho* que ahora nos interesa, pues según el precepto mencionado la violencia o intimidación deben concurrir *en la ejecución del hecho*. Este no puede ser otro que del tipo básico: apoderamiento seguido de utilización (39).

La primera consecuencia que se desprende de este planteamiento es que el apoderamiento por sí solo no puede constituir *el hecho*. El apoderamiento es *parte del hecho*, pero no el hecho en su totalidad. Por tanto, la sola sustracción no seguida de utilización será a lo sumo tentativa del delito que estamos estudiando. Otra consecuencia será que tampoco bastará, para que pueda hablarse del hecho, la mera utilización ilegítima del automóvil. Hemos dicho más arriba que es discutible que una utilización distinta a la autorizada pueda dar lugar a este delito. No obstante, seguramente será distinto si el abuso del uso se obtiene con violencia o intimidación. En estos casos el apoderamiento será un acto coetáneo al uso violento o intimidatorio: el sujeto que, por ejemplo, tras tomar un taxi, utiliza la violencia o intimidación para conseguir el uso del vehículo, en realidad se está también apoderando del coche, está, en definitiva, quebrantando la custodia del coche. Algún sector doctrinal prefiere incluir estos casos dentro de los tipos de coacciones y amenazas (40), pero en realidad es dudoso que la obtención de la utilización por medios violentos no implique a su vez un apoderamiento del vehículo (41). Es suficiente, en mi opinión, que la violencia o intimidación concurra en cualquier momento del hecho, siendo sólo preciso que el delito no se halle consumado. Esta interpretación es por demás cohe-

PE, I, p. 108, 111; Luzón Peña, «Robo y hurto de uso y delito continuado» (Comentario a la Sentencia TS 12-11-1973), en *Derecho Penal de la Circulación*, p. 254, habla de hurto de uso y robo de uso; Rodríguez Ramos, «Compendio», p. 302.

De otra opinión, Suárez Montes, «Modificaciones introducidas en el delito de robo y hurto de uso de vehículos de motor por la Ley 39/1974, de 28 de noviembre, sobre la reforma del Código Penal», *Separata del Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo*, núms. 9 y 10, 1975, p. 57; Muñoz Conde, «DP», PE, p. 246; LK-Vogler, # 248 b), Nr. 5; S/S-Eser, # 248 b), Nr. 5.

Reclama la vuelta a la nomenclatura anterior a la reforma de 1974 (Ley 39, de 28 de noviembre de 1974); Rodríguez Ramos, «Consideraciones sobre la reforma del artículo 516 bis del Código Penal», *Temas de Derecho Penal*, 1977, pp. 88 y ss.

(38) Por ejemplo, STS 28 de noviembre de 1989, estima este delito en un supuesto en que «el perjudicado accediendo engañosamente a los requerimientos del recurrente y su acompañante, accede a que suba a su automóvil para trasladarles a la carretera de Andalucía, donde supuestamente tenía el coche aparcado: en el trayecto es cuando sacan la navaja para exigirle *la pasta*».

(39) En este sentido: Zugaldía Espinar, «Delitos contra la propiedad», p. 204.

(40) Así, Zugaldía Espinar, «Los delitos contra la propiedad», p. 206.

(41) Es cierto que por ejemplo en Alemania, al no contar con un precepto similar al art. 516 bis, 4 párr., estas conductas se castigan acudiendo al concurso de delitos entre el # 248 b) y el 253 StGB —ver S/S-Eser, # 253, Nrs. 8, 31, 35.

Otra cuestión, con la que sí estaría de acuerdo, es si en una próxima reforma legislativa no sea quizá más apropiado que desaparezcan estas figuras agravadas, y se solucionen estos casos acudiendo a la teoría del concurso.

rente con la realizada por la doctrina mayoritaria de los términos motivo u ocasión el artículo 501, al cual remite este artículo 516 bis, 4 párrafo (42).

17. En cuanto a la autoría y participación hay que estar a las reglas generales, al no tratarse, como hemos dicho más arriba de un delito de propia mano. Será pues posible la autoría mediata (43). Lo único que hay que tener en cuenta es que al ser un delito permanente (44) habrá más espacio temporal para la participación. Problemático es decidir si cabe autoría de aquellos que no han participado en el apoderamiento. De acuerdo con la configuración que la doctrina da a este delito —delito permanente—, entiendo que para la autoría debe ser posible imputar al sujeto, por lo menos, al modo de la teoría de la pertenencia del hecho, el apoderamiento. En cuanto al momento de la consumación, la jurisprudencia entiende que se produce en el momento en que se consigue el uso del automóvil (45).

18. En conclusión, el bien jurídico protegido en el delito de utilización de vehículos a motor es la facultad de usar, derivada de la propiedad o de otro título. Si además la privación del uso se realiza con violencia o intimidación se lesionará también el bien jurídico integridad física. La conducta típica consiste en apoderarse (o sustraer) y utilizar. Para «utilizar» no basta cualquier uso, pero no se requiere el conducir: no basta con el mero viajar como pasajero. Mucho más es necesario para ser autor que el sujeto activo mantenga una posición preminente en el desarrollo de los hechos, al modo de la teoría de la pertenencia del hecho (46). Así pues, los sujetos que —como ocurre en los hechos que estamos analizando— tras parar a un taxi, consiguen con violencia e intimidación el uso propio del coche (así pues, sin la debida autorización y por supuesto sin ánimo de haberlo como propio) realizan el tipo del artículo 516 bis, 4 párr.: con violencia se apoderan y usan un vehículo de motor

19. Recordemos que la Audiencia condenó también por un delito de robo con violencia o intimidación y otro de detenciones ilegales. El Tribunal Supremo casa la Sentencia y aprecia un solo delito de robo con toma de rehenes, argumentando concurso de leyes. ¿A quien hay que dar la razón? ¿Es realmente el robo con toma de rehenes ley especial respecto a las detenciones ilegales, como pretende el Tribunal Supremo? En mi opinión, la respuesta no puede ser más que negativa. Hay que dar pues la razón a un sector muy minoritario de la doctrina, según el cual los artículos 501.4 y 481 del Código Penal protegen bienes jurídicos distintos (47). Examinemos las razones de esta afirmación.

(42) Ver por todos, para antes de la reforma de 1983, Gimbernat Ordeig, «Delitos cualificados por el resultado y causalidad», reimp. 1990, pp. 180 y ss. Para después de la reforma, Bajo Fernández, «Manual» I, pp. 67 y ss.

Sobre el momento de la violencia en estos delitos cfr., no obstante, Zugaldía Espinar, «Los delitos contra la propiedad», p. 206.

(43) La STS 13 de julio de 1987 parece referirse a esta clase de autoría cuando declara que «obligando bajo esta constante amenaza a conducir al propietario del vehículo, que de esta manera fue, por así decirlo, desposeído del vehículo, pasando a ser una especie de servidor —obligado— de la posesión». Ver, S/S-Eser, # 248 b), Nr. 10; Rodríguez Ramos, «Compendio», p. 304; LK-Vogler, # 248 b), Nr. 11; Dreher/Tröndle, # 248 b), Nr. 6.

Sobre algunos casos problemáticos de autoría y participación, ver Zugaldía Espinar, «Los delitos contra la propiedad», pp. 215 y ss.

(44) En este sentido la doctrina mayoritaria, ver por todos, S/S-Eser, # 248 b).

(45) SSTS 24 de mayo, 20 de octubre, 28 de noviembre de 1982; 2 de mayo de 1984; 30 de abril de 1984 (en los hechos examinados en esta sentencia el sujeto se apodera y retiene primero el coche, luego realiza un robo y finalmente huye con el coche que se había apoderado previamente. Pues bien, la jurisprudencia entiende que el delito de robo del vehículo de motor quedó consumado cuando se apoderó y retuvo del vehículo sustraído, es decir en el primer momento.

Ver, S/S-Eser, # 248 b), Nr. 4; SK-Samson, # 248 b), Nr. 7; LK-Vogler, # 248 b), Nr. 10; Dreheer/Tröndle, # 248 b), Nr. 7.

(46) Ver Mir Puig, «DP», p. 396.

(47) Luzón Peña, «Detenciones ilegales, coacciones o amenazas y robo con toma de rehenes o intimidatorio: cuestiones concursales», en *Estudios Penales*, 1991, pp. 369 y ss.

20. Es opinión mayoritariamente aceptada, la de entender que la privación de libertad momentánea, estrictamente necesaria para la comisión del robo violento o intimidatorio, no da lugar al delito de detenciones ilegales. Al tratarse de un acto consustancial al mismo robo violento debe entenderse que el legislador lo ha tenido ya en cuenta en la pena de este delito. Ahora bien, no toda privación de libertad que acompaña de una u otra forma al robo queda consumida por éste. Este es el caso, por ejemplo, de la privación de libertad que excede temporalmente al apoderamiento de las cosas muebles. Hasta aquí existe acuerdo (48). Se discute, no obstante, si dicha privación de libertad tiene que dar lugar al delito de detenciones ilegales (arts. 480 y 481.1 del Código Penal) o bien lo correcto es apreciar un solo delito de robo violento o intimidatorio con toma de rehenes (art. 501.4 del Código Penal). Existen diversas interpretaciones en torno a la relación existente entre ambos preceptos:

1. Cabe entender que protegen el mismo bien jurídico y que se refieren a idénticas situaciones y conductas. Esta posición que, como sabemos, es la que mantiene el Tribunal Supremo, lleva a apreciar un concurso de leyes, en favor del robo con toma de rehenes por ser más específico y moderno. El único límite para apreciar este delito, para ellos equivalente al del artículo 481.1 —STS 17 de junio de 1985— es que la toma de rehenes haya contribuido a facilitar la ejecución del robo o fuga del culpable (49). Un sector de la doctrina entiende también que lo correcto para solucionar el conflicto entre estos dos preceptos es acudir al concurso de leyes, pero aplicando el de mayor gravedad (50).

2. Otra posibilidad es entender que si bien se protege el mismo bien jurídico, la aplicación de uno u otro precepto dependerá del momento en que tenga lugar la privación de la libertad ambulatoria (51). Desde esta perspectiva, lo decisivo es determinar cuándo la privación de la libertad ambulatoria se realiza con motivo u ocasión del apoderamiento, pues en este caso habrá que apreciar el artículo 501.4. Esto sucederá cuando la privación de libertad ambulatoria sirva para posibilitar o facilitar el apoderamiento. La violencia o intimidación ha de ser el medio común para el apoderamiento y para la toma de rehenes. También será un supuesto incluíble en el artículo 501.4, el de privación de libertad ambulatoria para facilitar la huida, siempre que contribuya a asegurar el apoderamiento. En cambio, la aplicación del artículo 481.1 exige la desconexión causal entre la privación de libertad y el apoderamiento: en el momento de la detención, el apoderamiento ya se habrá consumado (52).

3. Finalmente, un sector doctrinal considera que los bienes jurídicos protegidos no coinciden, puesto que en la detención ilegal se protege exclusivamente la libertad ambulatoria de la víctima, mientras que la previsión específica de la toma de rehenes cumple otra función. Con la toma de rehenes, el sujeto activo «utiliza al detenido como garantía frente a la actividad de terceros», y es que, de acuerdo con esta tesis, rehén sólo puede ser el sujeto que «el captor utiliza como garantía frente a la actividad de terceros» (53). Según esta posición, para la toma de rehenes se exige: 1) que el detenido quede en poder de la parte hostil; 2) y ello como prenda, fianza, garantía o seguro fren-

(48) Ver por todos, Bajo Fernández, «Manual de Derecho Penal, Parte Especial», *Delitos contra la libertad y seguridad, libertad sexual, honor y estado civil*, III, 2 ed., 1991, p. 9.

(49) SSTS 17 de junio de 1985; 26 de octubre de 1988; 28 de abril de 1989; 1 de junio de 1990.

(50) Así, Muñoz Conde, *PE*, p. 238.

(51) De esta opinión, Ruiz Antón, «Los robos con violencia o intimidación en las personas» (art. 501 del Código Penal), en *Comentarios a la legislación penal de 1983*, dirigidos por Cobo del Rosal, T. V, Vol. 2, p. 1103; Bajo Fernández, «Manual III», p. 85. También parece ser ésta la opinión de la STS 12 de diciembre 1990; Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, «DP», *PE*, p. 804.

(52) Ruiz Antón, «Comentarios», pp. 1103 y ss.

(53) Así, Luzón Peña, en *Estudios Penales*, pp. 380-381.

te a otra parte enemistada por él, hasta que se llega al arreglo que interesa al sujeto activo.

21. A) La interpretación del Tribunal es insostenible, y no por motivos dogmáticos exclusivamente, sino que entra en pugna con principios elementales de justicia material. Dogmáticamente, en primer lugar, utiliza conceptos erróneos. En efecto, como se ha puesto de relieve en la primera parte de este trabajo, no es adecuado el concepto de concurso de leyes que maneja. En segundo lugar, es discutible la ampliación que hace del concepto de rehén. Son numerosas las Sentencias (54) que opinan que, si bien es cierto que «el vocablo “rehén” procede una palabra árabe “rhahn”— que significa prenda, y la consideración de prenda, mientras está pendiente un ajuste, se recoge en la definición que ofrece el Diccionario de la Lengua Española editado por la real Academia Española, pero la jurisprudencia ha ensanchado el concepto». Dicha ampliación se ha hecho en el sentido incluir dentro del artículo 501.4 todas las privaciones de libertad que, relacionadas con el robo, superan el tiempo necesario para el apoderamiento de las cosas. Una ampliación del concepto de rehén como la que acaba de exponerse, determina que sea casi imposible distinguir las detenciones ilegales agravadas del robo con toma de rehenes. La única posibilidad es acudir a la segunda vía interpretativa, que como a continuación se verá, no está exenta de problemas.

B) Desde el punto de vista de la justicia material, principio de política criminal que debe guiar siempre a la interpretación, de seguirse la posición del Tribunal Supremo se llegará a la conclusión, como muy bien ha señalado algún autor (55), de que dicho precepto tendrá la función de atenuar la pena. Conclusión que produce discordancias valorativas inaceptables, puesto que la función del artículo 501 no es de ningún modo atenuar la pena del reo, sino todo lo contrario, agravarla. Paradójicamente, una de las consecuencias sería que si el sujeto roba privando de libertad a la víctima, debería imponerse, según la interpretación que ahora estudiamos, la pena de prisión mayor (art. 501.4); en cambio, si el autor realiza una conducta de apropiación indebida, privando también de libertad a la víctima, se le castigará por lo menos con arresto mayor, más prisión mayor en su grado máximo. De este modo, el sujeto que comete un delito menos grave, apropiación indebida, será castigado con mayor pena que si comete un robo con toma de rehenes, delito, en principio, más grave. Consecuencia, por tanto, totalmente absurda.

22. La segunda interpretación puede conducir a resultados arbitrarios. Al no respetar tampoco el concepto de rehén y atribuirle un significado amplio, dependerá de un factor totalmente aleatorio y de poca importancia que se castigue al sujeto más beneficiosamente con la pena del delito de robo con toma de rehenes, o con la del robo básico más las detenciones ilegales cualificadas. Además, como señala Luzón Peña (56), no es cierto que no exista toma de rehenes sin violencia o intimidación. Puede encerrarse a alguien en una habitación sin recurrir a dichos medios, y utilizarlo de prenda. En definitiva, para la delimitación del artículo 501.4 del artículo 481.1 no importan los medios comisivos, como tampoco el momento en que tenga lugar la privación de la libertad ambulatoria: el apoderamiento puede estar ya consumado y, no obstante concurrir toma de rehenes (57). Es, entonces incluso preferible la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo (58).

(54) Así, por ejemplo, SSTS 17 de junio de 1985; 26 de octubre de 1988.

(55) Luzón Peña, en *Estudios Penales*, pp. 396 y ss.

(56) Luzón Peña, en *Estudios Penales*, pp. 400 y ss.

(57) Así, acertadamente, Luzón Peña, en *Estudios Penales*, pp. 400 y ss.

(58) Digo mayoritaria porque existe alguna sentencia que acoge también, por lo menos a nivel teórico esta teoría. En este sentido la STS 12 de diciembre de 1990, de acuerdo con la cual ambas infracciones, con autonomía y ámbito propio, se desenvuelven en distinta panorámica. En la primera de ellas la detención se origina sin solución de continuidad e inmediatamente tras el delito contra la propiedad. En la segunda, en exigencia más precisa y constricta, la toma de rehenes se produce «con motivo u ocasión», no tras el ataque contra el patrimonio sino cuando

23. La tercera interpretación es la única que consigue dar coherencia dogmática y político-criminal a estos preceptos.

Primero, en su favor está el hecho de que utiliza el concepto de rehén en sentido propio, con lo cual evita interpretaciones analógicas que pudieran desembocar en resultados contrarios al principio de legalidad. Este es el caso si, por una parte, se utiliza un concepto amplio de rehén, y por otro, se delimitan ambas figuras según el momento en que se produzca la detención. En efecto, si la víctima es privada de libertad mientras el apoderamiento no se ha consumado, habrá, de acuerdo con esta perspectiva que ahora criticamos, robo con toma de rehenes. En cambio, si se priva de libertad a la víctima una vez el autor tiene la disponibilidad de los efectos se acudirá al artículo 481.1 (para algunos en concurso de delitos, para otros de leyes).

Segundo, respeta la voluntad del legislador y mantiene al máximo la coherencia interna entre los preceptos del Código Penal, al considerar más graves las conductas establecidas en el artículo 501 del Código Penal.

Tercero, delimita más claramente el ámbito de aplicación de ambos preceptos, dando un contenido propio a cada uno, sin que se produzcan discordancias valorativas, es decir, lo consigue de un modo racional.

Así pues, en el supuesto de que haya un robo con toma de rehenes, a los cuales se les prive además de su libertad ambulatoria, la solución más coherente será apreciar un delito de robo del artículo 501.4 y otro de detenciones ilegales. Discutible será sólo si la relación entre ambos delitos es ideal o real (sea esta última real en sentido estricto o medial).

IV

24. Hechas estas consideraciones en torno al concepto de concurso de leyes que utiliza el Tribunal Supremo y analizados los tipos penales en juego, estamos, por fin, en condiciones de valorar la solución dada por el Tribunal Supremo. Basta para ello una sola frase: *no es ni de mucho la mejor solución*.

25. En primer lugar, no estamos frente a supuestos de robo con toma de rehenes. La víctima no sirve aquí para doblegar la voluntad de nadie, pues no existen terceras personas implicadas. En cambio, se le priva de su libertad ambulatoria, más allá del tiempo estrictamente necesario para cometer el robo. No ya sólo por el hecho de que es encerrado y transportado en su coche contra su voluntad, sino porque además se le ata a un olivo después de perpetrado el robo intimidatorio. Este comportamiento nos conduce directamente al artículo 481.1 del Código Penal: detenciones ilegales perpetradas tras un delito contra la propiedad. A continuación habrá que decidir si existe unidad o pluralidad de hechos, según los conceptos definidos en la segunda parte. De tenerse exclusivamente en cuenta la privación de libertad ambulatoria sucedida durante el tiempo de la conducción ilegítima podría afirmarse la unidad de hecho. Pues con una sola conducta —que según la doctrina mayoritaria es lo que importa para la unidad de hecho— se comete más de un delito: el robo y las detenciones. No obstante, no debemos olvidar que la víctima es atada a un olivo del monte, después de haberse ya consu-

se genera tal agresión, esto es, durante el delito de robo, bien para facilitar la ejecución, bien para facilitar la fuga del culpable. «A continuación y seguidamente» es la expresión atinentee al 481.1 del Código Penal. En todo caso, el conflicto de normas habría de resolverse conforme al criterio de la especialidad (*lex specialis derogat generali*) conforme al cual sólo regirá la detención agravada del 481.1 del Código Penal, como disposición más genérica, si la acción enjuiciada rebasare los propios términos semánticos del art. 501.4 del Código Penal, si la detención en suma no fuere durante, sino después.

mado el robo. No hay duda de que nos encontramos frente a una nueva conducta y un nuevo hecho. Así pues, existe un concurso real (pues hay dos hechos claramente separados, que mantienen una relación de incongruencia) entre un robo intimidatorio del tipo básico y unas detenciones ilegales cualificadas.

26. En segundo lugar, más problemático resulta decidir en qué relación se encuentran la conducta de utilización ilegítima de vehículos a motor y el robo intimidatorio. Al comienzo de este trabajo se ha puesto de relieve cómo la jurisprudencia ha oscilado en la resolución de estos casos. Algunas veces ha acudido al concurso ideal, o al medial, otras al real, y finalmete ha aplicado el concurso de leyes. Esta última es la postura dominante en la jurisprudencia actual. A pesar de que se reconoce que el autor lesiona dos bienes jurídicos distintos, a veces incluso mediante dos conductas distintas, se estima preferible entender que concurre un solo delito de robo *por razones de justicia material*.

En efecto, desde estas posiciones jurisprudenciales, puesto que al autor que se apropia del coche se le castiga por un único delito de robo, no tiene sentido castigar al sujeto que sólo lo usa por dos delitos: uno de robo y otro de utilización ilegítima. De esta forma, el Tribunal Supremo se aproxima en realidad a la regulación alemana, de acuerdo con la cual si la utilización concurre con otros delitos más gravemente penados, sólo se tendrán en cuenta estos últimos. La doctrina de este país, sin embargo, ha entendido esta cláusula de subsidiariedad, como de subsidiariedad relativa, es decir, la utilización sólo queda subsumida cuando el precepto más grave castigue también delitos contra la propiedad (59).

En nuestro Código Penal, sin embargo, no contamos con una cláusula similar. A pesar de ello, debemos preguntarnos si es posible y conveniente una resolución en aquel sentido por entender que existe subsidiariedad tácita. Nos hallamos, entonces, no frente a una cuestión lógica, sino de interpretación teleológica, esto es, esencialmente valorativa. Por ello tiene fuerza el argumento que conduce al Tribunal Supremo a apreciar concurso de leyes: no se puede tratar peor al que hace menos (al que sólo usa el coche y no se apodera de él). Esta consideración, tan cierta, de naturaleza material, no puede impedir revelar la verdadera situación de hecho.

27. Estructuralmente, en mi opinión estamos frente al clásico caso intermedio de concurso: concurren dos hechos parcialmente coincidentes. Efectivamente, existe una zona común: la violencia o intimidación que sirve: a) para el apoderamiento de los efectos del taxista, y b) para conseguir la utilización del coche; y luego hay zonas no comunes: a) el apoderamiento de los efectos del propietario; b) el apoderamiento y utilización del coche, y c) resultados materiales distintos. Ahora, con esto no queda aún dicho que lo correcto sea acudir al artículo 71 del Código Penal, pues previamente habrá que examianrse la posibilidad de un concurso medial aparente. Es decir, tendremos que resolver si desde la perspectiva de justicia criminal no es acaso más correcto estimar que cuando la *utilización* concurre con otra conducta de ataque también al bien jurídico patrimonio o propiedad, pero más gravemente penada, la primera queda subsumida en éste. Dos serán pues las condiciones para entender que se da una situación de concurso medial aparente: *una*, que resulte igual al autor sustraer los efectos del propietario, que los efectos más el automóvil; *dos*, que el robo intimidatorio que haya realizado esté castigado con pena más grave que la utilización.

La primera condición —aducida por el Tribunal Supremo— en mi opinión no concurrirá siempre. Es cierto que a partir de 1983 se suprime el sistema de cuantías en la

(59) S/S-Eser, # 248 b), Nr. 13; SK-Samson, # 248 b), Nr. 18; Lk-Vogler, # 248 b), Nr. 13; Dreheer/Tröndle, # 248 b), Nr. 9.

punición de los delitos contra el patrimonio. Ahora bien, esto no quiere decir que no se tenga en absoluto en cuenta el valor de lo sustraído. Precisamente, el tipo básico del robo intimidatorio o violento puede ser agravado por revestir «especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos robados...» y la jurisprudencia ha apreciado esta agravante a partir del 1.000.000 o incluso en casos de menos perjuicio (60), lo que normalmente será el caso si además se sustrae el automóvil. Esto quiere decir lo siguiente: A) si el sujeto se apodera de cosas que no sobrepasan estas cantidades la pena será la de prisión menor; B) si lo sustraído sobrepasa dichas cantidades, la pena será de prisión menor en su grado máximo.

La segunda condición, desgraciadamente, tampoco será de obligatorio cumplimiento. Pues, como han puesto de relieve los autores que se han ocupado del tema (61), se puede producir una inversión valorativa y resultar más gravemente penada la utilización intimidatoria que la apropiación definitiva del vehículo.

28. ¿Qué hacer pues frente a tal situación caótica de nuestra legislación penal, que castiga lo menos grave como más grave y lo más leve más gravemente? Frente al caos legislativo, que no es en modo alguno culpa del reo, no puede optarse por la solución más gravosa para éste. Por ello, y mientras no se modifiquen las penas previstas para el delito del artículo 516 bis en consonancia con los delitos de apoderamiento definitivo, estimo que lo correcto será apreciar, como ha hecho el Tribunal Supremo, un concurso de leyes (concurso medial aparente). Y esto a pesar de que esta opción entra en conflicto con la realidad de lo sucedido. La existencia de una conducta de utilización ilegítima de vehículo a motor deberá tenerse en cuenta, a lo sumo, en la determinación de la pena. En definitiva, pues, la solución del T.S. es sólo correcta en parte: mientras que es acertado apreciar un concurso de leyes entre el robo y la utilización ilegítima de vehículos a motor, no lo es, y por tanto, es erróneo entender que concurre un robo con toma de rehenes. Se trata más bien de un supuesto de robo con violencia o intimidación del tipo básico en concurso real con unas detenciones ilegales.

(60) Ver SSTS 11 de junio, 18 de diciembre, 27 de marzo de 1984, 27 de marzo de 1985: 580.000; 26 de septiembre de 1985: 625.000; 29 de abril de 1987: 780.000; 18 de enero de 1989: 854. 606.

(61) Ver por todos, Zugaldía Espinar, «Delitos contra el patrimonio», pp. 134, 235 y ss.; De Vicente Remesal, «La falta», p. 591, nota 30; Vives Antón, «Delitos contra la seguridad del tráfico», p. 420; Cobo/Vives/Boix/Orts/Carbonell, «DP», PE, pp. 832-833.

Sobre algunas dificultades que en este ámbito ocurrían ya antes de la reforma de 1974, ver, por ejemplo, Gimbernat Ordeig, «Dos aspectos de la imprudencia y un aspecto del hurto de uso de vehículos de motor en el Derecho Penal español», en *Delitos contra la seguridad en el tráfico y su prevención*, 1975, p. 130.

Recordemos que el art. 516 bis, 4 párr., además de remitirse a las penas del art. 501, prevé como obligatoria la retirada del carnet de conducir.

Jurisprudencia constitucional

**PUBLICADA EN JULIO-DICIEMBRE 1991
Y CON APLICACION EN MATERIA PENAL**

ANTONIO GONZALEZ-CUELLAR GARCIA
Universidad Autónoma. Madrid

D) CONSTITUCION

ARTÍCULOS 9.3 y 25.2

Principio de seguridad jurídica

Ver Sentencia núm. 150/91, de 4 de julio, sobre *Reincidencia*. Artículo 10.15 del Código Penal.

ARTÍCULO 14

Principio de igualdad

Ver Sentencia núm. 150/91, de 4 de julio, sobre *Reincidencia*. Artículo 10.14 del Código Penal.

ARTÍCULO 15.1

Pena degradante

Ver Sentencia núm. 150/91, de 4 de julio, sobre *Reincidencia*. Artículo 10.15 del Código Penal.

ARTÍCULOS 20.1 d) y 20.4

Libertad de información

Ver Sentencia núm. 143/91, de 1 de julio, sobre *Desacato*. Artículo 244 del Código Penal.

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a utilizar los recursos

Con carácter general, este Tribunal ha reiterado que el derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 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 (SSTC 19/1983, 57/1984, 60/1985, 36/1986, 3/1987 y 185/1988, entre otras muchas). Y, más concretamente, en lo que se refiere a los requisitos exigibles para invocar en casación la vulneración de los derechos fundamentales, es doctrina de este Tribunal, de una parte, la de que el denominado principio de unidad de alegaciones en la casación se orienta exclusivamente a hacer posible al Tribunal de instancia el ejercicio de la competencia que en orden a la preparación del recurso le confiere el art. 858 LECrim., teniendo sólo reflejo la distinción que contempla la propia ley procesal en su art. 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 art. 855 del mismo texto legal. Y, de otra parte, que 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, se cumple suficientemente con la exposición razonada de su argumentación en el escrito de formalización del recurso (por todas, SSTC 185/1988 y 69/1990).

(Sentencia núm. 139/91, de 20 de junio. R. A. 1309/88. BOE de 22 de julio de 1991.—Ponente: Luis López García.)

ARTÍCULO 24.2

Derecho de asistencia letrada

Partiendo de estos datos, es menester recordar ahora de manera sucinta la doctrina jurisprudencial que este Tribunal ha mantenido en relación con el derecho de asistencia letrada (art. 24.2 de la Constitución). Este derecho, que el mencionado art. 24.2 consagra con especial proyección hacia el proceso penal, tiene por finalidad la objetiva protección de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, evitando desequilibrios en las respectivas posiciones procesales o limitaciones del derecho a la defensa que puedan inferir como resultado indefensión (STC 47/1987, fundamento jurídico 2.º). De suerte que, en el ámbito de la asistencia letrada de oficio, la ausencia de Abogado sólo se valora como lesiva del Derecho constitucional cuando la defensa ejercita-

da en concreto se revela determinante de la indefensión (STC 194/1987, fundamento jurídico 3.º), o dicho de otra manera: para que la no asistencia letrada provoque una indefensión material es preciso que haya podido razonablemente causar algún perjuicio al recurrente, pues de otra manera la estimación del amparo tendría una consecuencia puramente formal y no haría más que dilatar indebidamente el proceso (STC 161/1985, Fundamento Jurídico 5.º; en el mismo sentido, SSTC 30/1981 y 42/1982).

Con ello este Tribunal ha seguido y desarrollado, respecto del art. 24.2 de la Constitución, la doctrina elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 6.3.c), del Convenio Europeo. Así dicho Tribunal señaló que era objetivo primordial del Convenio «proteger derechos no teóricos ni ilusorios sino concretos y efectivos», afirmación que tiene especial importancia cuando está referida al derecho de defensa; precisamente por eso, el citado art. 6.3.c), habla de «asistencia letrada» y no de mera «designación», pues lo que se garantiza es la «efectividad» del derecho a un Abogado de oficio, ya que éste «puede morir, caer gravemente enfermo, tener un impedimento permanente o eludir sus deberes» y, si los órganos judiciales han sido advertidos de ello, deben «sustituirlo u obligarle a cumplir su obligación», pero, en cualquier caso, no cabe una tercera opción consistente en la mera «pasividad» (Caso Artico, S. 13 de mayo de 1980, 33); en consecuencia, si el Letrado no ha ejercido en ningún momento su ministerio y desde el comienzo ha manifestado no estar en disposición de hacerlo, el Tribunal que tutela derechos fundamentales «no está para controlar la pertinencia o no de estas explicaciones. Simplemente constata que el demandante no ha gozado de una asistencia letrada efectiva...», ya que «de no ser así, la asistencia letrada gratuita estaría amenazada de convertirse en una palabra vacía en más de una ocasión» (*ibídem*). En un sentido similar, entre otros, el caso Pakelli, S. 25 de abril de 1983.

En suma, el derecho fundamental de carácter prestacional a la asistencia letrada gratuita no puede desembocar en una simple designación que redunde en una manifiesta ausencia de asistencia efectiva, y, por otro lado, la legítima opción del ciudadano por la asistencia del turno de oficio no impide al recurrente acudir, en su caso, a un Abogado de su libre designación (STC 37/1988, Fundamento Jurídico 7.º).

(Sentencia núm. 178/91, de 19 de septiembre. R. A. 1556/88. BOE de 10 de octubre de 1991.—Ponente: Fernando García-Mon.)

Derecho a la defensa y asistencia de letrado

De conformidad con la doctrina sentada por este Tribunal en la STC 30/1981, el derecho a la defensa y asistencia de Letrado que el párrafo segundo del art. 24 de la Constitución reconoce de forma incondicionada a todos es predicable en el ámbito procesal penal, no sólo de los acusados, sino también de quienes comparecen como acusadores ejerciendo la acción penal. Ello comporta, de forma esencial, que las partes acusadoras puedan encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y consideren más adecuado para instrumentar su propia defensa. En concreto, por lo que se refiere a la posibilidad legalmente prevista —art. 113 de la LECrim.— de que en los casos en que dos o más personas ejerzan las acciones derivadas de un delito en un proceso lo hagan bajo una misma dirección y representación, este Tribunal ha afirmado que aunque tal previsión viene a reforzar el derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas, evitando una dilación injustificada del procedimiento por la reiteración de actuaciones con idéntica finalidad y significado, la facultad de apreciación de tal posibilidad no puede entenderse como meramente discrecional para el órgano judicial, pues éste habrá de tener presente los dos principios cons-

titucionales que han de ser conciliados: el derecho a la defensa y asistencia de Letrado y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Por ello, para que el órgano judicial pueda ordenar a las acusaciones personadas en un proceso que actúen bajo una misma dirección y representación, es preciso que se dé una suficiente convergencia de intereses e incluso de puntos de vista en la orientación de la actuación procesal que haga absolutamente inútil la reiteración de diligencias instadas o actos realizados por sus respectivas representaciones y asistencias letradas. En otro caso, se produciría una merma del derecho de defensa ante los Tribunales, que difícilmente se justificaría en aras de una economía procesal, a la que, por otra parte, puede atenderse por otros medios. (STC 30/1981, antes citada).

(Sentencia núm. 192/1991, de 14 de octubre. R. A. 545/1989. BOE de 15 de noviembre de 1991. Ponente: Alvaro Rodríguez Bereijo.)

En primer término, es necesario distinguir, con arreglo a la doctrina de este Tribunal (por todas, STC 196/1987), entre la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales y judiciales, que la Constitución reconoce en el apartado 3 del art. 17 como una de las garantías del derecho a la libertad personal protegido en el apartado 1 de este mismo artículo y la asistencia letrada al imputado o acusado que la propia Constitución contempla en el art. 24.2 dentro del marco de la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso debido. Esta doble proyección constitucional del derecho a la asistencia letrada, que guarda paralelismo con los textos internacionales sobre la materia (así, el art. 5 del CEDII y los arts. 9 y 14 del PIDCP), impide determinar el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada en una lectura y aplicación conjunta de los citados arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución. De ello resulta que, en el presente caso, la denunciada infracción del derecho fundamental a la asistencia letrada ha de enmarcarse, no en el art. 17.3, como se hace en la demanda, sino en el art. 24.2, habida cuenta del trámite procesal en el que se afirma que ha tenido lugar la pretendida lesión del derecho a la asistencia letrada.

(Sentencia núm. 188/91, de 3 de octubre. R. A. 1459/88. BOE de 5 de noviembre de 1991.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

Derecho a ser informado de la acusación

Es cierto que tanto el juicio de faltas como el proceso por delitos exigen que se formule acusación para que pueda producirse la condena. Este Tribunal reitera la doctrina de que el reconocimiento por el art. 24 de la CE de los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión, a ser informados de la acusación y a un proceso con las debidas garantías suponen que en todo proceso penal, incluidos los juicios de faltas, el acusado ha de conocer la acusación contra él formulada en el curso del proceso para poder defenderse de forma contradictoria y que el pronunciamiento del Juez o Tribunal ha de efectuarse precisamente sobre los términos del debate, tal como han sido formulados en las pretensiones de la acusación y la defensa, lo cual significa, entre otras cosas, que ha de existir siempre una correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia (SSTC 54/1985, 854/1985, 104/1985, 163/1986, 57/1987, 17/1988 y 168/1990, entre otras muchas).

(Sentencia núm. 182/1991, de 30 de septiembre. R. A. 209/89. BOE de 5 de noviembre de 1991.—Ponente: José Gabaldón López.)

Ver Sentencia núm. 153/90, de 15 de octubre, sobre *Recurso de aprobación Reformatio in peius*. Artículo 795 LECrim.

Ver Sentencia núm. 211/91, de 11 de noviembre. RA 634/89. *Juicio de faltas. Conocimiento de la acusación*. Artículos 968 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 6 del Decreto de 21 de noviembre de 1952.

Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a un Juez imparcial

El segundo motivo de amparo que alegan los demandantes se refiere a la reunión de funciones instructoras y juzgadoras en el mismo titular del órgano de primera instancia, con referencia e invocación de dos derechos fundamentales diferentes, derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y derecho a un proceso con todas las garantías, ambos consagrados en el art. 24.2 de la Constitución Española. Ante tal dualidad de derechos invocados, es necesario precisar que lo que ha de tenerse por realmente planteado no es, siguiendo la propia argumentación de los actores, la eventual lesión del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, sino más correctamente, del derecho a un proceso con todas las garantías, entre las que se incluye la de imparcialidad objetiva del juzgador; porque, como ya se ha dicho en la STC 164/1988, «lo que en la demanda se cuestiona no es si el Juez que ha conocido era el predeterminado por la ley, sino si el órgano judicial que ha conocido y resuelto, a los efectos de esa específica garantía, podía ser considerado un "juez imparcial"». Ahora bien, para resolver esta cuestión, es preciso hacer una referencia previa a la doctrina de este Tribunal sobre la materia que en este supuesto concreto puede muy bien resumirse en la que se contiene en las SSTC 145/1988, 164/1988 y 11/1989.

En la primera de las mencionadas resoluciones se decretó la nulidad del párrafo segundo del art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, que suprimía, en los juicios que regulaba, la posibilidad de abstención y recusación del Juez que hubiera realizado función instructora. Pero, conforme indica el Ministerio Público en su escrito de alegaciones, no se declara en dicha Sentencia la nulidad de toda la ley, por lo que permanece vigente la posibilidad de conocimiento y fallo de las causas penales que en ella se regulan por el mismo Juez competente para su instrucción, y a ello se une la advertencia, en esa misma resolución, de que no toda intervención del Juez antes de la vista tiene el carácter de instrucción.

Es el examen de lo actuado en cada caso concreto, lo que determinará la apreciación de si el juez que decidió la causa realizó verdadera actividad instructora, y, en aplicación de la doctrina sentada en la anterior Sentencia ello determina la apreciación de su falta de parcialidad de carácter objetivo, o por el contrario, si el análisis de las actuaciones y la inexistencia de actividad instructora que se derive de ella, impiden apreciar lesionada la repetida garantía. Por ello, planteada similar cuestión ante este Tribunal en ocasiones anteriores, es esa misma casuística y consideración del caso concreto la que ha motivado su estimación en unos casos (STC 11/1989) y su desestimación en otros (STC 164/1988). Los parámetros y criterios que permiten afirmar la existencia o carencia de actividad instructora, en cada supuesto, se indican ya en esa resolución inicial (STC 145/1988) y se perfilan y reiteran más tarde en las otras dos Sentencias citadas (SSTC 164/1988 y 11/1989).

Así, se alude en la primera a diversas actuaciones de naturaleza instructora, como el interrogatorio del detenido, la decisión sobre su situación personal con la consiguiente valoración inicial e indiciaria acerca de su culpabilidad, las resoluciones a adoptar respecto de la admisión a trámite de la querrela o denuncia, comprobación del hecho

denunciado o práctica de diligencias de prueba propuestas en aquéllas cuando se consideren procedentes o, finalmente, los supuestos de práctica de prueba anticipada. Resumiendo genéricamente el concepto, se señala en la segunda de las resoluciones citadas, que es la investigación directa de los hechos con una función en parte inquisitiva y en parte acusatoria (dirigida frente a determinada persona) la que puede considerarse integrante de una actividad instructora. Por último, en la STC 11/1989, se concretan las actuaciones determinadas que, en ese supuesto, se consideraron integrantes de verdadera actividad instructora, como las declaraciones tomadas a los protagonistas del hecho y a diversos testigos o la decisión motivada sobre libertad provisional del encausado, todo ello con anterioridad a la citación para el juicio oral.

[Sentencia núm. 151/91, de 8 de julio. R. A. 918/88 y 921/88 (acumulados). *BOE* de 9 de agosto de 1991.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.]

El derecho fundamental realmente afectado por los hechos reseñados no es otro que aquel atinente a un Tribunal imparcial, en cuanto garantía integrante del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución), y no el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, que es el que en la demanda se invoca. De este modo, es notoria la distinta configuración del contenido de ambos derechos fundamentales que se deduce de múltiples resoluciones de este Tribunal: El derecho al llamado Juez legal comprende, entre otros extremos, la exclusión en sus distintas modalidades del Juez *ad hoc*, excepcional o especial, junto a la exigencia de predeterminación del órgano judicial, así como de su jurisdicción y competencia; predeterminación que debe hacerse por una norma dotada de generalidad y dictada con anterioridad al hecho motivador del proceso, y respetando la reserva de Ley en la materia (SSTC 47/1982, 47/1983, 101/1984, 111/1984, 44/1985, 105/1985, 23/1986, 30/1986, 199/1987, 95/1988, 153/1988, 106/1989, etc.). El derecho a un Juez imparcial, como señala entre otras la STC 145/1988, constituye una garantía que, aunque no se cita de forma expresa en el artículo 24.2 de la Constitución, debe considerarse incluida entre ellas, ya que es un elemento organizativo indispensable de la Administración de Justicia en un Estado de derecho; en este marco, la prohibición de que un mismo Juez sea competente para la instrucción y fallo de las causas, busca preservar la llamada imparcialidad «objetiva», es decir, aquella que se deriva no de la relación del Juez con las partes, sino de su relación con el objeto del proceso, y a asegurar esa imparcialidad tienden, en general, las causas de abstención y recusación que figuran en las leyes y, en particular, la establecida en el art. 54.12 de la LECrim., que establece como causa legítima de recusación haber sido instructor de la causa (*ibid*, Fundamento Jurídico 5.º).

(Sentencia núm. 138/91, de 20 de junio. R. A. 1214/88. *BOE* de 22 de julio de 1991.—Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral.)

Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes

Conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la propia defensa, constitucionalizado por el art. 24.2 CE, ejercitable en cualquier tipo de proceso e inseparable del derecho mismo de la defensa, consisten en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal, sin desconocerlo u obstaculizarlo, e incluso prefiriéndose el exceso en la admisión a la postura restrictiva. Ello no supone desapoderar a los órganos jurisdiccionales de la competencia que le es propia para apreciar la pertinencia, por relación al *thema deci-*

dendi, de las pruebas propuestas, ni liberar a las partes de la carga de argumentar la trascendencia de las que propongan, de tal manera que la denegación de pruebas que el juzgado estime inútiles no implica necesariamente indefensión, pues tal facultad denegatoria viene impuesta por evidentes razones prácticas como son evitar dilaciones injustificadas del proceso. Pero basta con que la denegación o inexecución sea imputable al órgano judicial y la prueba denegada o impracticada sea decisiva en términos de defensa para que, en principio, el supuesto quede cubierto por la garantía constitucional (entre otras muchas, SSTC 80/1986, 147/1987 y 50/1988).

Es de interés destacar, a los efectos de resolver este recurso de amparo, la doctrina sentada por este Tribunal respecto de las consecuencias que la dimensión constitucional del derecho a la prueba significó para el uso de los Tribunales de lo dispuesto en el artículo 801 de la LECrim., antes de su derogación por la LO 7/1988. Según dicho precepto, no se suspendería el juicio por la incomparecencia de testigos «cuando éstos hubieren declarado en el sumario y el Tribunal se considere suficientemente informado con la prueba practicada para formar juicio completo sobre los hechos», en el sentido, según nuestra doctrina, de que el órgano judicial podría hacer uso de lo dispuesto en el citado artículo únicamente cuando haya sido practicada en el juicio oral prueba suficiente para formar la convicción del Tribunal (STC 157/1986), puesto que, en otro caso, el derecho a emplear en el juicio oral las pruebas pertinentes para la defensa —en particular la testifical—, ha de prevalecer sobre la potestad del órgano judicial de tenerse por «suficientemente informado». (Por todas, SSTC 51/1990 y 56/1991).

(Sentencia núm. 205/91, de 30 de octubre. R. A. 1842/88. BOE de 27 de noviembre de 1991.—Ponente: Fernando García-Mon.)

Se invoca por el recurrente la lesión del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa reconocido en el art. 24.2 CE, debido a que en la apelación se le denegó la prueba testifical, consistente en la declaración de la persona que manifiesta que conducía su vehículo el día en que tuvo lugar el accidente de circulación.

Reiteradamente se ha dicho por este Tribunal, que el derecho fundamental del artículo 24.2 CE no faculta para exigir la admisión judicial de cualesquiera pruebas que puedan las partes proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes para la defensa y que la apreciación de esa pertinencia de las pruebas corresponde a los Tribunales ordinarios (STC 40/1986, Fundamento Jurídico 2.º, por todas). Por lo que «sólo podría tener relevancia constitucional por provocar indefensión la denegación de pruebas que siendo solicitadas en el momento y forma oportunas no resultase razonable y privase al solicitante de un medio de defensa necesario para probar hechos decisivos para su pretensión» (ATC, 442/1985).

(Sentencia núm. 211/91, de 11 de noviembre. R. A. 634/89. BOE de 17 de diciembre de 1991.—Ponente: Alvaro Rodríguez Bereijo.)

Presunción de inocencia

Conforme a reiterada doctrina de este Tribunal, la presunción de inocencia consagrada en el art. 24.2 de la Constitución se asienta sobre dos ideas esenciales: De un lado, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los Jueces y Tribunales por imperativo del art. 117.3 de la Constitución, y, de otro, que la Sentencia condenatoria se fundamenta en auténticos actos de prueba y que la actividad probatoria sea suficiente para desvirtuar esa presunción de inocencia, para

lo cual se hace necesario que la evidencia que origine su resultado lo sea, tanto con respecto a la existencia del hecho punible, como en todo lo atinente a la participación que en él tuvo el acusado.

Por lo que respecta a la segunda de las exigencias apuntadas, esto es, a los actos o medios de prueba, es doctrina consolidada de este Tribunal desde su STC 32/1981, que únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con la ejecución de los medios aportados a tal fin por las partes. Ahora bien, el Tribunal ha manifestado que esta regla no puede ser entendida en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, pues como excepción a la expresada regla general este Tribunal reconoce los casos de prueba anticipada y preconstituida (que no son de interés en el presente supuesto).

Si el Tribunal tan sólo puede, pues, fundamentar su Sentencia condenatoria en auténticos actos de prueba, y todo acusado se presume inocente hasta que sea definitivamente condenado, lógicamente la presunción de inocencia ha de incidir también en las reglas de distribución de la carga material de la prueba, produciendo un desplazamiento de la misma hacia la parte acusadora: Incumbe a la acusación, y no a la defensa (quien, en otro caso, se vería sometida a una *probatio diabolica* de los hechos negativos) probar en el juicio oral los elementos constitutivos de la pretensión penal o, lo que es lo mismo, la realización de esa actividad probatoria de cargo suficiente para desvirtuar dicha presunción constitucional (SSTC 70/1985, 150/1987, 82/1988, 128/1988, 137/1988 y 182/1989).

De lo expuesto claramente se infiere que, con la sola excepción de aquellos supuestos en los que, bien sea por la fugacidad de las fuentes de prueba o por su imposibilidad de reproducción en el juicio oral a través de la correspondiente medio probatorio, sea necesario dotar al acto de investigación sumarial del valor de la prueba anticipada y preconstituida (siempre y cuando naturalmente se observen las garantías que han de adornar la prueba), la acusación no puede limitarse a tener por «reproducidas» en el juicio oral, como prueba documental, los actos instructorios, sino, antes al contrario, ha de proponer en el escrito de acusación los oportunos medios de prueba, a través de los cuales pueda darse entrada en el juicio oral a hechos que fundamenten su pretensión, de tal suerte que el Tribunal pueda someter a confrontación, mediante la lectura de documentos, el resultado probatorio y el del acto de investigación sumarial y, en definitiva, formar libremente su convicción sobre dicho resultado probatorio, obtenido bajo la vigencia de los principios de contradicción, oralidad, intermediación y publicidad.

El control del cumplimiento de las garantías requeridas para la integración del resultado de las diligencias de investigación en la actividad probatoria, en los términos señalados, sólo puede hacerse a través del correspondiente acta, levantada por el Secretario Judicial que, conforme a los artículos 280 y 281 de la LOPJ, ha de documentar fehacientemente el acto y el contenido del juicio oral. Y en orden a la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral, ha de estarse a lo que el acta dice, y a lo que no dice. En consecuencia, no cabe afirmar que se haya practicado un determinado medio de prueba por el hecho de que se haya pedido e incluso que se haya admitido, si la actuación no queda reflejada en el único instrumento previsto para su constancia externa y fehaciente (por todas, STC 161/1990, antes citada).

(Sentencia núm. 140/91, de 20 de junio. R. A. 1325/88. BOE de 22 de julio de 1991.—Ponente: Vicente Gimeno Sendra.)

Ver Sentencia núm. 150/91, de 4 de julio, sobre *Reincidencia*. Artículo 10.15 del Código Penal.

ARTÍCULO 28.1

Ejercicio de actividad sindical

Ver Sentencia núm. 143/91, de 1 de julio, sobre *Desacato*. Artículo 244 del Código Penal.

ARTÍCULO 25.1

Principio de legalidad

Ver Sentencia núm. 150/91, de 4 de julio, sobre *Reincidencia*. Artículo 10.15 del Código Penal.

ARTÍCULO 25.2

Penas privativas de libertad. Reinserción social

Ver Sentencia núm. 150/91, de 4 de julio, sobre *Reincidencia*. Artículo 10.15 del Código Penal.

ARTÍCULOS 122.1 y 149.1.5.ª y 6.ª

Inconstitucionalidad de Ley de la Junta Principal del Principado de Asturias que otorga fuero procesal.

Se hace preciso dilucidar la naturaleza del precepto cuestionado. Este, al señalar que la responsabilidad criminal de los Consejeros por los actos delictivos cometidos dentro del territorio de la Comunidad será exigible ante el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, y por los cometidos fuera de dicho territorio por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, realiza simultáneamente dos operaciones: una, sustraer a los citados Consejeros al régimen procesal común mediante la concesión de aforamiento; otra, atribuir a unos determinados órganos jurisdiccionales el conocimiento de un cierto tipo de causas penales, esto es, delimitar o enmarcar la competencia de los mismos.

Así las cosas, y dado que el EAA no ha establecido el fuero especial para los miembros del Consejo de Gobierno, ante esa omisión estatutaria, el art. 39.1 de la Ley 6/1984 no puede considerarse como expresión de la competencia autonómica de organización de sus instituciones de autogobierno [art. 10.1 a) EAAs], en contra de lo que sostienen el Fiscal general del Estado y las representaciones del Consejo de Gobierno y de la Junta General del Principado de Asturias. El mencionado título competencial comprende, ciertamente, la regulación del Estatuto de los Consejeros, pero con las limi-

taciones derivadas de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado, que el legislador autonómico —como hemos dicho— no puede invadir al efectuar aquella regulación. Dicho título competencial es el que el art. 149.1.6. CE atribuye con carácter exclusivo al Estado la materia de legislación procesal, en relación, también a lo previsto en los arts. 117.3 y 122.1 CE, en cuanto al establecimiento de la normativa orgánica de los Tribunales y a la determinación de su competencia; ello incluye el establecimiento del fuero jurisdiccional penal de los integrantes del Ejecutivo autonómico asturiano, toda vez que el aforamiento constituye uno de los objetos de regulación de la legislación procesal.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, en ejercicio de esa competencia exclusiva de la legislación del Estado, dispone en su art. 73.3.a) que a la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia le corresponde, como Sala de lo Penal, el conocimiento de las causas penales que los Estatutos de Autonomía —y no otra ley, y desde luego ninguna otra Ley autonómica— reservan a dichos Tribunales. Por consiguiente, resulta constitucionalmente inaceptable que una Ley autonómica, como la 6/1984, del Principado de Asturias, proceda por sí misma a establecer *ex novo* el fuero jurisdiccional penal de los miembros del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, siendo así que se trata de una materia que pertenece a la exclusiva competencia estatal.

(Sentencia núm. 159/91, de 18 de julio. C. I. 267/87. BOE de 9 de agosto de 1991.—Ponente: José Gabaldón López.)

II. LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 35

Cuestión de inconstitucionalidad

La cuestión de inconstitucionalidad es un medio para asegurar la supremacía de la Constitución, que corresponde en forma exclusiva al órgano judicial. La decisión de éste respecto al planteamiento de la cuestión, no afecta al derecho de defensa de los derechos fundamentales de las partes ante el Tribunal Constitucional, ya que éstas disponen a tal fin del recurso de amparo. La circunstancia de que las partes y el Fiscal deban ser oídos antes del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, no significa en modo alguno que ellos tengan un “derecho” a que los órganos judiciales expresen dudas sobre la constitucionalidad de la norma aplicable y por consiguiente utilicen ese medio jurídico de protección de la supremacía del derecho constitucional.

Así pues, no puede entenderse vulnerado el derecho fundamental que se indica, primero, porque no se aprecia omisión alguna en las Sentencias judiciales respecto de la decisión adoptada por ambos órganos sobre el planteamiento de la cuestión que los dos denegaron implícita o expresamente; además porque la desestimación de dicha petición no genera por sí misma indefensión o falta de tutela alguna —conforme a la doctrina constitucional antes expuesta—, quedando abierta para las partes la facultad de recurrir en amparo ante este Tribunal que en este supuesto efectivamente han utilizado, y, finalmente, porque aquella desestimación no requería tampoco en la instancia un pronunciamiento expreso, cuando su realidad resulta evidente, sin necesidad del mismo, en virtud de la continuación del curso de las actuaciones no haciendo uso del juzgado del medio establecido legalmente para plantear la duda de inconstitucionalidad que, formulada por la parte, no compartía y que, por otro lado, no se encontraba en modo alguno obligado a plantear.

[Sentencia núm. 157/91, de 8 de julio. R. A. 918/88 y 921/88 (acumulados). *BOE* de 9 de agosto de 1991.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.]

ARTÍCULO 44.1 c)

Invocación formal en el proceso de los derechos constitucionales vulnerados

Es doctrina constante de este Tribunal la de que el requisito exigido por el artículo 44.1 c) de la LOTC no es mero formalismo retórico o inútil, ni una fórmula inocua, pues tiene por finalidad, de un lado, que los órganos judiciales tengan oportunidad para pronunciarse sobre la violación constitucional, haciendo posible el respeto y restablecimiento del derecho constitucional en sede jurisdiccional ordinaria y, de otro, preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo, que resultaría desvirtuado si ante ella se plantearan cuestiones sobre las que previamente, a través de las vías procesales oportunas, no se ha dado ocasión de pronunciarse a los órganos de la jurisdicción ordinaria correspondiente (SSTC 11/1982, 46/1986, 75/1984 y 203/1987, entre otras muchas). Ahora bien, dicho requisito no impone necesaria e inexcusablemente la cita concreta y numérica del precepto o preceptos constitucionales presuntamente vulnerados, pero sí que el tema quede acotado en términos que permitan a los órganos judiciales pronunciarse sobre el mismo (SSTC 17/1982, 117/1982, 117/1983, 75/1984, 10/1988 y 75/1988, por citar algunas), y, como es obvio, sólo es exigible en aquellos casos en que el recurrente ha tenido oportunidad de realizar tal invocación, lo que no ocurre cuando la lesión se imputa a una decisión que pone fin al proceso, sin que existan otras vías jurisdiccionales útiles, pues, en estos supuestos, no hay oportunidad procesal para hacer tal invocación (entre otras, SSTC 17/1982, 50/1982, 62/1988 y 134/1988).

(Sentencia núm. 176/91, de 19 de septiembre. R. A. 1133/88. *BOE* de 10 de octubre de 1991.—Ponente: Francisco Tomás y Valiente.

III. CODIGO PENAL

ARTÍCULO 10, n.º 15

Reincidencia

No cabe fundar la inconstitucionalidad de un precepto en su incompatibilidad con doctrinas o construcciones presuntamente consagradas por la Constitución; tal inconstitucionalidad derivará, en su caso, de que el precepto en cuestión se oponga a mandatos o principios contenidos en el Texto constitucional explícita o implícitamente. Resulta así que para resolver la duda sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada han de obviarse la mayor parte de los argumentos esgrimidos por el Juez, pues con independencia de la mayor o menor solidez de su construcción dogmática, su misma utilización como parámetro supondría tanto como tomar indebidamente partido por una determinada postura doctrinal acerca de la naturaleza y la ratio de la institución de la reincidencia, postura que, aun siendo compatible con los mandatos constitucionales, no es la única posible en relación con ellos:

a) En este sentido, por lo que se refiere a la contradicción del art. 10.14 del Código Penal con el principio de culpabilidad penal, los Autos de planteamiento de las cues-

tiones de inconstitucionalidad parten de una premisa inexistente, a saber, que la Constitución ha optado por una doctrina de la culpabilidad, más concretamente la de la “normalidad de la motivación”. Pero es indudable, conforme a lo antes expuesto, que esta suposición carece de todo fundamento, y, consecuentemente, no cabe apreciar la inconstitucionalidad denunciada. En efecto [la CE consagra, sin duda, el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal “de autor” que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos (SSTC 65/1986, 14/1988 y otras). Pero la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo, como es el de la “normalidad de la motivación”]. De otra parte, tampoco este entendimiento del principio de culpabilidad permite sostener, como afirma el Juez proponente, que la compleja regulación de la reincidencia no permite a los ciudadanos aprehenderla normalmente ni prever, por tanto, las consecuencias de sus actos.

b) Tampoco la CE erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; antes al contrario, el art. 25.2 no se opone a que otros objetivos, entre ellos, la prevención general, constituya, asimismo, una finalidad legítima de la pena, razón por la cual el mismo planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad (que estiman que la agravante no responde a fines preventivos ni resocializadores), en este concreto aspecto, aparece desprovisto de base. En primer término, el art. 25.2 CE no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la CE ni, desde luego, de entre los posibles —prevención general; prevención especial; retribución, reinserción, etc.— ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal. [Como este Tribunal ha afirmado en otras ocasiones, el art. 25.2 CE, contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad (por todas, SSTC 19/1988 y 28/1988), pero no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad]. No cabe, por tanto, estimar inconstitucional la agravante de reincidencia por no ajustarse a los “fines constitucionales” de la pena.

En segundo término [el juicio de proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general en relación a un hecho punible, es competencia del legislador, en función de los objetivos de política criminal que adopte dentro del respeto a los derechos fundamentales de la persona en un Estado social y democrático de Derecho, como el que la CE consagra en su art. 1.1. En efecto, el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella] (SIC 65/1986, antes citada); lo que no cabe extraer, en todo caso y necesariamente, de la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia, ya que ésta ha de ser tenida en cuenta por los Tribunales únicamente dentro de unos límites fijados por cada tipo penal concreto y su respectiva sanción: es decir, para determinar el grado de imposición de la pena y, dentro de los límites de cada grado, la extensión de la pena. Por tanto, no cabe apreciar, desde esta perspectiva, la inconstitucionalidad del art. 10.15 del Código Penal.

Un segundo grupo de razonamientos aducidos en los Autos de planteamiento para promover la cuestión de inconstitucionalidad se basan en la presunta infracción por el art. 10.15 del Código Penal de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la

arbitrariedad consagrados en el art. 9.3 CE en relación con el art. 25.2 CE. Se afirma al respecto, en síntesis, de una parte, que la regulación que el art. 10.15 del Código Penal hace de los distintos supuestos en los que concurre la reincidencia como agravante puede suponer para el delincuente un obstáculo para el cumplido conocimiento de las consecuencias jurídicas de sus actos. De otra parte, que el aumento de la segunda o sucesivas penas, sobre la base de la ineficacia de la pena anterior, constituye un ejercicio arbitrario del *ius puniendi* del Estado.

Pero ninguno de estos argumentos puede servir para estimar que el art. 10.15 del Código Penal sea contrario a los arts. 9.3 y 25.2 CE. En primer lugar [es doctrina reiterada de este Tribunal la de que no vulnera la exigencia de *lex certa*, como garantía de la certidumbre o seguridad jurídica, el empleo en las normas sancionadoras de conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permitan prever, con suficiente seguridad, la conducta regulada (SSTC 122/1987, 133/1987, 69/1989 y 219/1989)]. Con arreglo a la doctrina citada, ningún reproche de inseguridad cabe hacer a la agravante de reincidencia, pues la lectura del art. 10.15 del Código Penal permite afirmar que los supuestos de reincidencia contemplados —específica y genérica— están descritos con la necesaria claridad y precisión, de tal modo que no suscitan ninguna incertidumbre razonable sobre los supuestos en los que la reincidencia juega como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal.

En segundo lugar, la aducida infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), en la forma en que el Juez la razona, aparece como simplemente retórica. En efecto, de un lado, no se comprende en qué medida la imposición de una pena superior para el reincidente constituye un ejercicio arbitrario del *ius puniendi* del Estado, puesto en relación con el fracaso del tratamiento penitenciario del anterior o anteriores delitos. De otro lado, la tesis de que la agravación de la pena por reincidencia viola el principio de interdicción de la arbitrariedad, por cuanto que con ello se combate un estado peligroso, tiene como presupuesto previo la toma de postura doctrinal del Juez acerca de que la agravante del art. 10.15 del Código Penal se basa en la peligrosidad del reincidente, y, en consecuencia, se incide también en este concreto punto en el error de utilizar, como parámetro de constitucionalidad, una determinada concepción dogmática de la agravante cuestionada.

El tercero de los motivos de inconstitucionalidad advertidos por el órgano judicial que suscita las cuestiones sobre el art. 10.15 del Código Penal, consiste en la contradicción de dicho precepto con el derecho a la igualdad del art. 14 CE. A juicio del órgano judicial, la infracción advertida es doble: De un lado, el art. 10.15 del Código Penal, en relación con el art. 61, regla 2.ª, del mismo Código, supone un injustificado trato de desfavor respecto de los reincidentes, que ven agravada la pena que se les impone. Y de otro, el precepto cuestionado es discriminatorio en cuanto trata igualmente al reincidente que cumplió efectivamente condena y aquel que fue ejecutoriamente condenado pero no la cumplió.

Tampoco estos alegatos ponen de manifiesto la supuesta inconstitucionalidad del art. 10.15 del Código Penal. Basta con señalar al respecto, en primer término, que es doctrina constante de este Tribunal la de que el principio constitucional de igualdad (art. 14 CE), además de impedir las discriminaciones específicamente descritas, obliga al legislador a no introducir entre los ciudadanos diferenciaciones carentes de todo fundamento razonable, esto es, no orientadas a la obtención de un fin constitucionalmente lícito, o no articuladas en torno a rasgos o elementos que resulten pertinentes para la diferenciación normativa (por todas, STC 19/1988, antes citada). En consecuencia, y considerada no arbitraria la opción legislativa de aumentar la pena a imponer para el delincuente reincidente, forzoso es concluir que de la misma regulación legal de la

agravante de reincidencia se desprenden los criterios objetivos tenidos en cuenta por el legislador para establecer un trato punitivo distinto para los delincuentes reincidentes respecto de los no reincidentes. Como señala el Abogado del Estado, tan razonable es sostener que la lesión de un bien jurídico es más grave cuando es repetida (con los requisitos de la reincidencia) como sostener lo contrario: se trata de juicios no arbitrarios de valor, compatibles ambos con la CE.

En segundo término, y aparte de que este Tribunal se ha pronunciado repetidamente en el sentido de que el principio constitucional de igualdad no puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación (SSTC 86/1985 y 19/1988), no cabe ignorar que el cumplimiento o no de la pena impuesta en su momento no puede erigirse en factor razonable de diferenciación de trato, cuando lo que está en la base de la agravante es una condena ejecutoria, y no el hecho de su efectivo cumplimiento, irrelevante a los efectos de la mayor o menor reprochabilidad penal de la conducta sancionada.

La duda de constitucionalidad del art. 10.15 del Código penal se ha planteado también por entender que constituye un trato degradante, contrario al art. 15.1 CE, el que el legislador dispensa al sujeto reincidente, en cuanto veta al juzgador la posibilidad de imponerle la pena legalmente prevista por un hecho concreto en su grado mínimo. En este sentido, razona el Juez, la pena es degradante porque, de una parte, valora al penado que debería haber sido reintegrado en el ejercicio de todos sus derechos —art. 73 de la Ley General Penitenciaria— al mismo nivel que el reo que tiene penas pendientes de cumplimiento, y, de otra, es una pena no justificada, dada la presumible imposibilidad de obtener fines de prevención general o especial que no se hayan logrado con la pena anterior.

Son necesarias algunas precisiones para situar correctamente, en la medida de lo posible, las tachas de inconstitucionalidad aducidas. En primer lugar, según tiene afirmado este Tribunal, pena degradante es la que provoca “una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena” (SSTC 65/1986 y 89/1987), y su calificación como tal “depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que reviste (STC 65/1986). Es claro al respecto que la previsión del legislador de una mayor pena —no sólo de las privativas de libertad— por la concurrencia de la agravante de reincidencia, o por cualquier otra agravante, no constituye, de suyo, un trato inhumano o degradante a la luz de la doctrina expuesta. Asimismo, es necesario reiterar, como ya se dijo, que el juicio sobre la proporcionalidad de la pena corresponde en principio al legislador (Fundamento Jurídico 4.º).

En segundo lugar, y en relación con los otros argumentos utilizados, el Juez promotor da por supuestas determinadas cuestiones dogmáticas, lo que acarrea sin más la irrelevancia de dichos alegatos. En efecto, cuando se afirma que la apreciación de la reincidencia impide al juzgador la posibilidad de imponer la pena legalmente prevista para un hecho en su grado mínimo, o que la agravación por reincidencia no se justifica en ninguno de los fines de la pena, implícitamente se parte de concretas concepciones dogmáticas acerca de cuál sea la naturaleza de las circunstancias agravantes (esto es, sobre si las mismas afectan únicamente a la pena o pertenecen al ámbito del delito) y cuáles son los fines de la pena, respectivamente.

La inconstitucionalidad del art. 101.5 del Código Penal también se razona con base en supuestas infracciones del art. 24 CE, en sus dos apartados. Pero de las infracciones aducidas sólo es necesario pronunciarse sobre la referida a los derechos a la presunción de inocencia y a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), lo que a continuación se hará, dado que, de un lado, la denunciada violación del art. 24.1 CE, por la “mutilación de derechos legítimos por obra de una resolución judicial en aplicación de una norma constitucional”, supone, como afirma el Abogado del Estado, el hacer un

supuesto de la cuestión al partir de la inconstitucionalidad del art. 101.5 del Código Penal, y, de otro lado, el argumento fundado en la presunta violación de la intangibilidad de la cosa juzgada, en realidad se confunde con la supuesta infracción del principio *non bis in idem*, que será objeto de análisis en el siguiente Fundamento Jurídico.

Pues bien, por lo que se refiere a la presunta violación por la agravante de reincidencia de los derechos a la presunción de inocencia y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa consagrados en el art. 24.2 CE, se parte de la base de que la aplicación objetiva y automática de la agravante, cualquiera que sea el fundamento de la misma, entraña una presunción *iuris et de iure*, bien de perversidad, bien de desprecio a un bien jurídico tutelado por la Ley Penal, o bien de culpabilidad o de peligrosidad, que no admite prueba en contrario y contradice la presunción constitucional de inocencia, que ha de extenderse a cualquier elemento que constituye presupuesto de una medida represiva o de la agravación de la pena. Pero del propio planteamiento de la cuestión se deduce que la misma no guarda relación con los citados derechos fundamentales. En primer lugar, porque, aun admitiendo que la presunción de inocencia también verse sobre las circunstancias agravantes, lo que el Juez propugna no es tanto la prueba de los presupuestos previstos en el art. 10.15 del Código Penal para poder apreciar la agravante, sino la acreditación, en cada caso concreto, de los supuestos fundamentos o razones tenidas en cuenta por el legislador al establecer la reincidencia como circunstancia agravante. Y ello supondría, aparte las dificultades apuntadas por el Fiscal en su escrito de alegaciones, confundir y convertir una relación de fundamentación —sumamente controvertida en el tema que nos ocupa, como pone de manifiesto el plural abanico de presunciones reseñadas por el Juez— en una *praesumptio legis* y en un supuesto o requisito no recogido en el art. 10.15 del Código Penal.

La última duda que plantean las cuestiones es la posible inconstitucionalidad del art. 101.5 del código Penal, por infringir el principio de legalidad penal consagrado en el art. 25.1 CE, una de cuyas exigencias es la prohibición del *bis in idem*. En cuanto a esa concreta cuestión, el Juez razona, en primer término, que la agravante de reincidencia supone una segunda sanción por un hecho que fue ya castigado. En segundo término, que la previsión obtenida en el art. 25.1 CE, *in fine*, que ha de interpretarse en el sentido de que “tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”, significa que el único momento constitucionalmente relevante para la determinación de la pena correspondiente a un sujeto por un delito es el momento de la comisión, sin que pueda tenerse en cuenta otro momento anterior.

La jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha reconocido, desde su Sentencia 2/1981, que el principio *non bis in idem*, aunque no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa, ha de entenderse integrado en los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el art. 25.1 CE. Dicho principio del *non bis in idem*, tal como lo ha venido interpretando este Tribunal (SSTC 2/1981, 159/1985, 23/1986, 66/1986, 94/1986, 107/1989 y 122/1990, entre otras) supone, a los efectos que aquí interesan, la prohibición de que, por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una misma conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisibles reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

Pero del propio significado del *non bis in idem* se desprende que la agravante de reincidencia del art. 101.5 del Código Penal no conculca dicho principio constitucional. En efecto, la apreciación de la agravante de reincidencia supone, como al principio se expuso, la obligatoriedad de tomarla en consideración, como cualquier otra agravante, para aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en el propio Código (art. 58 CP), y, más concretamente, para determinar el grado de aplicación de la pena prevista para el delito y, dentro de los límites de cada grado, fijar —discrecionalmente— la extensión de la pena. Es claro, en consecuencia, que con la aprecia-

ción agravante de reincidencia, ya se entienda que afecta al núcleo del delito o sólo a la modificación de la pena, no se vuelve a castigar el hecho anterior o los hechos anteriores, por lo demás ya ejecutoriamente juzgados —art. 10.15 CP— y con efectos de cosa juzgada (efectos que no se ven, pues, alterados), sino única y exclusivamente el hecho posterior. En este sentido, es una opción legítima y no arbitraria del legislador el ordenar que, en los supuestos de reincidencia, la pena a imponer por el delito cometido lo sea en una extensión diferente que para los supuestos de no reincidencia. Y si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia presupone, por necesidad lógica, una referencia al delito o delitos repetidos, ello no significa, desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos, según los casos, bien (según la perspectiva que se adopte) para valorar el contenido de injusto, y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer. La agravante de reincidencia, por tanto, queda fuera del círculo propio del principio *non bis in idem*.

Finalmente, tampoco es aceptable el argumento de que no es conforme con la Constitución agravar la pena por hechos anteriores a la comisión del delito, que el Juez razona a partir de lo dispuesto en el art. 25.1, *in fine*, de la Constitución. Basta con señalar, al efecto, que la exigencia del art. 25.1 CE se refiere a la vigencia, en el momento de cometerse el nuevo delito, de la norma sancionadora; por ello, lo determinante, a efectos de la adecuación a la Constitución, es que se aplique una norma reguladora de la reincidencia que esté vigente en ese momento, según la exigencia de *previa lege*, norma que, como se ha dicho, no sanciona hechos anteriores, sino los constitutivos del nuevo delito, agravando la correspondiente pena.

[Sentencia núm. 150/91, de 4 de julio. C. E. 1407/89, 2187/89, 187/90 y 188/90 (acumuladas).—Ponente: Luis López Guerra.]

ARTÍCULO 114

Prescripción

Este Tribunal ha afirmado reiteradamente (SSTC 152/1987, 259/1988, 83/1989 y 157/1990) que la apreciación en cada caso concreto de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad penal es una cuestión de mera legalidad que corresponde decidir a los tribunales ordinarios y carece de relevancia constitucional. También ha afirmado que es una cuestión de mera legalidad que ha de ser resuelta por los órganos de la jurisdicción penal la relevancia que pueda tener a efectos del art. 114 CP la detención del procedimiento originada por exceso de trabajo del órgano judicial, teniendo en cuenta y ponderando las circunstancias del caso, siempre y cuando esa interpretación sea razonada y fundada (STC 157/1990).

(Sentencia núm. 223/91, de 25 de noviembre. R. A. 1097/89. BOE de 30 de diciembre de 1991.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

No cabe deducir del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y a que el proceso se tramite y resuelva en un plazo razonable, un derecho a que juegue o se produzca la prescripción penal (SSTC 255/1988 y 83/1989). Aun más, del razonamiento de los recurrentes de que la paralización de las actuaciones había de entenderse como un archivo de la apelación, se derivaría la conclusión contraria la confirmación o firmeza

de la Sentencia condenatoria impugnada. El mero hecho del retraso en la fase de apelación no puede suponer en ningún caso la pérdida definitiva de la eficacia de la Sentencia de instancia. En consecuencia, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no genera un derecho a la prescripción por la demora judicial en la tramitación de la apelación.

En cuanto a la inaplicación de la prescripción como causa extintiva de la responsabilidad penal (art. 114 CP), declarada ya en una Sentencia, al margen de la problemática de que ese precepto legal fuera aplicable en la fase de apelación, este Tribunal ha señalado en repetidas ocasiones (SSTC 152/1987; 255/1988; 83/1989) que el sentido y alcance que haya de darse a la prescripción en cuanto causa, extintiva de la responsabilidad penal, es una cuestión de mera legalidad, cuya apreciación corresponde a los órganos judiciales ordinarios y sobre cuya procedencia no puede entrar a conocer este Tribunal desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que no corresponde a este Tribunal indicar la interpretación que haya de darse a la legislación ordinaria ni, en lo que ahora importa, discernir el alcance de las normas que regulan los plazos de prescripción (STC 47/1987).

(Sentencia núm. 223/91, de 25 de noviembre. R. A. 1097/89. BOE de 30 de diciembre de 1991.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

ARTÍCULO 244

Desacato

Si nos atenemos a la regulación legal del delito de desacato (art. 244 CI), por el que el recurrente ha sido condenado, difícilmente puede el honor personal representar un papel decisivo como límite constitucional. Ello es debido a que, como se ha puesto de relieve anteriormente (STC 107/1988, Fundamento Jurídico 3.º), en este tipo de hechos punibles lo que está en juego no es el honor personal, sino la autoridad de las instituciones públicas, cuya función se ve entorpecida u obstaculizada cuando, injustificadamente o con ligereza, se ataca la honorabilidad o se pone en cuestión la honestidad de sus titulares. De ahí que, al encontrarnos ante una lesión de significación pública, haya de ponderarse frente a otros intereses públicos en juego, como es, necesariamente, el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión [art. 20.1 d) CE]. Libertad que, como regla general, debe prevalecer siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos públicos que son del interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen (SSTC 107/1988 y 171/1990). Ello es así porque en la base de toda sociedad democrática está la información de una opinión pública libre y plural que, en principio, y salvo excepcionales limitaciones, puede tener acceso a la información que afecta al funcionamiento de las instituciones públicas.

Una particular circunstancia que debe tenerse en cuenta en el presente caso a los efectos de la necesaria ponderación constitucional de los derechos en presencia es, claro está, el haberse realizado el hecho enjuiciado en el ejercicio de la actividad sindical (art. 28.1 CE), dada la condición de dirigente sindical que ostentaba el recurrente.

El ejercicio de la actividad sindical en el seno de las Administraciones públicas reconocido en la Constitución (art. 103.3) está sometido a ciertas peculiaridades, derivadas, lógicamente, de los principios de eficacia y jerarquía que deben presidir, por mandato constitucional, la acción de la función pública (art. 103.1 CE), y que no pueden ser objeto de subversión ni de menoscabo. De ahí que la relación funcionarial esté

presidida por la satisfacción de los intereses sociales o interés público, que no se identifica necesariamente con el interés administrativo, frente a los que presiden la organización de la empresa privada. Y si dentro de este último ámbito se ha señalado que la buena fe contractual puede limitar la libertad de información en materia sindical (SSTC 88/1985, Fundamento Jurídico 2.º; 6/1988, Fundamento Jurídico 6.º), dicho límite no despliega sus efectos con idéntica virtualidad cuando de la función pública se trata. Por eso, a la hora de ponderar constitucionalmente la emisión de informaciones sindicales que tengan por objeto suscitar reivindicaciones concretas o la crítica y denuncia de determinadas condiciones en la prestación del servicio público —lo que indudablemente tiene relevancia pública que justifica su difusión por referirse a asuntos públicos que son de interés general por la materia a que se refieren (STC 171/1990, Fundamento Jurídico 5.º) y está orientado a la eficacia administrativa— dicha información ha de ponerse en relación —y tal relación ha de ser judicial y constitucionalmente valorada y, en su caso, revisada— con el interés público y el concreto interés administrativo, que no necesariamente se identifica con aquél. De ahí que la divulgación, como es aquí el caso, de supuestas irregularidades detectadas en el interior de un establecimiento penitenciario, sea quien fuere al que quepa imputarlas, reviste interés público. Interés que cedería o decaería si se tratase exclusivamente, aun dando informaciones veraces, de vilipendiar, humillar o simplemente insultar a las personas de forma innecesaria y gratuita (SSTC 105/1990, Fundamento Jurídico 8.º, 171/1990, Fundamento Jurídico 5.º), o se difundiesen datos o asuntos con quebrantamiento del secreto profesional, contravenciones éstas que nunca podrán legitimarse esgrimiendo la libertad de información (STC 6/1988, Fundamento Jurídico 6.º).

Resta, por último, examinar si, atendidas las circunstancias del caso, puede entenderse cumplido el requisito de la veracidad constitucionalmente exigible en materia de libertad de información.

Descartada la equiparación entre veracidad de la información, que se mide *ex ante* (STC 6/1988, Fundamento Jurídico 7.º), y la objetividad de la misma, que expresamente no fue incluida en el art. 20 CE (STC 171/1990, Fundamento Jurídico 8.º), han de extraerse consecuencias de lo expuesto en el fundamento anterior. Los mencionados principios de eficacia y jerarquía imponen que la información vertida a la opinión pública pueda ser susceptible de verificación, por mínima, pero razonable, que ésta sea cuando se trata, como es aquí el caso, de una información obtenida por conocimiento directo interno. No es requisito de la prueba de la veracidad —que, en todo caso, como señala el Ministerio Fiscal, corresponde a quien se manifiesta en público—, la demostración plena y exacta de los hechos imputados. Basta con un inicio significativo de probanza, que no es, ni lógicamente puede ser, la de la prueba judicial, es decir, más allá de la duda razonable. Exigir tal tipo de prueba a quien imputa hechos irregulares a otro —hechos que, en el presente caso, en ningún momento, son calificados por los Tribunales ordinarios más que de graves y nunca de delictivos— supondría cercenar de raíz la posición capital que la formación de la opinión pública a través de la libertad de información tienen en una sociedad democrática. Tampoco es necesario, como ya se dejó dicho en la STC 6/1988 —Fundamento Jurídico 9.º—, que la denuncia de los hechos irregulares e imputados a terceros hayan de ser puestos exclusivamente en conocimiento de las autoridades para que éstas practiquen las averiguaciones de rigor. O dicho de otro modo: no haber efectuado una denuncia formal, judicial o administrativa, de las citadas irregularidades no supone una demostración irrefutable de la falta de veracidad de la información exigible constitucionalmente a quien se manifiesta críticamente como ha sido aquí el caso.

(Sentencia núm. 143/91, de 1 de julio. R. A. 37/89. BOE de 22 de julio de 1991.— Ponente: Alvaro Rodríguez Bereijo.)

ARTÍCULO 340 bis a) 1.º

Conducción en estado de embriaguez. Prueba de alcoholemia

Según la reiteradísima doctrina de este Tribunal Constitucional (fundamentalmente contenida en las SSTC 100, 103, 145 y 148, todas de 1985, 145/1987, 22/1988 y 5/1989) sobre la llamada prueba de alcoholemia en relación con el delito tipificado en el art. 340 bis a) 1.º del Código Penal, la consideración del *test* alcoholométrico como prueba está supeditada a que se haya practicado con las garantías formales establecidas al objeto de preservar el derecho de defensa, destacando la necesidad de que el interesado pueda acceder a un segundo examen alcoholométrico y, en su caso, a la práctica médica de un análisis de sangre. Es preciso, además, que la prueba alcoholométrica se incorpore al proceso y sea susceptible de contradicción en el juicio oral con la presencia de los agentes que lo hayan practicado o, al menos, que el *test* haya sido ratificado durante el curso del procedimiento judicial. Todo ello, en fin, sin perjuicio de que se practiquen otras pruebas tendentes a acreditar la influencia de la bebida ingerida en la conducción del vehículo, puesto que para subsumir el hecho en el tipo delictivo del artículo 340 bis a) 1.º del Código Penal, no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica en el conductor, sino que es preciso que quede constatada su influencia en la conducción, lo que habrá de realizar el juzgador ponderando todos los medios de prueba obrantes en autos que reúnan dichas garantías.

La prueba de alcoholemia se practicó, aunque en el acta o el parte de la misma no figurasen adecuadamente todos los datos e incidencias de su realización del modo exigido por la Orden de 29 de julio de 1981 que la regula (y valga como ejemplo el que no se hiciera constar el aparato utilizado o el ofrecimiento para la reiteración de la prueba y, en su caso, el análisis de sangre); pese a ello, sin embargo, habiendo sido llevado su resultado al acto del juicio oral, ratificada por el policía municipal y objeto de contradicción, fue valorada por el órgano judicial junto con las demás pruebas hasta producir su convicción de hecho que, indudablemente no se limitó a ratificar una prueba de insuficiente constatación formal, sino a apreciar el atestado de la policía ratificado durante el proceso y también las demás pruebas practicadas en el acto del juicio oral, por lo que el juzgador, valorando esas pruebas, estimó que, dado que la concentración de alcohol ingerido tenía influencia en la conducción, los hechos declarados probados eran constitutivos del delito contra la seguridad del tráfico del art. 340 bis a) 1.º del Código Penal, quedando de este modo definitivamente descartada la pretendida vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia que fundamentaba el recurso.

(Sentencia núm. 222/91, de 25 de noviembre. R. A. 698/89. BOE de 30 de diciembre de 1991.—Ponente: Jesús Gabaldón López.)

IV. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULO 54, n.º 12

Recusación

Es, sin duda, cierto que en nuestro Derecho la recusación no es un recurso en su acepción procesal estricta, pero sí es un remedio arbitrado por la Ley para desplazar el conocimiento del proceso a aquellos Jueces y Magistrados que posean una especial relación con las partes o con el objeto del proceso y que, por ello, susciten recelo sobre

su imparcialidad, y la causa de recusación del núm. 12 del art. 54 de la LECrim. tiene precisamente por fin asegurar en el proceso penal la separación entre el Juez de Instrucción y el Juez del fallo. Así se ha entendido el sentido y alcance de la recusación tanto por el propio Tribunal Supremo (STS de 9 de julio de 1983, entre otras), como por este Tribunal Constitucional en reiteradas resoluciones (SSTC 47/1982, 47/1983, 44/1985, 145/1988; AATC 799/1985, 265/1988, etc.).

(Sentencia núm. 138/91, de 20 de junio. R. A. 1214/88. BOE de 22 de julio de 1991. Ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral.)

ARTÍCULOS 118 y 778

Asistencia letrada

En segundo término, la asistencia letrada se configura en la LECrim. de forma preceptiva en determinados supuestos, tanto para los detenidos o presos —artículo 520.2.c)—, como para los imputados, designándoseles Abogado de oficio cuando no lo hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren o cuando no tuvieren aptitud legal para hacerlo. En todo caso, cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de Letrado, o haya de intentarse algún recurso que hiciere indispensable su actuación, el órgano judicial correspondiente debe requerir al interesado para que designe Letrado o nombrarlo de oficio si, una vez requerido, aquél no lo hiciere (arts. 118.4 y 778 LECrim.). Ahora bien, el hecho de poder comparecer personalmente ante un Juez o Tribunal para la realización de actos procesales, en los que no se exige como presupuesto de su validez la asistencia letrada, no impide el ejercicio del derecho de asistencia letrada, incluso la procedencia de nombramiento de Abogado de oficio cuando así se solicite y ello resulte necesario, puesto que, como ha declarado este Tribunal (STC 47/1987), el derecho a la asistencia letrada tiene por finalidad asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de partes y contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de eliminar desequilibrios entre la posición procesal de las partes.

(Sentencia núm. 188/91, de 3 de octubre. R. A. 1459/88. BOE de 5 de noviembre de 1991.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

ARTÍCULO 236

Recurso de súplica contra autos que resuelven otros recursos

Este Tribunal ha afirmado en supuestos similares “que la interpretación y aplicación que del art. 236 LECrim. hace una constante línea jurisprudencial de los Tribunales ordinarios, según la cual no cabe recurso de súplica contra los Autos que resuelven, a su vez, otros recursos en segunda instancia, en modo alguno puede calificarse de irrazonable o infundada, pues, de lo contrario, habida cuenta la regulación genérica que el precepto antes citado hace del recurso de súplica, la posibilidad de recurrir sería ilimitada (AATC 814/1987; 1113/1987; 181/1989” (STC 203/1989, Fundamento Jurídico 1.º).

(Sentencia núm. 212/91, de 11 de noviembre. R. A. 1019/89. BOE de 17 de diciembre de 1991.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

ARTÍCULOS 398, 440 y ss.

Intérpretes

La exigencia de intérprete en el proceso penal para todas aquellas personas que desconozcan el idioma castellano, según ha declarado este Tribunal en las SSTC 5/1984, 74/1987, 71/1988 y 30/1989, deriva directamente de la Constitución, que reconoce y garantiza los derechos a no sufrir indefensión (art. 24.1) y a la defensa (artículo 24.2). Tal exigencia es, asimismo, reconocida tanto en el art. 6.3.c) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, como en el artículo 14.3.f) del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que garantizan el derecho de toda persona a ser asistida gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia [art. 6.3.c)], o en el Tribunal [art. 14.3 f)]. Asimismo, el art. 398 de la LECrim., en relación con los arts. 440, 441 y 442 de la misma, establece que si el procesado no conociere el idioma español se nombrará un intérprete, que prestará a su presencia juramento de conducirse bien y fielmente.

En el presente caso, según se hace constar expresamente en el Auto de 9 de noviembre de 1987, la Audiencia no procedió a designar intérprete, “pues uno de los miembros del Tribunal conoce perfectamente la lengua inglesa y llevó a cabo sin problema la labor de traducción, tanto sobre lo que el Presidente del Tribunal les preguntaba como las contestaciones de los inculcados”, y rechazó la alegada indefensión porque “los inculcados fueron oídos en el idioma en que se expresaron y perfectamente entendidos”. Este criterio mantenido por la Audiencia para rechazar la procedencia del nombramiento de intérprete al hoy recurrente carece ciertamente de fundamento y no se adecúa estrictamente a las exigencias constitucionales antes expuestas, pues el nombramiento de intérprete, además de ser una medida necesaria para la comunicación entre el Tribunal y el inculcado, es ante todo un derecho constitucional reconocido a los inculcados para evitar su indefensión y supone además una garantía de objetividad en el cumplimiento de la función, a cuyo fin la Ley exige que el intérprete preste juramento en presencia del inculcado (art. 398 en relación con el 440, ambos de la LECrim.).

No obstante, todo ello, en el presente caso ha de rechazarse el amparo que se nos pide, pues el solo hecho de la irregularidad procesal advertida en los términos dichos, con ser ciertamente criticable, no ha comportado en sí mismo indefensión con relevancia constitucional. En efecto, en la demanda de amparo no se acredita ni se dice cuáles han sido los perjuicios que, en el plano de su derecho de defensa, el recurrente ha sufrido por no haber sido asistido de intérprete nombrado al efecto, y ni siquiera se declara que en el trámite de audiencia, pese a la labor de traducción realizada por uno de los Magistrados de la Sala, el recurrente no comprendiera su significado, alcance y finalidad, o que no pudiera formular, por dificultades del idioma, las alegaciones que estimaba pertinentes, o que en la decisión de prolongar la situación provisional hubiera influido, directa o indirectamente, la conducta pasiva o errónea del inculcado. La Audiencia cometió, pues, una irregularidad procesal, pero de la misma no se deduce, ni desde luego se acredita en la demanda, que el recurrente haya sufrido indefensión alguna, máxime cuando, como antes se dijo, en el presente recurso no se discute la legalidad de la prolongación de la prisión preventiva adoptada.

(Sentencia núm. 188/91, de 3 de octubre. R. A. 1459/88. BOE de 5 de noviembre de 1991.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

ARTÍCULO 504

Prisión provisional. Audiencia previa a la prolongación. Asistencia letrada

En aplicación de la doctrina antecedente, debemos afirmar que en el caso de autos no es posible apreciar lesión del derecho a la asistencia letrada (art. 24.2 de la Constitución) ni indefensión alguna del hoy recurrente. En efecto, en el trámite de audiencia previo a la prolongación de la prisión provisional previsto en el art. 504.4 LECrim. no se exige, como presupuesto necesario para la validez del mismo, la preceptiva asistencia letrada al inculpado, por lo que, desde la perspectiva estrictamente procesal, en las resoluciones judiciales ahora impugnadas no cabe apreciar anomalía o irregularidad alguna en relación con el trámite seguido para acordar la prolongación de la prisión provisional del recurrente. De otra parte el recurrente de amparo no hizo uso de su derecho a la asistencia letrada ni solicitó, como pudo haber hecho, que en dicho trámite de audiencia estuviera presente para asistirle su Abogado defensor. Por último, ni en la demanda de amparo, ante este Tribunal, ni tampoco antes en los recursos de súplica y queja formulados por el demandante en la vía judicial, se razona en qué medida la falta de asistencia letrada ocasionó indefensión al recurrente. En este sentido es preciso recordar, de un lado, que la falta de asistencia letrada no impidió al hoy recurrente interponer recurso de súplica ante la misma Sala, y de otro, que ninguna duda constitucional se formula acerca de la prolongación de la prisión provisional así acordada, por lo que es indudable que la invocación de los derechos constitucionales es puramente formalista.

(Sentencia núm. 188/91, de 3 de octubre. R. A. 1459/88. BOE de 5 de noviembre de 1991.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

Prisión provisional. Prórroga: asistencia letrada; duración; actividad procesal delatoria del recurrente

De acuerdo con el orden expuesto, el primer motivo del recurso se centra en la pretendida indefensión producida al demandante por no haberse extendido a su Abogado defensor la audiencia previa a la adopción del Auto de prórroga de la prisión provisional, que quedó limitada al hoy recurrente en amparo.

La anterior queja no puede ser acogida, porque, sin perjuicio de que (tal y como señala la misma Audiencia en su resolución de 5 de diciembre de 1988) la notificación a la representación procesal de las partes no pudo efectuarse porque no se había remitido a dicho Tribunal el rollo de Sala en donde constaba su personación —pues éste estaba pendiente de la resolución del recurso sobre la cuestión de competencia ante el Tribunal Supremo—, tal y como hemos declarado en la SSTC 188/1991, “en el trámite de audiencia previo a la prolongación de la prisión provisional previsto en el art. 504.4 LECrim., no se exige, como presupuesto necesario para la validez del mismo, la preceptiva asistencia letrada al inculpado”, afirmación que hemos de reiterar ahora, pues la norma procesal es clara y terminante de que a quien se le ha de prestar audiencia es al “inculpado”, en tanto que parte material, a fin de que pueda ejercitar su defensa privada o autodefensa con anterioridad a la adopción de la decisión de prórroga de la prisión provisional, y ello, como consecuencia de la proyección del principio general del Derecho de que “nadie puede ser condenado sin ser previamente oído”, que se manifiesta en esta fase procesal en la necesidad de que nadie puede ser sometido a prisión provisional o se pueda decidir acerca de su prolongación sin concederle previamente su derecho de audiencia.

Ciertamente, la Constitución no prohíbe, sino, antes al contrario, garantiza la asistencia del Abogado (arts. 17.3 y 24) en todas las diligencias policiales y judiciales, y, dentro de ellas, en la que nos ocupa, pero de dicha exigencia no se deriva la necesaria e ineludible asistencia del defensor a todos y cada uno de los actos infructorios. En la práctica, este Tribunal tan sólo ha tenido ocasión de reclamar dicha intervención en la detención (SSTC 42/1982, 47/1986, 196/1987 y 66/1989) y en la prueba sumarial anticipada (SSTC 150/1989, 182/1989, 217/1989, 59/1991 y 80/1991), actos procesales en los que, bien sea por requerirlo así expresamente la Constitución, bien por la necesidad de dar cumplimiento efectivo a la presunción de inocencia, el ordenamiento procesal ha de garantizar la contradicción entre las partes.

Pero, en los demás actos procesales y con independencia de que se le haya de proveer de Abogado al preso y de que el Abogado defensor pueda libremente participar en las diligencias sumariales, con las únicas limitaciones derivadas del secreto instructorio, la intervención del defensor no deviene obligatoria hasta el punto de que haya de estimarse nulas, por infracción del derecho de defensa, tales diligencias por la sola circunstancia de la inasistencia del Abogado defensor.

Como segundo motivo de impugnación se aduce la infracción el derecho a la libertad del art. 17. Pero antes de proseguir con el examen de esta queja, es necesario acotar el fundamento del recurso, pues el demandante en amparo no denuncia el incumplimiento de los presupuestos de la prisión provisional, sino tan sólo uno de sus requisitos, el de su duración máxima, por lo que el objeto del recurso ha de circunscribirse a determinar exclusivamente si se ha vulnerado el segundo apartado del art. 17.4 CE, conforme al cual "por Ley se determinará el plazo máximo de la prisión provisional".

Pese a la redacción del precepto, que pudiera inducir a pensar que se trata de una norma en blanco, este Tribunal ha tenido ya ocasión de declarar que encierra un auténtico derecho fundamental que asiste a todo preso preventivo a no permanecer en prisión provisional más allá de un "plazo razonable" (SSTC 41/1982, 108/1984, 40/1987 y 8/1990); en este sentido, y puesto que la mejor manera de cumplir con dicho plazo es que el juicio oral se realice lo más inmediatamente posible en el tiempo, el referido derecho fundamental guarda una estrecha conexión con el derecho a un proceso "sin dilaciones indebidas" del artículo 24.2 CE. Pero, como la lentitud de la justicia causa mayores males en el proceso penal, la libertad es un valor superior de nuestro ordenamiento (art. 1.1 CE) y la prisión provisional no debe sacrificar el derecho a la libertad más allá de lo indispensable, nuestra Constitución ha querido reforzar las exigencias de celeridad en la justicia penal estableciendo la necesidad de que se determine legislativamente el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

En la actualidad tales plazos máximos se encuentran regulados en el artículo 504 LECrim., que, tras sucesivas reformas, han quedado determinados en tres meses cuando la pena a imponer sea la de arresto mayor, un año para la de prisión menor y dos años en el resto de las causas, con la posibilidad, en estos dos últimos casos, de prolongar la duración de esta medida cautelar por un tiempo total de hasta dos y cuatro años, respectivamente.

La exigencia del cumplimiento de tales plazos ha sido reclamada en numerosas ocasiones por este Tribunal (SSTC 41/1982, 127/1984, 28/1985, 38/1987, 40/1987, 118/1987 y 8/1990), quien ha establecido la doctrina de que la limitación temporal que efectúa el art. 504 LECrim. integra, aunque no agota, el derecho a la libertad contenido en el artículo 17.4 *in fine* de la Constitución.

En efecto, tal y como se ha adelantado, ni el art. 17.4 es un precepto en blanco, ni la naturaleza del derecho fundamental en él contenido puede ser mecánicamente reconducida a la categoría de los derechos de configuración legal. Ciertamente, si se vulneran los plazos del artículo 504 LECrim. se habrá producido la lesión del derecho proclama-

do en el artículo 17.4 CE; pero, sin necesidad de rebasar tales limitaciones temporales, puede también lesionarse el referido derecho fundamental, si el imputado permanece en situación de prisión provisional más allá de un plazo que, atendidas las circunstancias del caso, puede objetivamente estimarse que excede de lo razonable.

A los efectos de determinar si la duración de la prisión provisional ha excedido de dicho plazo razonable se hace obligado acudir a la doctrina de la integración de los estándares que este Tribunal ha elaborado en consonancia con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Neumeister, S. de 27 de junio de 1968; Wemhoff, S. de 27 de junio de 1969; Stogmüller, S. de 10 de noviembre de 1969; Skoogstrom, S. de 2 de octubre de 1984; Bezicheri, S. de 25 de octubre de 1989, y Letellier, S. de 26 de junio de 1991). Conforme a la misma la valoración de dicho plazo ha de estimarse teniendo en cuenta, de un lado, la duración efectiva de la prisión provisional y, de otro, el examen de la complejidad del asunto, la actividad desplegada por el órgano judicial y el comportamiento del recurrente, de tal suerte que la necesidad de prolongar la prisión, a los efectos de asegurar la presencia del imputado en el juicio oral no obedezca, ni a una conducta meramente inactiva del Juez de Instrucción, ni sea provocada por una actividad obstruccionista de la defensa, a través del planteamiento de recursos improcedentes o de incidentes dilatorios, dirigidos exclusivamente a obtener el agotamiento de los plazos de la prisión provisional.

Ciertamente, la defensa, a quien le corresponde la misión constitucional de hacer actuar, frente al *ius puniendi* del Estado, el derecho fundamental a la libertad de todo ciudadano, que, por no haber sido condenado, se le presume inocente, está legitimada y constitucionalmente amparada, para interponer cuantas excepciones, defensas y medios de impugnación le pueda otorgar el ordenamiento procesal. Es cierto también que el derecho a la tutela comprende también el derecho a ejercitar los recursos legalmente preestablecidos y que los derechos fundamentales al plazo razonable de la prisión provisional (art. 17.4) y a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2) no tienen como límite o causa de justificación la sobrecarga de trabajo de un órgano jurisdiccional determinado —si bien, también hay que recordar que, cuando el retraso es circunstancial y el Estado mediante las reformas orgánicas y procesales oportunas consigue el normal funcionamiento del órgano, el TEDH tiene declarado que dicha sobrecarga puede operar como causa de justificación (Bucholz, S. de 6 de mayo de 1981; Zimmermann y Steiner, S. de 13 de julio de 1983)—; pero tampoco lo es menos que todos, incluidas las propias partes, están obligados a colaborar con los Jueces y Tribunales en el curso del proceso (art. 117 CE).

Pues bien, uno de los deberes de colaboración de las partes en el proceso, a fin de que pueda obtenerse una rápida y eficaz tutela efectiva, estriba precisamente en la obligación procesal de actuar en el proceso de buena fe (art. 11 LOPJ), con probidad, sin chicanas, ni enredos.

No ha sido ésta precisamente la conducta del recurrente, quien, mediante la interposición de un inútil (a los efectos de su defensa material), intempestivo (porque pudo promover la cuestión al inicio de la instrucción) y dilatorio recurso, provocó la paralización del proceso penal principal durante más de un año. Dicha conducta obstruccionista no sólo no guarda proporcionada relación con el legítimo ejercicio del derecho de defensa, sino que, antes al contrario, estuvo dirigida exclusivamente a obtener la indebida puesta en libertad del recurrente por el mero transcurso de los plazos legales de la prisión provisional, razón por la cual dicha antijurídica conducta, contraria a la obligación constitucional de colaboración con Jueces y Tribunales en orden a obtener una rápida y eficaz actuación de la Justicia, no puede merecer el amparo de la Constitución.

(Sentencia núm. 206/91, de 30 de octubre. R. A. 2115/88. BOE de 27 de noviembre de 1991.—Ponente: Vicente Gimeno Sendra.)

ARTÍCULO 641

Sobreseimiento provisional

También se imputa al Auto de 4 de abril de 1989 vulneración del derecho reconocido en el art. 24.1 CE por haber decidido el sobreseimiento provisional e imposibilitado sin causa legal una resolución de fondo, así como el correspondiente recurso de casación, posible de haberse decidido el sobreseimiento definitivo.

Es doctrina consolidada de este Tribunal que el derecho del art. 24 CE puede satisfacerse también mediante resoluciones fundadas en Derecho, que no se producen sobre el fondo del asunto, cuando así lo requiera o lo determine la naturaleza y las características del procedimiento seguido y ninguna tacha legal de orden constitucional puede oponerse a la regulación legal (por todas, STC 40/1988). La fase preliminar de un proceso penal puede concluir así legítimamente mediante un auto de sobreseimiento siempre que sean respetadas las garantías procesales (SSTC 46/1982 y 34/1983). “El ejercicio de la acción penal mediante querrela no es un derecho incondicionado a la plena sustanciación del proceso, sino que es compatible con un pronunciamiento motivado del órgano judicial en fase instructora que la ponga término anticipadamente, e incluso con la misma desestimación de la querrela conforme al art. 313 LECrim., siempre que el órgano judicial entienda razonadamente que la conducta o los hechos imputados carezcan de ilicitud penal” (STC 213/1989).

Sólo supondría un desconocimiento del derecho a la tutela judicial la negativa por parte de los órganos judiciales a pronunciarse sobre el fondo del asunto que careciera manifiestamente de base legal alguna. Tan sólo corresponde a este Tribunal, sin sustituir al Juez penal en la tarea de interpretar y aplicar la legalidad vigente ni de evaluar los hechos del caso, examinar “si la decisión judicial impeditiva de una resolución sobre el fondo aparece basada en una causa legal, dentro de los márgenes de interpretación de que el órgano jurisdiccional penal dispone” (STC 171/1988).

Desde esta limitada perspectiva es preciso concluir, con el Ministerio Fiscal, que el sobreseimiento que impugna no carece de base legal. El sobreseimiento se acordó en su carácter de provisional “por no resultar debidamente justificada la perpetración del delito que ha dado motivo a su formación”. El órgano judicial invoca el art. 641.1 LECrim., y razona extensamente por qué entiende que la perpetración del delito presupone la ilegalidad, en ese momento *sub iudice* de la resolución administrativa a cuyos autores se imputa el delito. No corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre si esa era la solución legal más adecuada, en lo que discrepan los recurrentes, cuestión de mera legalidad propia de los Tribunales de lo penal, sino sólo comprobar que la resolución judicial no carece de fundamentación razonable, no es arbitraria, ni puede ser entendida como elusión de una resolución de fondo por una causa prevista legalmente. A diferencia de la STC 171/1988, que es posiblemente en la que se basan los recurrentes (aunque la citan como de 30 de abril de 1988), no estamos ante un impedimento definitivo para obtener una resolución de fondo por la víctima de una presunta acción delictiva, sino que se trata aquí sólo del aplazamiento de esa resolución de fondo hasta el momento en que se resuelvan definitivamente los recursos contencioso-administrativo, en cuyo momento corresponde al instructor adoptar la decisión correspondiente.

Carece también de dimensión constitucional el que el órgano judicial, por las razones que ofrece, haya optado por una decisión de sobreseimiento provisional en vez, como pretenden los recurrentes, decidir el sobreseimiento libre o la continuidad del procedimiento hasta el acto del juicio. Aunque este Tribunal haya dejado constancia de los posibles abusos de la utilización de la figura del sobreseimiento provisional (STC 40/1988), en el presente caso no hay nada que permita poner en duda su falta de legiti-

midad constitucional, ya que el órgano judicial ha podido estimar que no se daban ninguna de las causas por las que, de acuerdo con el art. 637 LECrim. procedía el sobreseimiento libre, y, en consecuencia, ha procedido a disponer el sobreseimiento provisional, en tanto que no se resolvía la corrección de los actos administrativos por el órgano judicial competente en el contencioso-administrativo entablado también por los querellantes. El sobreseimiento se acordó como provisional, a la espera de la resolución del recurso contencioso-administrativo, solución que respetaba mucho más el derecho a la tutela judicial efectiva de los querellantes que la alternativa defendida paradójicamente por éstos, el sobreseimiento libre, aunque éste hubiese dado lugar al recurso de casación. El Auto recurrido no cierra, como hubiera ocurrido de utilizarse el art. 337.2 LECrim., la reapertura de las actuaciones, y ordena al instructor oficial al órgano judicial administrativo para que le comunique oficialmente la resolución definitiva “con el fin de que aquél, a la vista de su contenido, acuerde lo que proceda en Derecho en éste”. Admitida la base legal del Auto recurrido, y que “la decisión judicial adoptada responde a una concreta interpretación y aplicación del Derecho ajena a toda arbitrariedad” (STC 196/1988), el que el supuesto del art. 641.1 LECrim. no lleve aparejada la casación, como ocurre en el caso del art. 637 LECrim., no implica violación alguna del art. 24.1 CE.

(Sentencia núm. 212/91 de 11 de noviembre. R. A. 1019/89. BOE de 17 de diciembre de 1991.—Ponente: Miguel Rodríguez-Piñero.)

ARTÍCULO 746

Suspensión del juicio oral. Incomparecencia de testigo

En lo tocante a la no suspensión de la vista por incomparecencia de un testigo también ha de desestimarse la pretensión de la actora. En efecto, este Tribunal tiene declarado que para que pueda ser viable una reclamación constitucional contra la no suspensión de la vista por aquel motivo y ante la afirmación de la Sala de Instancia de considerarse suficientemente instruida, ha de constar en acta, además de la preceptiva protesta formal, cuáles eran los puntos que se pretendían aclarar con el interrogatorio (SSTC 116/1983, a contrario; 51/1990, Fundamento Jurídico 3.º). Examinada el acta del juicio oral, consta únicamente una protesta a los efectos del art. 24 CE, sin mención de la relevancia del testigo y de los aspectos que con su declaración se pretendían esclarecer. La falta de esta explicación, que no ha de ser considerada, como la entrega de un cuestionario de preguntas, sino como concreción de los puntos citados, hace, de nuevo, inviable el otorgamiento del amparo frente a la decisión del Tribunal, a quien competía apreciar la necesidad de la declaración de aquél.

(Sentencia núm. 218/91, de 15 de noviembre. R. A. 454/89. BOE de 17 de diciembre de 1991.—Ponente: José Gabaldón López.)

ARTÍCULO 795

Recurso de apelación. «Reformatio in peius»

Es sin embargo decisiva la diferencia entre la situación procesal que ahora se enjuicia y las de aquellas que motivaron la STC 17/88 y también la STC 134/1986. En el

primer caso, tanto la decisión de instancia como la de apelación habían respectivamente impuesto y confirmado pena superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal, cuestionándose solamente la eventual violación del principio acusatorio; en la segunda, la cuestión constitucional era la misma; mas en apelación se había agravado el resultado al imponer nuevas penas al recurrente tras desestimar su apelación, pero con intervención de parte acusatoria también en la segunda instancia. En el caso presente, en cambio, el recurrente vio agravada por la Audiencia la pena impuesta por el Juez de instancia, sin haber mediado recurso ni, por tanto, petición alguna de parte acusadora. El empeoramiento tuvo así lugar, no con ocasión sino como exclusiva consecuencia de su propio recurso, como antes se ha dicho.

El fundamento esencial de la Sentencia impugnada se refiere a la facultad y obligación del Juez de ajustarse a la pena legal, que es de orden público, consecuencia general del *ius puniendi* y, por tanto, indisponible, en relación con la cual no cabría invocar un eventual derecho del condenado al error judicial favorable que derivaría del principio de no reforma peyorativa. Una parte de la argumentación del Fiscal se orienta en ese sentido al señalar que el Tribunal de apelación no ha condenado por un hecho distinto ni por otro penado más gravemente, sino que ha corregido un evidente error de la Sentencia de instancia imponiendo exactamente la pena por la Ley prevista al tipo incriminado como consecuencia de la existencia de una agravante admitida en el debate procesal y que, por efecto del art. 61, regla 2.ª, del Código Penal, comportaba la imposición de la pena en grado medio y no en el mínimo como se había impuesto. No obstante, y como el propio Fiscal señala, la situación del recurrente ha resultado agravada exclusivamente a consecuencia de su recurso puesto que nadie ha intervenido en la segunda instancia, en la cual tan sólo pudo debatirse la impugnación formulada por el propio apelante.

El caso difiere, por tanto, como hemos dicho de los contemplados por las Sentencias antes citadas, y plantea de modo simple los efectos de la *reformatio in peius* cuando en la apelación no ha intervenido parte acusadora y la agravación de la pena ha tenido lugar de oficio para corregir un error del Juez *a quo*. No halla, pues, justificación en la doctrina de la STC 17/1988 (Fundamento Jurídico 6.º), citada por la Audiencia porque la posibilidad que ésta admite de que el juzgador imponga penas superiores a la pedida para remediar errores de la acusación siempre que sea dentro de los límites señalados en la Ley al tipo incriminado, se refiere al caso de que calificación y hechos hayan sido objeto de debate, pero no al de que las penas se eleven sin ese requisito. Sí cabría en cambio aplicar a este caso la de la STC 84/1985; aunque en relación con el juicio de faltas, dicha Sentencia (Fundamento Jurídico 1.º) interpretó de modo terminante que “la figura llamada de la reforma peyorativa (*reformatio in peius*) consiste en la situación que se produce cuando la condición jurídica de un recurrente resulta empeorada a consecuencia exclusivamente de su recurso, y señala cómo la misma se refleja en el art. 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal según el cual la nueva Sentencia que se dicte en recurso de casación no impondrá pena superior a la señalada en la Sentencia casada o a la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente si se solicitó pena mayor. Invo-ca, por otra parte, esta Sentencia nuestra doctrina expresada en Autos anteriores (AATC 304/1984 y 701/1984), según la cual, el principio comúnmente admitido en Derecho Procesal de la interdicción de la reforma peyorativa, consistente en el empeoramiento de la condición del recurrente “como consecuencia del recurso” y no cuando “permanece invariable al confirmarse la resolución recurrida”, ni “cuando se produce a consecuencia de otras alegaciones formuladas de forma concurrente e incluso incidental” constituye “una garantía procesal del régimen de los recursos y tiene su encaje constitucional a través de la prohibición de la indefensión o de la exigencia de garantías inherentes al proceso, ex art. 24 de la Constitución”; punto en el cual las resoluciones ulteriores ha situado su acento al desarrollar los efectos del principio acusatorio en relación con la agrava-

ción de las Sentencias en la segunda instancia y de la observancia del derecho de defensa [STC 134/1986 (Fundamento Jurídico 2.º) y la 17/1988 (Fundamento Jurídico 6.º)]. En definitiva, la Sentencia que se cita vino a concluir, a propósito de la aplicabilidad del principio de no reforma peyorativa al juicio de faltas según los principios constitucionales, en la idea general de que el principio acusatorio impide al Juez penal de segunda instancia modificar de oficio la Sentencia, agravando la pena si sólo fue apelante el condenado y tanto la víctima del delito como el Fiscal se aquietaron.

Este efecto es el que, según la doctrina expuesta, tiene relevancia constitucional y debe prevalecer respecto incluso del de estricta sumisión del Juez a la ley para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación hecha de la misma en la Sentencia; lo cual agrega al principio de la no reforma peyorativa el nuevo matiz de la seguridad jurídica del condenado sobre la inmutabilidad de la Sentencia en su perjuicio si no media recurso de parte contraria; lo que juega, con relevancia constitucional, es la agravación del resultado que tal decisión de oficio determina, aunque fuere absolutamente evidente su procedencia legal, de suerte que queda así constitucionalizado el principio de la no reforma peyorativa y fundado no sólo en el juego del principio acusatorio sino en el de la garantía procesal derivada de una Sentencia penal no impugnada de contrario.

(Sentencia núm. 153/90, de 15 de octubre. R. A. 925/88. *BOE* de 6 de noviembre de 1990.—Ponente: José Gabaldón López.)

ARTÍCULO 884.4

Recurso de casación: inadmisión. Principio de unidad de alegaciones

La inadmisión del citado motivo de casación se ha basado en la aplicación del llamado principio jurisprudencial de unidad de alegaciones en las dos fases de preparación e interposición del recurso, lo que representa un obstáculo adicional e innecesario para el efectivo acceso al recurso, tal como ha afirmado este Tribunal Constitucional en la doctrina antes citada. Al respecto, es preciso reiterar, una vez más, que resulta desproporcionado, en cualquier caso, la sanción de inadmisión del motivo aparejada a la falta de referencia específica en el escrito de preparación del derecho constitucional a la presunción de inocencia cuando en dicho escrito se había, sin embargo, manifestado la intención de utilizar el recurso de casación por infracción de ley al amparo de los números 1.º y 2.º del art. 8.490 de la LECrim. y en el escrito de interposición se razonó suficientemente la pretensión casacional basada en la infracción de normas constitucionales (SSTC 185/1988 y 69/1990). En este sentido, la cita de preceptos constitucionales en el escrito de interposición del recurso —en este caso el del art. 24.2: derecho a la presunción de inocencia— no puede tener un efecto perjudicial sobre el derecho a recurrir (por todas, STC 57/1986).

(Sentencia núm. 139/91, de 20 de junio. R. A. 1309/88. *BOE* de 22 de julio de 1991.—Ponente: Luis López García.)

ARTÍCULOS 965 y 3 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

Juicio de faltas. Citación a juicio. Indefensión

El art. 965 de la LECrim. y el art. 3 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, sobre tramitación del juicio de faltas, señalan que "... siempre deberán transcurrir, cuando

menos, veinticuatro horas entre el acto de la citación del presunto culpable y el de la celebración del juicio, si el citado reside dentro del término municipal y un día más por cada 20 kilómetros de distancia, si residiera fuera de él". Tales disposiciones tratan de asegurar que las partes dispongan de tiempo suficiente para asistir a la vista y para preparar los medios de prueba de que intenten valerse en la misma.

Pues bien, partiendo del hecho de que la recurrente fue citada con veinte horas de antelación, siendo evidente, por tanto, que se incumplió el plazo procesal fijado al efecto, se trata de determinar en qué medida la irregular citación ha causado en la parte indefensión, contraria al art. 24.1 CE. Este Tribunal ha señalado en numerosas ocasiones (así, SSTC 155/1988, 31/1989, 145/1990, 196/1990, entre otras) que la indefensión es una noción material, de modo que para considerarla constitucionalmente relevante no basta con que se haya producido infracción de una o varias reglas procesales, sino que es necesario, además, que, como consecuencia de ello, se haya entorpecido o dificultado de manera sustancial la defensa de los derechos o intereses de una de las partes en el proceso, o se haya roto, sensiblemente, el equilibrio procesal entre ellas.

En el presente caso, del examen de las actuaciones se desprende que la citación a juicio con veinte horas de antelación, si bien no impidió a la recurrente su efectiva presencia en dicho acto, no le permitió, sin embargo, prepararlo debidamente, como así lo hizo constar ante el Juez al tiempo de comparecer mediante un escrito en el que solicitaba la suspensión de la vista "por no haberse citado con la suficiente antelación y siendo posible la preparación del juicio"; tal petición fue rechazada por el Juez *a quo*, al considerar irrelevante el motivo aducido.

La recurrente argumenta en amparo que la indefensión se produjo al no disponer de tiempo suficiente para preparar el juicio, lo que le impidió formular una acusación penal de forma expresa. Tal vulneración es preciso ponerla en relación con su actuación en el juicio oral y con las cuestiones que allí se ventilaban. El juicio versaba sobre un accidente de circulación a consecuencia del cual la recurrente y su hijo menor de edad resultaron lesionados. Dos eran, pues, los aspectos jurídicos que se debatían: por un lado, la condena penal de la otra parte, y por otro, y como consecuencia de la eventual condena, la obtención de las indemnizaciones civiles por los daños y lesiones padecidos por la recurrente y su hijo menor de edad.

Es cierto que la parte asistió, en su condición de perjudicada, con los medios de prueba que justificaban las indemnizaciones civiles que reclamó, pero no formuló acusación penal expresa contra el denunciado, lo que a la postre motivó que el juzgador *ad quo* revocase la Sentencia condenatoria dictada en primera instancia.

Así las cosas, la citación a juicio con menos de veinticuatro horas de antelación determinó la falta del tiempo mínimo legalmente imprescindible para que la parte recabase el asesoramiento personal o técnico necesario, y fue valorada por el Juez de apelación como generadora de "efectiva indefensión". Es más, el único motivo tomado en consideración por el Juez para revocar la Sentencia de instancia fue la ausencia de acusación penal en forma, ya que la perjudicada "no calificó los hechos como falta incluida en precepto concreto del Código Penal y tampoco solicitó sanción o pena para la denunciada", y es el propio Juez el que afirma que ello vino motivado por la falta de la adecuada preparación de la interesada, tal y como alegó en el acto del juicio en primera instancia. Pese a ello revocó la Sentencia de instancia "no porque la denunciada no haya cometido una falta del art. 586.3 del Código Penal, sino porque nadie la acusó por tal falta en primera instancia".

De la propia argumentación de la Sentencia de apelación claramente se desprende, pues, que la irregular citación tuvo una incidencia efectiva en las posibilidades de defensa de la recurrente en amparo, causándole indefensión contraria al art. 24.1 CE. Tal indefensión constitucional pudo y debió ser apreciada de oficio por el Juez *ad quo*,

pues, en contra de lo que éste afirma (“como la apelación no versa sobre indefensión, ha de prescindirse del error procesal indicado”), conviene recordar que el cumplimiento de los requisitos procesales es de orden público y de carácter imperativo para el propio órgano judicial cuando tales efectos, sin ser subsanables, acusan una lesión material en los derechos fundamentales, de modo que el examen de su cumplimiento, al tiempo de conocer el recurso de apelación, ha de hacerse con independencia de que fueran o no alegados tales defectos por la parte apelada. Doctrina que encuentra acomodo en lo dispuesto en el art. 240.2 de la LOPJ, en cuya virtud se permite que el Juez o Tribunal pueda, de oficio, antes de que haya recaído Sentencia definitiva, siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular (STC 185/1990, Fundamento Jurídico 2.º).

Por ello, habiendo existido, según afirma la Sentencia de apelación, una indefensión material en la primera instancia, que limitó de manera sustancial la defensa de los derechos e intereses de la recurrente y que no fue remediada, sino agravada en la segunda instancia, es forzoso que este Tribunal la repare ahora, otorgando el amparo solicitado y restableciendo a la recurrente en su derecho fundamental, con anulación de las resoluciones judiciales impugnadas y retroacción de las actuaciones al momento anterior al señalamiento para la celebración del juicio oral en la instancia, a fin de que, realizada la citación en forma con las debidas garantías, se proceda a la celebración de nuevo juicio.

(Sentencia núm. 154/91, de 10 de julio. R. A. 68/89. BOE de 9 de agosto de 1991.—Ponente: Alvaro Rodríguez Berajo.)

ARTÍCULOS 965, 969 y 977 y 3 y 15 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

Juicio de faltas. Principio acusatorio

Mas como la queja de amparo se refiere aquí a la lesión de la tutela judicial efectiva y ésta se hace derivar directamente de una arbitraria e irrazonable, además de excesivamente formalista, aplicación por el Juzgador del principio acusatorio en el juicio objeto del presente recurso, resulta necesario traer a colación la doctrina de este Tribunal respecto al momento y modo en que puede considerarse producida dicha acusación en los juicios de faltas.

No hay en este juicio, “a diferencia del proceso por delitos, una fase de instrucción o sumario ni una fase intermedia, de manera que, una vez iniciado el proceso, se pasa de inmediato al juicio oral, que es donde se formulan las pretensiones y se practican las pruebas. Ocurre por ello que la acusación se formaliza en el acto del juicio, constituyendo esta formalización el comienzo del mismo” (STC 54/1987, Fundamento Jurídico 1.º). Y no se produce ausencia de garantías constitucionales siempre que en el juicio se dé oportunidad a quien resulte acusado para que presente prueba de descargo (STC 34/1985). No debiendo olvidarse que en los juicios de faltas por accidente de tráfico se trata de determinar qué persona de las implicadas es responsable de aquél, lo cual hace que todas las que han intervenido ostenten, en principio, la doble condición de acusadoras y acusadas, al menos en el momento de iniciarse el juicio.

Y en lo que a la segunda instancia se refiere, no se establece en los preceptos reguladores (Decreto de 21 de noviembre de 1952, arts. 962 a 982 LECrim.) la necesidad de una personación o una adhesión formal a la apelación como requisito distinto a la mera comparecencia al acto de la vista. Caracterizado el juicio de faltas por los principios de concentración y oralidad, no se establece un modo formal concreto para la acusación y

deben entenderse satisfechas las garantías constitucionales siempre que aquélla llegue a conocimiento del inculcado en términos que hagan posible su defensa; en relación con la apelación bastará, pues, con que se formule de forma suficientemente precisa, de modo que resulte excluida cualquier indefensión del apelante inicial en relación con un eventual fallo que empeore la situación reconocida en la resolución apelada (SSTC 141/1986, 54/1987 y 242/1988).

(Sentencia núm. 182/1991, de 30 de septiembre. R. A. 209/89. BOE de 5 de noviembre de 1991.—Ponente: José Gabaldón López.)

ARTÍCULOS 966 y 3 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

Juicio de faltas. Citación

El art. 271 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 permite que las notificaciones se lleven a cabo por cualquier medio técnico que asegure la constancia de su práctica; el Decreto de 12 de noviembre de 1952, que, con carácter especial, establece la regulación y tramitación procesal el juicio verbal de faltas, se remite en sus arts. 2 y 3 a las disposiciones generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y esta última Ley, en sus arts. 166, 167, 170 y 175 y concordantes, requiere igualmente la necesaria constancia en autos de la recepción de la comunicación judicial por el interesado.

Este Tribunal ha subrayado también en múltiples resoluciones, tantas que excusan ahora la cita, la necesidad de que la comunicación judicial llegue efectivamente a poder del destinatario de la misma, porque sólo así se garantiza la convocatoria de aquél a juicio y el ejercicio de su derecho de defensa, y más en concreto, hemos afirmado que la finalidad esencial de la citación para la celebración del juicio de faltas es hacer posible el acceso al proceso y la efectividad del derecho de defensa constitucionalmente reconocido, por lo que no puede reducirse a un mero requisito formal para la realización de los siguientes actos procesales, sino que es necesario que la forma en que se realice la citación garantice en la mayor medida posible que aquélla ha llegado a manos del interesado. Ello significa que, cualquiera que sea dicha forma, ha de asegurarse en todo caso el cumplimiento de los requisitos que la LECrim. establece para las notificaciones, citaciones y emplazamientos, y que, en definitiva, la verificación de la citación ha de proporcionar al órgano judicial los elementos necesarios que le permitan identificar al receptor de la cédula y comprobar así si se ha cumplido con lo preceptuado en la mencionada Ley (STC 41/1987).

Aplicada la citada doctrina al caso que ahora nos ocupa, cabe concluir que, como afirma el Ministerio Fiscal, el medio telegráfico elegido para la práctica de la citación no ha permitido al órgano judicial tener constancia de su recepción por el destinatario, ni identificar al receptor, ni verificar la fecha en que se efectuó aquélla, pues tales datos no constan en el expediente. Es claro, por tanto, que la celebración del juicio sin la presencia del actual recurrente y sin que pueda comprobarse que el mismo recibiese la oportuna citación para concurrir a dicho acto, así como su condena en la instancia y su posterior confirmación en apelación desestimando la nulidad solicitada, han lesionado el derecho a obtener tutela judicial efectiva sin indefensión, invocado por el recurrente, para cuyo restablecimiento es necesario acordar la nulidad de las dos Sentencias dictadas en la causa, así como de todo lo actuado en el procedimiento desde la citación al acto del juicio, con retracción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior, a fin de que sea realizada la citación con las debidas garantías antes de la celebración del acto del juicio.

(Sentencia núm. 141/91, de 20 de junio. R. A. 1628/88. BOE de 22 de julio de 1991.—Ponente: Jesús Leguina Villa.)

ARTÍCULOS 968 y 6 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

Juicio de faltas. Conocimiento de la acusación

El derecho a ser informado de la acusación —garantizado en el art. 24.2 CE y que como tal, dentro del contenido de dicho precepto constitucional, ha de considerarse distinto del derecho a la defensa— exige un conocimiento de la acusación, facilitado o producido por los acusadores y por los órganos jurisdiccionales ante quienes el proceso se sustancia, y su función esencial radica en impedir un proceso penal inquisitivo, que se compadece mal con un sistema de derechos fundamentales y de libertades públicas, proscribiendo, en consecuencia, la situación del hombre que se sabe sometido a un proceso pero ignora de qué se le acusa. Este derecho, de carácter instrumental respecto del fundamental derecho a la defensa y a la asistencia de Letrado, ha de realizarse de acuerdo con el tipo del proceso y con la legalidad reguladora del mismo. Así en el juicio de faltas, por su carácter menos formalista “la Ley no establece, como único posible, un modo de información sobre la acusación, de suerte que cualquiera que sea la forma en que éste llegue a conocimiento del posible inculpado, la exigencia del precepto constitucional, según su ratio, debe entenderse cumplida” (STC 141/1986, Fundamento Jurídico 1.º, y en la misma línea la STC 163/1986).

En el juicio de faltas la acusación se formaliza en el acto del juicio, constituyendo esa formalización el comienzo del mismo, de manera que una vez conocida la acusación, pueden formularse por el acusado las alegaciones y proponer las pruebas que estime oportunas para su defensa (STC 34/1985, Fundamento Jurídico 2.º). Por lo que “siempre que en el juicio de faltas se dé oportunidad para que el acusado presente prueba de descargo sobre la acusación allí formulada, no puede decirse que no haya conocido a tiempo la acusación” (STC 15/1984, y ya e el mismo sentido ATC 59/1983).

Pues bien, a la luz de esta doctrina y atendidas las circunstancias del caso, resulta evidente que ninguna vulneración se ha producido en el derecho a ser informado de la acusación. En efecto, la cédula de citación para el juicio llegó al domicilio del demandante que constaba en el Juzgado el día 4 de noviembre de 1988, haciéndose cargo de ella su madre, siendo la fecha de celebración del mismo el día 16 del mencionado mes, por lo que pudo aquél conocer e indagar con tiempo suficiente de qué se trataba el asunto, máxime cuando constaba en la cédula que se le citaba en concepto de denunciado a un juicio de faltas por daños de circulación, y que acude con los medios de prueba de que intentara valerse. Sin que sea imputable al órgano judicial, el hecho de que la citación no llegara a poder del demandante de amparo la víspera de la celebración del juicio, tal y como se afirma en la demanda, ya que se trata, en todo caso, de una negligencia de la persona que se hizo cargo de la cédula de citación.

Por tanto, cuando el demandante acude al juicio sabía cuál era el objeto del mismo o tuvo los medios a su alcance para saberlo, interesándose en el acto del juicio oral de la acusación, y tuvo, asimismo, la oportunidad de formular las alegaciones y proponer las pruebas que estimara oportunas para su defensa, pudiendo pedir, a tenor de lo dispuesto en el art. 6 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, sobre tramitación del juicio de faltas y art. 968 de la LECrim., la suspensión del juicio para preparar la defensa, cosa que el solicitante de amparo, Abogado en ejercicio y Profesor de Derecho Procesal, sin embargo, no hizo.

(Sentencia núm. 211/91, de 11 de noviembre. R. A. 634/89. BOE de 17 de diciembre de 1991.—Ponente: Alvaro Rodríguez Bereijo.)

ARTÍCULOS 979 y 16 DEL DECRETO DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1952

Juicio de faltas. Apelación. Admisión de prueba

Concretamente en cuanto al juicio de faltas, este Tribunal ha declarado que de acuerdo con el art. 979 de la LECrim. y el art. 16 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, no cabe admitir en apelación prueba que no hubiese sido propuesta en la primera instancia, por lo que la decisión en este sentido de denegar las pruebas “no es objetable constitucionalmente, toda vez que el Juez de Instrucción no estaba en modo alguno autorizado a dispensar al recurrente del cumplimiento de un requisito procesal cuyo carácter no es meramente formal” (ATC 314/1985, y en igual sentido ATC 760/1987).

(Sentencia núm. 211/91, de 11 de noviembre. R. A. 634/89. BOE de 17 de diciembre de 1991.—Ponente: Alvaro Rodríguez Bereijo.)

LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

ARTÍCULOS 280 y 281

Secretario Judicial. Actas de juicio oral

Ver Sentencia núm. 140/91, de 20 de junio, sobre *Presunción de inocencia*. Artículo 24.2 CE.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Magistrado del Tribunal Supremo. Profesor Titular de Universidad.
Abogado del Estado

ARTICULOS 8.1.º Y 9.1.º ENAJENACION MENTAL. DROGADICCION. EXIMIENTE INCOMPLETA. FALSIFICACION DOCUMENTAL

(STS de 23 de julio de 1991. Pte. Sr. Díaz Palos)

1. El *único motivo* del recurso del Ministerio Fiscal, con amparo en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entiende indebidamente aplicado el artículo 9.1.º en relación con el artículo 8.1.º del Código Penal, es decir, la eximente incompleta de enajenación mental, porque a su entender no basta que el procesado estuviera afecto a una importante adicción a la heroína en la época en que cometió los hechos, y que la misma, según la narración probatoria, compelia de modo profundo los frenos inhibitorios de su voluntad en actuaciones como las que describe, con los que obtener la sustancia que le era precisa y su cuerpo exigía.

Basa fundamentalmente el Ministerio Público su apreciación en al índole del delito cometida (una falsedad documental) que requiere un dominio del entendimiento y voluntad consciente que impide estimar la eximente incompleta aplicada en la instancia, máxime que no se dice que el acusado obrase bajo el impulso de una crisis de abstinencia, lo que con arreglo a la jurisprudencia de esta Sala bastaría para admitir la atenuación analógica pero no el grado de inimputabilidad estimado en la instancia.

2. Ciertamente que cuando obra el drogadicto en fase carencial de la droga o en plena crisis de abstinencia, esta Sala viene estimando la eximente incompleta de enajenación mental reservando la atenuante analógica para cuando el déficit psíquico nacido de la dependencia a la droga se traduzca en simple debilitamiento o restricción de las facultades anímicas del sujeto, especialmente de la voluntad, de tal modo que éste queda disminuido «en algún grado» (Sentencia 12 de abril de 1989 y las que en ella se citan).

En el caso de autos, junto a la dependencia a la heroína que el *a quo* califica de «importante», se añade que la misma compelia de «modo profundo» los frenos inhibitorios de la voluntad, tendente a obtener la sustancia de que era dependiente; es decir, que la Sentencia de instancia no sólo refleja la condición de heroínómano del procesado, sino que la misma, por su importancia, producía una grave o profunda deficiencia en la facultad volitiva productora de su ansia para procurarse la droga.

En tales condiciones, *la índole del delito cometido, una falsedad continuada en cheques sustraídos por el procesado a su padre, no es incompatible con la apreciada*

eximente incompleta, pues si la facultad intelectual no estaba especialmente afectada por el consumo de la droga, en cambio, como suele ocurrir en la drogadicción, *era la potencia volitiva la profundamente afectada*, disociación psíquica que permite la comisión de delitos tanto violentos, como los que exigen un cierto punto de madurez y claridad intelectual, tal el de autos.

En consecuencia, el juicio valorativo de la Sala de Instancia basado en la prueba documental y en las manifestaciones del correo absuelto, se acomoda a las directrices jurisprudenciales antes expuestas, lo que conduce a desestimar el motivo.

ARTICULOS 8.1.º Y 9.2.º Y 10.º EMBRIAGUEZ. VALORACION EN LA IMPUTABILIDAD

(STS de 12 de julio de 1991. Pte. Sr. Martínez Pereda)

Para que la embriaguez pueda dar lugar a un trastorno mental transitorio con eficacia de eximente —art. 8.1.º— debe producir en el sujeto una plena exclusión de la imputabilidad, exigiéndose por la doctrina de esta Sala, en cuanto al origen que sea fortuita, en cuanto al grado que sea plena y en cuanto al efecto sobre la conciencia que sea total —Sentencias de 3 de noviembre de 1981, 18 de marzo y 7 de abril de 1982, 2 de marzo y 20 de diciembre de 1983, 5 de mayo de 1986, 27 de abril y 29 de septiembre de 1987, 23 de febrero de 1988 y 24 de noviembre de 1989—.

En cuanto a la distinción entre la semieximente —pretendida en el motivo de forma subsidiaria— o la atenuante, como ha preferido el órgano *a quo* en su resolución, se ha de resolver, según criterios de esta Sala, quedando la eximente incompleta para los casos en que la ingesta alcohólica contribuye a la minoración de las debilitadas facultades mentales del sujeto como consecuencia de su enfermedad —Sentencia de 11 de febrero de 1981—, a toxifrenia continuada persistente por la actuación etílica en el sujeto, productora de efectos crónicos de enfermedad mental, pero sin pérdida total de las facultades mentales —Sentencia de 10 de diciembre de 1981—, a supuestos de embriaguez patológica imputables al propio sujeto —Sentencia de 24 de octubre de 1981—, al alcoholismo crónico en situaciones de tensión y angustia —Sentencia de 19 de mayo de 1981— o a psicosis alcohólica y celopatía —Sentencia de 23 de febrero de 1985— o al alcoholismo crónico y la oligofrenia —Sentencia de 21 de marzo de 1985—.

Fuera de tales casos, se ha exigido el carácter fortuito de la intoxicación —Sentencias de 13 de febrero, 18 de marzo, 7 de abril y 20 de octubre de 1982, 8 y 20 de mayo de 1986, 29 de septiembre de 1987, 29 de febrero de 1988 y 24 de noviembre de 1989—.

Por el contrario, la específica atenuante de embriaguez conocida y que llega en su intensidad y grado bastante a perturbar la inteligencia y limitar la voluntad —Sentencias de 10 de febrero de 1982 y 26 de enero de 1983—, sin base patológica —Sentencia de 27 de noviembre de 1984— y sin llegar a ser plena, es la que encuentra la minoración penal a través de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal 2.ª del art. 9.º del Código Penal. Ha de tratarse de una embriaguez voluntaria, o cuando menos culposa, que no priva en absoluto de la voluntad —Sentencias de 21 de marzo, 7 de abril, 17 de junio y 27 de septiembre de 1983— que se distingue de la eximente incompleta, atendiendo a su causa y a su intensidad. Cuando es patente la disminución del intelecto y de la volición, sin especial intensidad en el sujeto, procede la atenuante 2.ª del art. 9.º, concurriendo los demás requisitos del precepto —Sentencias de 20 de mayo de 1986, 29 de septiembre de 1987, 22 de septiembre de 1988, 24 de noviembre de 1989 y 24 de enero de 1991—.

Como resumen, si en los hechos probados se dice del procesado que se encontraba en estado de embriaguez que disminuía sus facultades intelectivas y volitivas, el juicio valorativo de la Sala de instancia ha de estimarse correcto y acordado a la doctrina de este Tribunal de Casación.

ARTICULOS 8.4.º Y 420. LEGITIMA DEFENSA. NECESIDAD DEL MEDIO EMPLEADO. INTERPRETACION FLEXIBLE. LESIONES

(STS de 27 de mayo de 1991. Pte. Sr. Puerta Luis)

A este respecto, es preciso reconocer que el Tribunal sentenciador expone, en los fundamentos de derecho primero, segundo y tercero de la Sentencia recurrida, las razones en virtud de las que ha estimado procedente la concurrencia de la discutida eximente. En tal sentido, de acuerdo con los datos recogidos, en el relato fáctico (de obligado acatamiento, como se ha dicho), dice aquél, que ha existido «un acometimiento iniciado, con inequívocos propósitos agresivos, situación que no ha provocado el procesado, sino otros implicados»; añadiendo, a continuación «en cuanto a la necesidad racional del medio utilizado para impedirla» (en referencia a la agresión padecida o temida como inminente), que es menester atender a la «situación concreta»; afirmando que el defensor debe utilizar los medios que tiene a su alcance, no siendo posible exigirle una «excogitación» de tales medios, cuando, dada la hora (cinco menos cuarto de la madrugada), el lugar (una calle desierta) el número de personas (tres jóvenes desconocidos); sus edades, características físicas (uno de ellos con ostensible envergadura física), su estado de embriaguez, «su clara voluntad de enfrentamiento» y el hecho de no asustarse pese a ver que el procesado montaba su arma; la propia edad y condición física del procesado (ahora jubilado), el desconocimiento por parte de éste de las últimas intenciones de los jóvenes y de si los mismos llevaban armas blancas, así como el «clima de inseguridad ciudadana, que actualmente se vive en la sociedad española», constituyen un conjunto de circunstancias concretas del hecho enjuiciado, que han llevado al Tribunal *a quo* a estimar «por unanimidad» que no le es exigible al procesado esperar al último momento, cuando las consecuencias de la tensa situación causada por los perjudicados... ya no tuvieran remedio; afirmando que ello «sería sumamente arriesgado como más de una vez ocurre en la realidad, según nos transmite la prensa diaria...», recordando a este respecto «el triste final del comisario madrileño, que esperó a última hora para adivinar las intenciones de los que le aborronaron».

Según ha declarado esta Sala, es doctrina reiteradamente establecida, la de que sería en contra no ya solamente de los fundamentos de esta eximente y de sus posibilidades de eficaz aplicación, sino incluso de las más profundas convicciones éticas y jurídicas, si se entendiese que la necesidad ha de ser absoluta y que ha de darse una exacta proporcionalidad o equiparación entre el medio empleado por el agresor y el utilizado para la defensa, pues la ley habla de que la necesidad del medio empleado ha de ser racional, y este concepto ya está revelando una flexibilidad o graduación, es decir, que no puede estar sujeta a tasa *ni medida ni someterse a reglas predeterminadas, sino que ha de subordinarse a lo que en cada caso y momento requiera la especial situación en que se encuentre el agredido antes de actuar en reacción de defensa, la imposibilidad de ser amparado el que se defiende por otras personas o por el poder público, dadas las condiciones del lugar y ocasión, y, en fin, una serie de circunstancias de las que quepa inferir que el agente, ante el estado de ánimo que aquéllas le producen, no pudo tener la serenidad de juicio indispensable para medir el alcance del medio empleado, puesto que no se le puede exigir la reflexión y ponderación que tendría en circunstancias normales de la vida para excogitar los medios de defensa (vid. Sentencia de 24 de marzo de 1952).*

ARTICULO 9.10.ª ATENUANTES POR ANALOGIA. CORRUPCION DE MENORES. HOMOSEXUALIDAD

(STS de 9 de julio de 1991. Pte. Sr. Martín Pallín)

Primeramente. El motivo primero se formaliza por la vía del art. 849.1 LECrim. por no aplicación de la atenuante analógica de homosexualidad del art. 9.10 del Código Penal.

1. Todas las atenuantes analógicas tienen como referente alguna de las comprendidas en los números anteriores del art. 9 del Código Penal con las que guardan parecido o presentan análoga cualificación.

La vía casacional elegida obliga al más estricto respeto al contenido del relato de hechos.

Remitiéndonos al relato fáctico no observamos que se incluya ningún pasaje o dato que haga referencia a determinadas anomalías constitucionales o psíquicas que puedan sugerir la presencia de una homosexualidad psicopática.

Por ello hemos de ajustarnos a la narración histórica que afirma la existencia de instintos sexuales desviados de carácter homosexual para argumentar —en el fundamento de derecho tercero—, que esta homosexualidad no significa en modo alguno una disminución de su capacidad intelectual o volitiva.

2. La homosexualidad es una tendencia del instinto sexual que como ha dicho algún autor supone una variante de las posibilidades de satisfacción erótica. Sin entrar en análisis estadísticos de su implantación y frecuencia, representa una modalidad o forma de expresión de una determinada personalidad que concentra su máxima afectividad a través de una relación con personas del mismo sexo. La existencia de esta tendencia no revela ninguna anomalía del sujeto ni supone la alteración de su personalidad que se manifiesta en las relaciones sociales con absoluta naturalidad y sin alteraciones psicóticas o psicopáticas. No existen datos fácticos que se refieran a trastornos de conducta o a desviaciones incontroladas de la sexualidad. A lo largo de la tramitación del sumario no se han realizado exámenes psiquiátricos o psicológicos de la personalidad del procesado que permitan establecer, por la vía de error de hecho, una posible modificación del relato fáctico o una sustitución del juicio de valor al que ha llegado la Sala sentenciadora.

Ni en su relación con el trastorno mental incompleto que se contiene en el art. 9.1 del Código Penal ni en relación con las atenuantes de estado pasional puede equipararse la inclinación homosexual a una atenuante analógica por lo que el motivo debe ser desestimado.

ARTICULO 69 BIS. DELITO CONTINUADO. ABUSOS DESHONESTOS. PLURALIDAD DE VICTIMAS. INAPLICACION

(STS de 21 de junio de 1991. Pte. Sr. Moner Muñoz)

Primeramente. Se articula un exclusivo motivo de impugnación por el procesado Juan L. B., al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se alega inaplicación del artículo 69 bis del Código Penal. Argumenta el recurrente que debe tomarse en consideración el precepto citado del Cuerpo sustantivo, ya que los hechos tuvieron lugar continuamente, infringiéndose claramente un solo propósito criminoso. Sin embargo, el motivo no puede prosperar. *Dos diferentes niñas menores de edad han sido las víctimas, habiéndose atacado un bien eminentemente personal* como es la libertad sexual, en quienes por su edad no se encuentran capacita-

das para mostrar oposición o aceptación. Por ello, la jurisprudencia de esta Sala, se ha inclinado en sentido opuesto a aplicar la figura del delito continuado a los abusos deshonestos, tanto antes, como después de la reforma de 21 de junio de 1983.

Normalmente la doctrina del delito continuado, no es aplicable a las infracciones contra la libertad sexual, *excepcionalmente* ateniendo a la naturaleza del hecho o del precepto infringido, puede aplicarse la continuidad delictiva, en los supuestos de interacción inmediata del coito con el mismo sujeto pasivo, por insatisfacción o por dominio del furor erótico, siempre que lo sea en el marco de unas mismas circunstancias de tiempo y lugar, y bajo la misma situación intimidatoria —cfr. Sentencias Tribunal Supremo de 14 de abril y 15 de mayo de 1989 y 11 de julio de 1991—, cuya doctrina es aplicable con mayor razón aun al anterior delito de abusos deshonestos que las varias ocasiones se engloban en un delito continuado.

En el supuesto aquí enjuiciado, la diversidad de sujetos pasivos, acredita que cada acto no es una etapa de una infracción incompleta que sucesivamente se va perfeccionando sino una infracción única y perfecta que precisa de un dolo nuevo y repetido en cada ocasión.

ARTICULO 218. SEDICION. REBELION. COACCIONES. DIFERENCIAS

(STS de 23 de julio de 1591. Pte. Sr. García Miguel)

Segundo. El segundo de los motivos se interpone utilizando el cauce procesal del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y mediante él se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 218.5 en relación con el 219.1 y el 224 del Código Penal por entender el recurrente que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de *sedición* y no de un delito de *coacciones* como fueron calificados por el Tribunal de instancia, y la procedencia de desestimar el motivo queda puesta de relieve por las razones siguientes: tanto si se atiende al epígrafe del Título II del Código Penal en el que se hallan enmarcados los dos Capítulos respectivamente relativos a los delitos de *rebelión* y de *sedición*, como es el de «Delitos contra la Seguridad Interior del Estado», como al desenvolvimiento histórico de la normativa reguladora de ambas figuras, así como a las disposiciones comunes contenidas en el Capítulo V del referido Título, claramente resulta la afinidad existente entre las dos figuras punibles por su común finalidad de subversión política o social, *teniendo las dos un carácter plurisubjetivo y una idéntica dinámica tumultuaria y violenta* existiendo entre ellas una diferencia meramente cuantitativa en razón de los fines perseguidos, en cuanto que, como se ha sostenido por la Doctrina, la rebelión tiende a atacar el normal desenvolvimiento de las funciones primarias de legislar y gobernar mientras que la sedición tiende a atacar las secundarias de administrar y juzgar, razón por la cual por algún autor patrio se ha calificado a la sedición como «rebelión en pequeño», de ahí pues, la referida procedencia de desestimar el motivo dado que del relato fáctico no aparecen que el procesado y acompañantes se propusieron ninguno de los mencionados fines de carácter político o social, sino, simplemente, totalmente privados como era, el impedir que las aguas que se hallaban sitas en la finca denominada «A.V.» fuese trasladada, a través del «Canal de Taibilla», para suministrar el líquido a la «E.N., S. A.» (Entrepol) por creer que con ello se produciría la desecación de los pozos de la comarca. Por otra parte la «clase de personas» a las que se refiere el número 5.º del artículo 218 no puede entenderse referido a cualquier clase social sino clases oficiales como lo abona la referencia expresa que en el número anterior se hace a «clase del Estado», así como todos los antecedentes históricos y la propia naturaleza o carácter político o social del delito a la que se ha venido haciendo alusión.

ARTICULO 231.1.º ATENTADO IMPROPIO. IMPUNIDAD

(STS de 20 de mayo de 1991. Pte. Sr. García Arcos)

Segundo. El siguiente y último motivo se alega con sede adjetiva en el número 1.º del artículo 849 de la misma ley procesal, y con fundamento sustantivo en la indebida aplicación del artículo 231.1.º, en relación con el 236, ambos del Código Penal.

Para resolver el problema planteado en este motivo, y aunque sea inicialmente desde un plano puramente teórico, hemos de indicar brevemente lo que sigue: el delito o delitos de *atentado*, al igual que los de rebelión y sedición, tuvieron su ubicación tradicional dentro de los delitos contra el orden público, con su adecuada y concreta tipicidad y también con su correspondiente penalidad, y así tenemos como ejemplo legislativo más cercano el Código de 1932; sin embargo, a partir del Código de 1944 se crea la figura del atentado como una especie de delito especial, en sus dos vertientes de *atentado llamado «impropio»* y atentado considerado como «propio», que se incluyen, respectivamente, en los números 1.º y 2.º del artículo 231, manteniéndose tales tipos delictivos a través de las sucesivas reformas legislativas, incluida la llevada a cabo por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, que en la actualidad se halla vigente a los efectos que aquí nos ocupan. A pesar de esas múltiples reformas y del tiempo transcurrido desde el año 1944, es de resaltar que, si bien la figura del atentado propio (acometiendo a la autoridad o a sus agentes) tiene su desarrollo punitivo en los diversos apartados del artículo 232, no ocurre lo mismo con el *atentado impropio*, que aunque aparece definido y tipificado de manera adecuada en el número 1.º del artículo 231, *carece de sanción legal*, al no haberse establecido ninguna clase de pena, ni dentro del propio precepto definidor, ni tampoco en ningún otro de carácter remisorio; es decir, y aunque parezca absurdo, se ha mantenido a través de un tiempo muy dilatado, y se continúa manteniendo, una *figura delictiva totalmente inocua* en cuanto que, obvio es decirlo, uno de los componentes imprescindibles de todo delito, amén de la tipicidad, es que se halle sancionado por la ley.

Tercero. Ese vacío o defecto legislativo, ha de tener total incidencia en el caso concreto sometido a debate, ya que, de una parte, la acusación pública calificó los hechos como constitutivos de un delito de atentado del número 1.º del artículo 231, en relación con los 228.2.º y 236 y, de otra, el Tribunal *a quo*, en su sentencia, aceptó esa misma calificación, imponiendo a los procesados, ahora recurrentes, la pena de prisión menor que es la señalada en ese artículo 236. Es claro, por tanto, que no sólo se hace una *interpretación extensiva* e la norma, sino que se llega aún más lejos al tratar de «completarla» con otra diferente, que si bien está comprendida en el mismo capítulo del Código, define un tipo delictivo de características diferentes, para cuya comisión se exigen también requisitos y formas de actuar distintos, empleándose así el criterio hermenéutico de la «analogía», sistema que, obvio es decirlo, está radicalmente prohibido al intérprete en el área del Derecho Penal.

Por lo expuesto, este segundo motivo deberá ser aceptado con las demás consecuencias legales.

ARTICULO 240. DESACATO A LA AUTORIDAD. EXPRESIONES VERTIDAS EN EL JUICIO ORAL

(STS de 3 de julio de 1991. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

Primer. Al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alega aplicación indebida del párrafo 2 del artículo 240 del Código Penal,

al estimar como injuria grave la exclamación del procesado «vete a tomar por el...», considerando que la exclamación no era injuria grave atendida la no adecuada aplicación de la regla 3.ª del artículo 61 del mismo cuerpo legal, respecto al arbitrio judicial o principio de discrecionalidad reglada y no aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Explica el motivo que la expresión referida es hoy una exclamación que se oye con reiteración en personas jóvenes y que su significado ha de atenuarse en función de esta realidad y de la tensión que soportaba el procesado con las manos a la espalda, sujetas con esposas.

En el recurso se mezclan temas distintos: el de la discrecionalidad respecto a la pena que haya de imponerse dentro de los términos legalmente establecidos, que no es susceptible de impugnación en vía casacional, el de la aplicación del principio *in dubio pro reo*, que tampoco tiene acceso a la casación, salvo en los supuestos excepcionales en que la duda quedara precisamente reflejada en la resolución recurrida, porque entonces quedaría acreditada la vulneración de una norma procesal penal que hunde sus raíces en tiempos inmemoriales, pero no cuando la duda nace en el recurrente y no en el juzgador que hizo correcto uso del artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con tal de que haya prueba de cargo.

Y, en último término, la significación jurídico-penal de la frase proferida y dirigida al Presidente del Tribunal, hechos probados e inferencia que obedecen a un proceso intelectual lleno de lógica y buen sentido, desde el punto de vista de las reglas de la experiencia.

Respecto al estado anímico del procesado, la Sala lo tiene en consideración y aprecia la atenuante de arrebató. La frase, no cabe duda, de que supone una expresión gravemente injuriosa para quien presidía el Tribunal penal juzgador, cualquiera que sea el uso que en el lenguaje coloquial se haga de ella. Todo el mundo distingue aquellas expresiones que en determinados círculos se consideran inocuas y que en otros, alcanzan inequívocamente el rango de injuriosas y gravemente despreciativas. Ello es una regla inequívoca de experiencia.

Que en dicha frase concurren el elemento objetivo y el subjetivo o culpabilístico, en cuanto se profiere con ocasión de que el Presidente da la orden de expulsión, no ofrece duda, por consiguiente.

Procede la desestimación del motivo.

ARTICULOS 302 Y 303. FALSIFICACION. CHEQUE. AUSENCIA DE DOLO FALSARIO

(STS de 23 de mayo de 1991. Pte. Sr. Huerta y Alvarez de Lara)

Primero. Denuncia el procesado en el motivo primero del recurso de casación por él formulado al amparo del artículo 849.1 LECrim., la indebida aplicación del artículo 303 en relación con el 302.3 del Código Penal, fundamentándolo en que conforme a los hechos probados de la Sentencia recurrida la conducta del recurrente ha de ser considerada como atípica, ya que no puede ser encuadrada en ninguna de las formas comisivas descritas en el citado artículo 302; en efecto, entendiéndolo por *falsedad documental* dentro de la órbita penal y con relación a la tipicidad establecida en el artículo 303, conforme a la jurisprudencia constante de esta Sala, la mutación de la verdad, la que debe afectar de algún modo a la integridad del documento y a los efectos que el mismo debe producir en el tráfico jurídico a que se destina, debiendo recaer sobre aspectos o extremos sustanciales de aquél y no en lo que sea o tenga carácter accidental, intrascendente o inefectivo del mismo, y de los hechos declarados probados aparece cómo el

procesado se encontró en la vía pública un cheque firmado en blanco por una persona, que resultó ser una de las autorizadas para ello, talón que completó de su propia mano, con las circunstancias: «10.000 pesetas», «al portador», «10.000 pesetas» y la fecha, presentándolo a la entidad bancaria contra la cual iba girado, no haciéndoselo efectivo, entre otras causas, por haber sido denunciada su desaparición por los titulares de la cuenta corriente, por lo que es incuestionable que no contrahizo, ni fingió, ni imitó la letra, firma o rúbrica de su titular, que él creía estaba puesta, al ignorar que tal talón requería la firma de dos personas autorizadas por la entidad titular de la cuenta corriente, ni atribuyó a su firmante declaraciones diferentes de las que hubiere hecho, pues al estar en blanco no se había hecho declaración alguna que alterar, con lo que *falta* — como dice el Tribunal Supremo, Sentencia de 14 de octubre de 1982 dictada en caso idéntico al que ahora nos ocupa— *el esencial dolo falsario* constituido por el conocimiento de que se altera la veracidad genuina y la voluntad real de cambiar ésta con conciencia de su ilicitud, ello sin perjuicio de que rellenado en los demás extremos o particulares que se dicen el citado documento mercantil y presentado en la oficina bancaria correspondiente con la intención de que se le hiciera efectivo, presuponga la tipicidad sancionada para la *falta de estafa* en el artículo 587 del Código Penal, también estimada con autonomía, condena que queda subsistente; todo lo cual conduce a la estimación de este motivo del recurso.

ARTICULO 321. USURPACION DE FUNCIONES. DIRECTIVA DEL CONGRESO DE EUROPA. AGENTES DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA

(*STS de 28 de junio de 1991. Pte. Sr. Moner Muñoz*)

Primero. Al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se formula el primer motivo de impugnación, en el que se alega infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 321-1.º y 2.º del Código Penal.

A) La vía procesal elegida por el recurrente, obliga, si no se quiere incidir en la causa de inadmisión 3.ª del artículo 884 de la Ley Procesal Penal, a respetar los hechos declarados probados. Ello releva el tener que efectuar cualquier consideración sobre si la procesada podía realizar lícitamente las funciones que se detallan en el *factum* de la Sentencia impugnada, en base a su condición de Asesora en Transmisiones Patrimoniales, que en aquél no le atribuye, y más aun cuando en el fundamento de derecho primero se afirma, con mención al folio 32 del Sumario, que se dio de baja en tal régimen fiscal, que no se especifica, en 15 de abril de 1986, con lo que se da a entender, que desarrolló las actividades aquí enjuiciadas, incluso después de darse de baja en la licencia fiscal, no obstante la indeterminación temporal relativa que se observa en la narración fáctica, aparte de que como el propio fundamento concreta, la habilitación derivada del cumplimiento de tal requisito, habría de reducirse al ámbito puramente fiscal, sin que de ello pudiera derivarse licencia o facultad para el desempeño de funciones propias de una determinada profesión.

B) el delito de usurpación de funciones, dicen las Sentencias de esta Sala de 21 de abril y 20 de octubre de 1988 y 10 de enero de 1991, es una infracción formal o de mera actividad, ya que no precisa para la perfección del delito la existencia de un resultado determinado, de mero peligro e integrante de falsedad personal, constituyendo un ejemplo de las denominadas leyes penales en blanco, y preceptos punitivos incompletos, puesto que gran parte de los requisitos o elementos de la infracción no figuran en el artículo 321 del Código Penal, y han de tomarse de preceptos extrapenales, general-

mente de naturaleza administrativas, normas nacionales o internacionales que establecen las funciones propias y características de determinadas profesiones, así como las condiciones y requisitos que habilitan para la obtención del título académico oficial reconocido por disposición legal o convenio internacional.

El delito tipificado en el aludido artículo 321, se caracteriza por el ejercicio de actos propios de una profesión, carrera o especialidad que requiera título oficial o reconocido por leyes del Estado o convenio internacional, sin estar en posesión de él, o que estándolo, no sea de los legalmente reconocidos, ni es nacional, ni amparado por un Convenio Internacional que autorice su ejercicio en España, si es extranjero.

El delito de intrusismo no precisa en general para su perfección, una habitualidad o repetición de actos, que no exige el artículo 321, y por consiguiente puede consistir, indiferentemente, en el ejercicio continuado o en un simple acto aislado, siempre que sea idóneo y peculiar de la profesión invadida, si bien las actuaciones esporádicas, de amistad o mera complacencia, sin contraprestación, son atípicas. Sin embargo, tal exigencia de habitualidad, puede provenir de la profesión misma, en tanto su propio título y regulación específica contempla como requisito la continuidad —Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1981, 23 de febrero de 1983 y 24 de marzo de 1988—.

La profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, no carecía de normativa legal, pues tanto en la regulación de 4 de diciembre de 1969, como en la de 19 de junio de 1981, se exigía para el ejercicio de tal profesión, titulación académica, unida a la superación de unas pruebas de aptitud. Así, en el Decreto de 1969, para tomar parte en los exámenes, era preciso entre otros requisitos, hallarse en posesión de un título oficial expedido por Universidades en el grado de Licenciado; por Escuelas Técnicas en sus grados superior y medio, por Escuelas de Comercio desde el grado de Profesor Mercantil; por Escuelas Normales de Magisterio, u otro título de carácter oficial que esté legalmente equiparado expresamente a éstos, mediante disposición legal o reglamentaria.

Y el artículo 5.º del Real Decreto de 1981, dispone «para obtener el título profesional de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria serán requisitos necesarios: a) hallarse en posesión de un título oficial universitario de Licenciado, Ingeniero, Arquitecto, Diplomado en Derecho, en Ciencias Económicas o Empresariales, Arquitecto Técnico, Ingeniero Técnico o Profesor Mercantil; b) superar las pruebas de aptitud a que se refiere los dos artículos siguientes». Y en el artículo 4.º para el ejercicio de la profesión, se exige, además, la inscripción en el Colegio.

C) La cuestión, pues, queda reducida a decidir si, para que entre en juego el artículo 321 del Código Penal, es preciso que los actos que allí se amparan sean exclusivos de la profesión para cuyo ejercicio se requiere título oficial o reconocido por disposición legal o convenio internacional, puesto que tal exigencia ha de predicarse de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, como se desprende de los artículos 4.º a 6.º del Real Decreto de 19 de junio de 1981, regulador de los Estatutos Generales de la Profesión, y de sus Colegios Profesionales y Consejo General, tema al que habrá de darse una contestación negativa. Porque el artículo 1.º del citado Real Decreto admite la existencia de funciones que los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria han de compartir con otros profesionales, pues se le atribuyen como propias las funciones, de mediación, tramitación, informe y consejo en las operaciones que luego se detallan «en cuanto las mismas no incidan en la competencia exclusiva de otras profesiones o entidades», pero ello no supone que queden al margen de la protección jurídica penal los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, en el desempeño de sus funciones propias. Lo que se desprende también de los propios términos del precepto que se estudia, que se refiere a actos propios y no exclusivos de la profesión, entendiéndose tal término, como lo hizo la Sentencia de esta Sala de 2 de marzo de 1974, como comprensivo de las características de la profesión que se dice usurpada, es decir, como las que imprimen carácter al

oficio o profesión, por lo que, debe entenderse amparada la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria caracterizada por su dedicación profesional en exclusiva y reservada a la mediación y corretaje.

D) Siendo, pues, funciones propias de la profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, la mediación en traspasos, arrendamientos y compraventa de bienes inmuebles, la realización de tales actos por la procesada, que evidentemente no tenía título de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, ni se dice que desempeñara legalmente autorizada otra profesión que le permitiera realizarla, ha de incardinarse su conducta en el párrafo 1.º del artículo 321 del Código Penal, y como quiera que la oferta de esos actos, característicos de los aludidos Agentes, lo efectuaba anunciándolos en un periódico local, lo que supone la atribución pública de esa condición profesional, ha de aplicarse también la circunstancia específica de agravación, que se prevé en el párrafo 2.º del referido precepto. El motivo, pues, debe rechazarse.

Segundo. Por infracción de ley, y con sede procesal en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegándose haberse cometido infracción a lo dispuesto en la Directiva 67/43 del Consejo de la Comunidad Económica Europea, que de conformidad con el Tratado de Adhesión de España a la CEE, tiene carácter supranacional, y efecto directo de ordenamiento jurídico comunitario, por lo que se suprimen todo tipo de restricciones a las actividades que se citan, entre las que se encuentran la de la procesada, sea cual fuere la denominación de las personas que la ejerzan.

Efectivamente el acta relativa a las condiciones de adhesión de España a las Comunidades Europeas, establece en sus artículos 392 y 395 que desde el momento de la adhesión, España será considerada como destinataria y ha recibido notificación de las Directivas y Decisiones Comunitarias, y vendrá obligada a poner en vigor las medidas que sean necesarias para cumplir las disposiciones de las mismas desde la adhesión, salvo cuando se haya señalado un plazo al efecto. La Directiva del Consejo 67/43 CEE de 12 de enero de 1967, modificada en razón de la Adhesión de España por la Decisión del Consejo de las Comunidades Europeas de 11 de junio de 1985, establece la supresión de las restricciones que en cuanto a las actividades no asalariadas, relativas a los negocios inmobiliarios puedan existir entre los Estados miembros que impidan a los beneficiarios establecerse en el país de acogida o prestar en él servicios en iguales condiciones y con los mismos derechos que los nacionales. En desarrollo de la Directiva mencionada, se publicó el Real Decreto número 1464/1988 de 2 de diciembre, que se dictó a propuesta del ministro de Obras Públicas, y oídos los Consejos Generales de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de Administradores de Fincas, disponiendo en su artículo 1.º que el establecimiento en España de los nacionales de otros Estados miembros de la CEE para la realización con carácter profesional de actividades no asalariadas, incluidas en el sector de negocios inmobiliarios y la prestación de dichos servicios, se efectuará cumpliendo los mismos requisitos y en iguales condiciones y con los mismos derechos que los españoles. Y en su artículo 2.º que el ejercicio del derecho de establecimiento y de prestación de servicios en el sector de la actividad propia de los Agentes de Propiedad Inmobiliaria y de los Administradores de Fincas exigirá la incorporación de los interesados al Colegio en cuyo ámbito territorial pretendan ejercer la profesión. En virtud de esta colegiación, tendrán los mismos derechos y obligaciones que los colegiados españoles, quedando sometidos a los estatutos y reglamentos respectivos y demás normas que le sean aplicables en el ejercicio de la profesión.

Por tanto, conforme a la legislación expuesta, con ella se pretende eliminar cualquier hecho que suponga la discriminación de una persona por razón de su nacionalidad, toda vez que hace referencia al establecimiento de los nacionales de otros Estados miembros de la CEE en España, y además exige el requisito de la colegiación en el

lugar donde pretenda ejercer la profesión. Obvio es que la procesada es española, y no nacional de otro país, y que tampoco solicitó la incorporación al Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Valladolid, y, por tanto, no puede acogerse a las normas del Decreto que desarrolla dicha Directiva Comunitaria. El motivo, pues, debe rechazarse.

ARTICULO 344. TRAFICO DE DROGAS. DONACION. DIFUSION EN ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO

(STS de 28 de junio de 1991. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater)

Segundo. La Defensa alega en segundo lugar la infracción del artículo 344 del Código Penal, pues, afirma, en dicho texto legal «no aparece la donación como conducta tipificada del delito contra la salud pública». Agrega, por otra parte, que «la donación dirigida a una persona consumidora como lo es el interno Julio A. (...) no se encuentra tipificada en el art. 344 del Código Penal.

El motivo debe ser desestimado.

La jurisprudencia de esta Sala es firme en lo referente al carácter típico de la donación respecto del artículo 344 del Código Penal. Por un lado se ha sostenido que ello es consecuencia de la interpretación del verbo típico «traficar», que no se debe entender gramaticalmente, sino teleológicamente. Esta interpretación se acomoda al fin de la norma de impedir el favorecimiento del consumo de drogas mediante actos que pueden afectar a la salud pública. Una reducción de estos actos a aquellos en los que el autor percibiera un precio carecería de sentido, pues dicho precio no es una condición esencial de la lesión del bien jurídico, ni del reproche jurídico-penal de la conducta.

Tampoco es acertado el punto de vista del recurrente en lo referente a la entrega de droga para auto-consumo. La argumentación de la Defensa no tiene en cuenta que la procesada no ha sido condenada por intentar participar en un hecho atípico de autolesión, sino como autora de un delito de peligro contra la salud pública, que se consuma con total independencia de la exclusión de la tipicidad y la antijuricidad de las lesiones que el consumidor se produzca a sí mismo con la droga.

Tercero. En conexión con lo anterior sostiene, por último, la recurrente que, en todo caso, el intento de introducir la droga en establecimiento penitenciario no se ha materializado, dado que la posesión de la droga fue descubierta antes de lograr ponerse en contacto con el recluso, al que la droga estaba destinada.

El motivo debe ser estimado.

Una vez aclarado que el delito se consuma con la tenencia destinada al tráfico y que la donación es una forma del mismo, se debe establecer cuáles son las condiciones para la aplicación de la agravante específica de difusión en establecimiento penitenciario. La jurisprudencia de esta Sala se ha decidido que dicha agravante sólo será de apreciar cuando la acción genera un peligro real de propagación de la droga dentro de la institución penitenciaria. Por tanto, tal agravante se excluye, en principio, cuando la cantidad sea reducida y la droga sea destinada a un sujeto concreto, pues en estos casos si bien habrá una acción de tráfico, no existirá el riesgo adicional para el orden y la organización del establecimiento que fundamenta la agravación.

En el presente caso se trata del intento de introducción de menos de cinco gramos de cocaína, de la que no consta su pureza, destinada precisamente al interno Julio A. Estas circunstancias, por sí solas, no permiten afirmar que la procesada haya creado el riesgo concreto exigido para apreciar la concurrencia de la agravante.

ARTICULOS 394 Y 396. MALVERSACION. MODALIDADES. REENVIO

(STS de 19 de junio de 1991. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

Segundo. Por infracción de Ley, al amparo ahora del artículo 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la improcedencia de la aplicación conjunta de los artículos 396 y 394.2 «puesto que siendo idéntico el elemento objetivo de las dos figuras delictivas» no existe otra diferencia que el elemento psíquico de la infracción, surgiendo la primera cuando concurre el *animus rem sibi habendi* y la segunda cuando el *animus* concurrente sea *utendi*, es decir, cuando exista la intención o propósito de restituir.

No sólo es equivocado el trámite elegido por la vía del número 2 cuando se trata de un error de derecho en la aplicación de una norma sustantiva, lo que puede ser y sin duda será, que responda a una equivocación puramente material, sino que no se capta bien por el recurrente, lo que la Sentencia recuerda con acierto en sus fundamentos jurídicos.

Los hechos probados, se declara en la resolución judicial objeto de este recurso, son constitutivos de un delito de malversación de caudales públicos previsto y penado en el artículo 396, párrafos 1 y 2 del Código Penal, en relación con el 394.2 del mismo cuerpo legal y, por consiguiente, no hay ningún tipo de concurso o concurrencia.

La Ley distingue bien dos supuestos, perfectamente diferenciados y diferenciables: 1) cuando el autor tiene *intención de apoderamiento definitivo* de los caudales públicos convirtiendo en propio lo ajeno, existiendo, por tanto, *animus rem sibi habendi* (art. 394), y 2) cuando el funcionari**o** *aplica los caudales, puestos a su cargo a usos propios o ajenos* sin ánimo de lucro, en el sentido propio de esta última expresión de apropiación definitiva, sino con intención, en efecto, de uso (análogo al hurto de uso que se contempla en otros supuestos).

Ahora bien, dentro de este último supuesto, el Código distingue: *a)* si verifica el reintegro dentro de los diez días siguientes al de la incoacción del sumario, la pena es de inhabilitación especial, si resultare daño o entorpecimiento del servicio público y de suspensión, si no resultare; *b)* si tal reintegro no se efectúa las penas son las correspondientes al delito previsto y penado en el artículo 394. No hay en este último caso un cambio en la naturaleza jurídico penal de la infracción. Sería contrario a los principios más esenciales y elementales del Derecho Penal que el simple hecho del reintegro modificara el núcleo rector de la figura penal. No se modifica, pues lo que sucede, por razones puramente utilitarias, como estímulos o alicientes al reintegro, es que, en tales casos, en las que no hay reintegro (y no corresponde a la Sala hacer en este momento una crítica del sistema, si hubiera lugar a ello), se produce un reenvío penalógico al artículo 394 del Código Penal, sin que, esto parece muy importante, se cambie, como ya se anticipó, la naturaleza del delito, porque de ser así estaríamos en presencia de una presunción contraria al reo respecto a la acción penal, es decir, al elemento culpabilístico o subjetivo del injusto, por el solo hecho de no reintegrar (confróntese el artículo 516 bis), lo que no sería correcto. Lo que sucede, sencillamente, en estos concretos supuestos es que el legislador establece unas penas más graves, nada más.

ARTICULOS 394 Y 396. MALVERSACION. MODALIDADES. DIFERENCIAS

(STS de 8 de julio de 1991. Pte. Sr. Delgado García)

Segundo. En dicho motivo único, al amparo del número 1.º del artículo 8490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se alega que hubo aplicación indebida de los artículos 394 y 396.2.º y que debió aplicarse el artículo 396.1.º, todos del Código Penal.

Del propio texto de tales normas, conforme han sido interpretadas por la jurisprudencia constante de esta Sala (Sentencias de 26-6-89, 12-1-90, 5-6-90 y 20-9-90, entre otras muchas), se deduce claramente que la diferencia entre el delito de malversación del artículo 394 y el del artículo 396 se encuentra en que en el primero el autor del hecho ha actuado con una intención de apropiación definitiva de los caudales que como funcionario público tiene a su disposición (*animus rem sibi habendi*), mientras que en el segundo, sancionado con penalidad mucho menos grave, se contempla una mera acción de aplicación de tales caudales públicos a usos propios o ajenos, siendo el fundamento de esa menor penalidad con que esta última infracción se castiga el que solamente existe un ánimo de utilización temporal del objeto distraído porque hay intención de devolverlo en un momento posterior. Pero, incluso, pese a existir este propósito de mero uso, la Ley ordena (artículo 396.2.º) que se apliquen las graves penas del 394 si no se realiza el reintegro de lo indebidamente utilizado dentro de los diez días siguientes al de incoación del sumario.

Tercero. Aplicando tal doctrina al caso presente, es evidente que ha de ser rechazado el motivo de casación ahora examinado, pues de la relación de hechos probados que nos ofrece la Audiencia Provincial de Tenerife se deduce con evidencia manifiesta la concurrencia de todos y cada uno de los elementos del tipo del mencionado artículo 394, al narrar una conducta de sucesiva apropiación de fondos de la oficina de Correos de cuya administración estaba encargado el procesado como funcionario del Cuerpo Ejecutivo Postal y de Telecomunicaciones, lo que ocurrió a lo largo de un período de tiempo comprendido entre los años de 1983 y 1985, hasta quedarse para sus negocios particulares y para el mantenimiento de la familia con la expresada cantidad total de 5.308.702 pesetas.

Aparece claro que de tales hechos, realizados por parte de un funcionario que, como luego se vio, carecía prácticamente de otros ingresos que no fueran los de su propio sueldo, en cantidad realmente elevada para su condición de modesto empleado público, necesariamente ha de deducirse su propósito de quedarse para sí de forma definitiva con los mencionados caudales públicos. Pero, aunque así no fuera y con criterio benevolente se llegara a entender que hubo sólo un ánimo de apropiación temporal con propósito de devolución de lo sustraído, es evidente que no existió el reintegro exigido por el párrafo 2.º del artículo 396, por lo que, en todo caso, habría de aplicarse el artículo 394, pues el convenio acordado con la Administración sobre devolución de lo indebidamente apropiado a razón de 25.000 pesetas al mes, al que se refiere expresamente el hecho probado de la Sentencia recurrida (nada se dice respecto de la forma y persona que actuó en representación de la Administración en tal convenio, probablemente nulo), no puede reputarse, como parece pretender el recurrente, equiparable al reintegro exigido por el citado párrafo 2.º del artículo 396.

ARTICULO 406.1.º ASESINATO. ALEVOSIA. DOCTRINA GENERAL

(STS de 18 de junio de 1991. Pte. Sr. Díaz Palos)

5. El motivo cuarto, también por la vía del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce indebida aplicación de la circunstancia 1.ª del artículo 406 del Código Penal, es decir, de la agravante cualificativa de la *alevosía*.

Si nos atenemos de nuevo al relato de hechos probados, de ellos se desprende que en el forcejeo sostenido por el procesado con su víctima, a ésta le cayeron en la calzada las gafas que portaba, de modo que al agacharse para recogerlas y en el momento en que se incorporaba y sin haber recuperado la posición vertical, aprovechó de ello el

procesado para extraer un cuchillo o puñal de grandes dimensiones que ocultaba a su espalda e inesperadamente asestó a Víctor una puñalada en el hemitórax izquierdo que alcanzó el corazón, si bien no le causó la muerte por la rápida intervención de los agentes de policía que lo trasladaron de inmediato a un centro asistencial.

De este *modus operandi* del procesado el *iudicium* del *a quo* concluye que la acción agresora fue «súbita, inopinada e inesperada»; aprovechó la momentánea distracción de la víctima que se agacha a recoger las gafas que habían caído al suelo, sin poder esperar ni sospechar en modo alguno un ataque contra su vida; de modo que la tripartición de supuestos que doctrina y jurisprudencia encuentra en la alevosía: el proditorio o de acecho a la víctima; el ataque súbito y sorpresivo, y el que se prevale de circunstancias de desvalimiento inherentes a la propia víctima, la Sala de instancia se acoge al segundo que es aquel que en lugar de buscar de antemano la indefensión de la víctima la aprovecha aun cuando tal situación se produzca de forma repentina y transitoria, pero bastante para que la víctima no pueda reaccionar ante el inesperado ataque; tal como sucedió en el caso de autos en que la víctima transitaba por la calle, desconociendo totalmente al procesado y haciendo caso omiso cuando éste le exigió con gestos y palabras que se acercara al lugar en que se hallaba discutiendo violentamente con su compañera; ante cuya actitud elusiva, el acusado reaccionó dándole alcance, reprochándole que no le hubiera hecho caso, obligándole a un forcejeo con mutuos empujones que por sí solos no podían presagiar el ánimo de muerte que animaba al procesado, quien aprovechando, como se ha dicho, la posición totalmente indefensiva e inerte de su antagonista buscado coactivamente, le asestó cuando aún estaba agachado la tremenda puñalada con el puñal de grandes dimensiones que llevaba oculto el procesado, nuevo modo de impedir la previsión defensiva de la víctima.

Se dio, pues, el elemento objetivo de antijuricidad de la alevosía: acción de aseguramiento del golpe e indefensión de la víctima y el subjetivo de culpabilidad: el dolo del agente se proyecta tanto sobre la acción como sobre la repetida indefensión, sea ésta buscada o simplemente aprovechada, supuesto este último inherente a la modalidad de alevosía que contemplamos (Sentencias de 5 de julio de 1985 y 24 de noviembre de 1989, entre otras).

El recurrente quiere anular la agravante con la idea de que mediando una contienda en cuyo curso se produce la agresión no cabe la alevosía según doctrina jurisprudencial. Pero como enseña esa misma doctrina, si bien la situación de contienda existente se compagina mal, por lo común, con la plena sorpresa que caracteriza a la variedad de alevosía apreciada en la instancia, la expresión de que no cabe referirse a «alevosía sobrevenida» es muy cuestionable, por cuanto la idea finalística de eliminar toda defensa por parte del sujeto pasivo del delito puede encontrar cauce o apoyo dentro de la propia contienda en curso (Sentencia de 9 de febrero de 1989), tal como ocurren en el caso de autos, a tenor de lo ya expuesto.

El motivo, pues, debe ser desestimado.

ARTICULO 407. HOMICIDIO. COMISION POR OMISION. OMISION DE TRATAMIENTO MÉDICO ADECUADO

(STS de 8 de julio de 1991. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

Primer. Al amparo de lo establecido en el artículo 849.1 LECrim., se formula este motivo por inaplicación del artículo 575 (sin duda se trata de un error mecanográfico y quiere decir 565), párr. 1, en relación con el artículo 407 del Código Penal y subsiguiente indebida aplicación de este último.

Teniendo en cuenta el cauce procesal seleccionado por el recurrente, es incuestionable que han de respetarse los hechos probados y de ellos aparece lo siguiente: a) el procesado, que se hace pasar por médico sin serlo (y sorprende desagradablemente la carencia de los correspondientes y eficaces controles en los Centros Sanitarios donde prestó sus servicios, en este orden de cosas) alcanza la confianza de una señora de ochenta y cuatro años de edad en términos de desplazamiento de su patrimonio, que explica la Sentencia de instancia con detalle y a la que nos remitimos, que había ingresado en la Clínica y que —hay que repetirlo— incomprensiblemente dirigía, necesitada simplemente de ningún otro tratamiento médico que no fuera el vitamínico; al conocer que dicha señora se había dado cuenta del engaño de que estaba siendo víctima —había extraído de su cuenta 3.672.047 pesetas— se encarga directamente de los «cuidados» médicos de la misma administrándole «Valium» y «Haloperidol», que la llevan a un estado de inconsciencia y sedación en unos momentos y de agitación en otros. Se le prohíbe salir de la clínica, por supuesto, se le impide presentar la correspondiente denuncia y se le continúa administrando los referidos fármacos. De esta manera el deterioro físico de la señora era cada día mayor y en vez de decidir el tratamiento adecuado, temeroso de que se descubriera su acción, se limita, aceptando que el resultado de muerte se produciría de inmediato, a mantener el estado ya descrito continuando en la misma actitud y produciéndose el fallecimiento el 28 de febrero de 1985, quince días después de la operación bancaria ya referida, durante los cuales, sin escrúpulo alguno, fue sacando el dinero pese a la evidencia de que su salud se deterioraba hasta su fallecer.

Como en este caso los hechos tienen una prueba tan abrumadora, extensa y plural, lo único que se discute es la calificación jurídica y hay que señalar que el comportamiento del procesado alcanza tales niveles de antijuricidad y de culpabilidad que la determinación de la conducta como homicida y la imposición de la pena en el grado mínimo que esta Sala no puede rectificar, resultan especialmente benévolas, posición del Tribunal *a quo* respetada y respetable, sea o no compartida.

En el homicidio cabe la modalidad de realización del tipo penal activa y omisiva, y también, por supuesto, cabe la de comisión por omisión, sin problema alguno con respecto al principio de legalidad, que no se ensancha en absoluto con esta interpretación. El Código se refiere al que matare a otro y, en estos términos, la muerte dolosa puede y debe ser imputada a cualquiera que ponga una condición suficiente para producirla. Lo importante es que se llegue, por una vía correcta, a la inferencia del *animus necandi* que en este caso aparece especialmente probado, como ya se dijo.

La doctrina científica se refiere, al tratar del delito llevado a cabo mediante la modalidad de comisión por omisión, a que el sujeto estuviera en condiciones de evitar el resultado y que ocupara la llamada posición de garante, es decir, que hubiera en el sujeto activo una obligación de actuar para evitar el resultado lesivo o, como en este caso, letal.

Ni siquiera hay que acudir, para llegar al resultado penal, a esta figura que, en este caso, se daba con exceso y que nadie podrá poner en tela de juicio: es quien se hace pasar por médico y gana la confianza de la enferma, mujer de ochenta y cuatro años, hasta el punto de autorizarle la extracción de todos sus ahorros, quien actúa de la manera que queda relatada. Y este actuar ni siquiera es de los que han de subsumirse en la modalidad de comisión por omisión, sino que alcanza una expresión específica de omisiva, porque se trata de un actuar entre activo y omisivo, según las circunstancias, conjugando directamente el verbo del delito porque él sabe que eliminando toda ingesta vitamínica y prescribiendo fármacos como los que han quedado reflejados anteriormente, el resultado de su muerte se produciría fatal e inmediatamente. Lo sabe y lo quiere y, de esta manera, la calificación de homicidio no ofrece duda.

Aparece así inequívoca, como con acierto describe en su informe el MF, la intención de producir la muerte; no es que se representara el resultado de muerte, sino que éste se quería, y se quería de manera directa, precisamente para tapar su actuación depredadora con respecto al patrimonio de la anciana, que se confió a su falso protector, humana y profesionalmente. Hablar en este estado de cosas de imprudencia carece de la más mínima fundamentación.

Procede la desestimación.

ARTICULO 407. HOMICIDIO. DOLO EVENTUAL. POSICION DE GARANTE. COMISION POR OMISION

(STS de 13 de julio de 1991. Pte. Sr. Moner Muñoz)

Primero. El único motivo de impugnación formulado por el procesado B. el M., al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce aplicación indebida del artículo 407 y 1.º del Código Penal, y vulneración de la presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española, fundado en que al no inferirse de los hechos probados el *animus necandi*, debió estimarse el hecho como constitutivo simplemente de un delito de lesiones.

Partiendo del respeto absoluto a los hechos probados, dada la vía procesal elegida por el recurrente, hay que resaltar respecto a aquéllos: 1.º) los dos procesados, uno de ellos el recurrente, sin conocer previamente a la víctima, aunque en el curso de la conversación sospecharon que les había efectuado determinadas sustracciones, le golpearon repetidamente con los puños y los pies, desde las últimas horas de la tarde del día 2 de abril de 1987, durante largo tiempo, hasta la madrugada del día 3. Tanto los procesados como la víctima, se encontraban bajo la influencia de la ingestión de alcohol, que no les privaba de su capacidad de conocimiento y voluntad, y 2.º) posteriormente, le abandonaron a su suerte, falleciendo a consecuencia de los golpes recibidos y consecuente shock traumático, al que coadyuvó el frío y la lluvia al haberse quitado la víctima las ropas que vestía.

Las tesis del recurrente es que las heridas que causaron al luego fallecido, podían ser graves pero no mortales, porque no interesaban órganos vitales, y en consecuencia, ello es argumento suficiente de orden subjetivo contrario al ánimo de matar de los procesados, pues si hubieran querido efectuarlo, hubieran obrado de forma diferente. La situación del herido se vio complicada por circunstancias objetivas fuera de la órbita de los procesados, que colaboraron en la producción del desenlace fatal, tales como la embriaguez, la desnudez, el frío y la lluvia, fueron circunstancias concurrentes y acaso determinantes de aquella muerte.

El informe pericial emitido en el acto del plenario por los peritos, uno de ellos médico forense que practicó la autopsia al cadáver, que a preguntas del defensor, sin que conste a cuál de ellos, manifestaron «que la causa de la muerte derivada de un politraumatismo. Cada herida considerada individualmente no era susceptible de producir la muerte, pero en conjunto la produjeron. Por el olor se notaba que había bebido. Esto unido al frío agravó la situación. Estas circunstancias coadyuvaron pero la causa principal fue la paliza. Había heridas de arma blanca. Que piensa que por la cantidad de golpes fueron varias personas las que lo agredieron. Que la diferente calidad de las heridas producidas por diversos objetos hacen improbable la agresión por una sola persona. Que alguno de los golpes fue realizado por un objeto contundente.

Es obvio, pues, que el *animus necandi* debe apreciarse cual hizo la Sentencia de instancia. La causa de la muerte fue la descomunal paliza que le propinaron los proce-

sados, y que según los peritos médicos, fue la causa principal, porque aunque aisladamente consideradas las heridas no fueran mortales, el politraumatismo global sí que era apto para producirla. Y las circunstancias concurrentes, frío, embriaguez y desnudez coadyuvaron a dicha muerte, pero no fueron causa determinante de la misma. Es por ello que con la multiplicidad de golpes que le propinaron con los puños e infiriéndole patadas, el propósito de muerte resulta evidente, al menos con dolo eventual.

Esta Sala no ha ignorado el arduo problema de señalar con precisión la línea diferencial entre el dolo eventual y la culpa consciente, y ha asumido las tres teorías principales sobre esta cuestión: la de la probabilidad del resultado captado por el sujeto, la del sentimiento y la del consentimiento. La jurisprudencia ha reputado la teoría del consentimiento como la más seguida en la doctrina frente a las otras —Cfr. Sentencia Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1990— y con ella son constantes las referencias a la aceptación del resultado de no necesaria originación, frente al dolo directo, ya sea de primer grado o dolo de propósito en que hay absoluta concordancia entre la intención y el resultado, ya en la especie del segundo grado, llamado de consecuencias necesarias o indeterminado en que a sabiendas de las consecuencias más graves, indefectiblemente unidas al resultado querido no se retrocede ante aquéllas. Es indudable que, cualquiera que sea la teoría que se admita para la fundamentación del dolo eventual, los procesados aceptaron el resultado de la muerte, representado como probable, y sin embargo, consentido. A igual conclusión llega el Tribunal de instancia, que en virtud de los principios dominantes en el ordenamiento jurídico penal, principalmente el de inmediación, en virtud del cual apreció todas las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, viendo y oyendo a los testigos y peritos, así como el interrogatorio de los procesados, pudo valorar más directamente aquéllas, deduciendo del conjunto de todas ellas la existencia del *animus necandi* en el propósito de los procesados, con una deducción racional, lógica y coherente, que debe mantenerse.

Por último, en todo caso, una vez que los propios procesados habían creado la situación tan gravosa para la víctima, se convirtieron en posición de garantes para obviar el resultado dañoso que pudiera producirse, y al no evitar aquél, son autores en comisión por omisión del fallecimiento posterior de la persona a la que previamente habían inferido múltiples golpes, que normalmente debieron producir su muerte, a lo que coadyuvaron las circunstancias ambientales, sin que los procesados hicieran nada por intentar reducir los riesgos que debían haber previsto.

ARTICULOS 407 Y 501. ROBO Y HOMICIDIO. TIPO COMPLEJO. DUALIDAD DE DELITOS. DIFERENCIAS

(STS de 15 de julio de 1991. Pte. Sr. Barbero Santos)

Unico. El recurso se interpone por un solo motivo, por infracción de Ley, y apoyo en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 501.1.º y último párrafo del Código Penal y no aplicación del mismo artículo 501, pero el número 5.º, y último párrafo, y no aplicación de los artículos 407 y 61.4 todos ellos del mismo Código y al mismo tiempo no tener en cuenta los principios jurídicos de discrecionalidad reglada y del *in dubio pro reo*.

De acuerdo con el recurrente «si los sucesos se hubieran producido con normalidad solamente contemplaríamos un delito de robo, ya que era impensable que la víctima en un rapto de valentía, heroísmo o más bien de modo imprudente se lanzara contra el procesado armado con un palo. Esta actitud era imprevisible...» Estima, en consecuencia, que se consumó un delito de robo, en cuantía inferior a 30.000 pesetas, al que se añadió un homicidio como hecho independiente del robo.

El recurrente se aparta del planteamiento seguido en la instancia. Las conclusiones provisionales fueron simplemente negativas respecto del relato fáctico del Ministerio Fiscal; en las definitivas, formuló un relato fáctico que estimó constituido de robo con homicidio culposo. Su tesis ahora es otra: que no existe delito complejo de robo con homicidio, es decir, que el homicidio no se causó con motivo u ocasión del robo, porque el robo ya se había terminado.

Hecho probado es que tras la sustracción del dinero y de las prendas de vestir «Juan Carlos B. Juan Carlos B. se dirigieron hacia la puerta del establecimiento momento en el que el propietario del establecimiento Antonio D. M. coge un palo y le dice al dependiente Angel R. G. “a por ellos”, ante lo cual aquellos dos reaccionan y se encaran con Antonio D., al que Juan Carlos B. S. le apunta con la pistola que portaba (...) y efectúa tres disparos contra el cuerpo de Antonio D. siendo alcanzado por uno de ellos que penetra por región izquierda de la cara posterior del tórax a ocho centímetros por fuera de la línea constituida por las apófisis espinosas y a cinco centímetros por debajo del relieve del deltoides, con dirección de izquierda a derecha, quedando alejado el proyectil (...) entre la primera y segunda costilla en el vértice del pulmón derecho, impacto que produce la muerte en momentos inmediatos posteriores del mencionado Antonio D.».

Cuando la violencia o intimidación surge con posterioridad al ataque contra la propiedad (robo con fuerza en las cosas, hurto, etc.) algunos ordenamientos prevén una figura autónoma: rauberisch Diebstahl, los alemanes; rapina impropia, los italianos, etc.). La violencia en estos supuestos no precede a la sustracción, es ulterior. En el caso que se analiza esto no ocurre. La violencia concurre *ab initio*. Se trata, pues, de un robo con violencia en las personas. La cuestión a resolver es si está consumado o no. Esta Sala sostiene en doctrina constante que ello ocurre cuando el autor posee la disponibilidad sobre la cosa, sin que mera desposesión de la víctima. Pero los autores carecieron de tal disponibilidad fáctica, ya que cuando Juan Carlos B. disparó contra Antonio D. se encontraban aún en el establecimiento, no habían traspasado la puerta, hacia la que se dirigían. La muerte está en relación con el robo: se ha cometido con ocasión de éste. No existe disociación o ruptura entre una y otro. Carece de apoyo jurídico la argumentación del recurrente.

ARTICULO 452 BIS D), 1.º Y 2.º DELITO RELATIVO A LA PROSTITUCION. TERCERA LOCATIVA. IMPUNIDAD GENERALIZADA

(STS de 19 de julio de 1991. Pte. Sr. Barbero Santos)

La Audiencia Provincial de Castellón condenó al luego recurrente como autor de un delito relativo a la prostitución. El segundo motivo del recurso —se prescindirá del primero, concerniente a la presunción de inocencia— denuncia la aplicación indebida del artículo 452 bis d), 1.º y 2.º del Código Penal. El Tribunal Supremo desestima ambos reproches.

Segundo. 1. El segundo motivo, con idéntico apoyo procesal que el precedente, artículo 849.2.º y 1.º de la LECrim., denuncia la aplicación indebida del artículo 452 bis d) 1.º y 2.º del Código Penal, y determinadas Sentencias de esta Sala, pues los hechos han de ser de entidad «suficiente para producir la repulsa social y no es menos cierto que los hechos descritos por sí mismos pueden ser moralmente reprobables, pero no revisten entidad suficiente como para, por sí mismos, ser objeto de una condena en el orden penal». En el escrito que responde al informe del Ministerio Fiscal se añade que en la propia carretera de Madrid a Valencia hay más de 100 locales de idénticas

características al que regentaba el procesado y que en los periódicos aparecen anuncios de mujeres que ejercen la prostitución ofrecidas en un local en el que nadie puede creer que trabajen en plan de cooperativa. La conducta del procesado, sin duda reprochable en opinión de algunos ciudadanos, se añade, no reviste entidad suficiente para ser objeto de una condena en el orden penal.

2. El carácter penal de un comportamiento lo determina el Legislador. No el Juez. Aquél es quien establece si posee o no entidad suficiente para ser merecedor de una condena en el orden penal. A éste simplemente le compete fijar si la acción que enjuicia tiene o no cabida en la previsión legal. Si llega a la conclusión que el hecho es delictivo ha de imponer la pena conminada, dentro de los márgenes que la Ley le otorga, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes. La impunidad de comportamientos análogos al que se enjuicia no puede llevar a la impunidad de éste. Doctrina que corresponde con la sostenida por el Tribunal Constitucional y por la jurisprudencia de esta Sala.

Así las cosas, es evidente que el procesado es arrendatario de un local en el que se ejerce la prostitución. Y así lo reconoce el propio recurrente. Su conducta tiene enmarque en la figura que se conoce como tercería locativa, de los números 1.º y 2.º del artículo 452 bis d) del Código Penal.

El motivo no puede prosperar.

ARTICULOS 504 Y 514. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. PUERTAS DE ACCESO A LA PROPIEDAD. HURTO

(STS de 22 de julio de 1991. Pte. Sr. García Ancos)

Primero. El único motivo de casación se interpone por el MF en favor del procesado Francisco Javier M. G. por entender, con amparo procesal del artículo 849.1 LECrim., que la Sala de instancia incidió en error de derecho al calificar la acción enjuiciada como constitutiva de un delito de robo con fuerza en las cosas del artículo 504.2 del Código Penal, en vez de considerar que los hechos son constitutivos de un delito de hurto previsto y sancionado en los artículos 514 y 515.1 del Código Penal.

Para resolver el problema así planteado, es necesario indicar, con carácter previo, que los referidos hechos se resumen, en lo que aquí interesa, del siguiente modo: el referido inculpado, entre los días 3 y 6 de agosto de 1987, se apoderó de cinco puertas de propiedad ajena, tras arrancarlas de sus respectivos goznes, haciendo venta de ellas con ánimo de lucro; las referidas puertas, a excepción de una, no sufrieron daños.

Segundo. Como bien razona la parte recurrente, tales acciones no pueden ser tipificadas como un delito de robo con fuerza en las cosas, según acordó la Sentencia impugnada, sino como un delito de hurto, dadas estas razones: a) el concepto de fuerza en las cosas como calificativo del robo no es totalmente coincidente con su definición gramatical, sino que el artículo 504, en sus diversos apartados hace selección de lo que debe entenderse por «fuerza» para tipificar el delito de robo, y ello aunque no deba entenderse que el legislador tuvo ánimo, en su descripción enumerativa, de imponer al intérprete un número absolutamente «cerrado» o «clausurado» de supuestos que puedan emplearse como vehículos comisorios de la acción; b) en esa selección (o relación) que el precepto hace, no puede entenderse incluida la simple fuerza que se ejerce en el objeto sustraído cuando con tal fuerza, y sin necesidad de otras actividades, bien antecedentes, bien consiguientes, se agota la actividad delictiva de la sustracción, pues no en balde y según bien se razona, todas las circunstancias del artículo 504 «tienen de común estar orientadas a procurar el acceso a un inmueble o a la apertura de cosas

muebles cerradas o selladas», o, lo que es lo mismo, sólo existe fuerza para tipificar el robo cuando «se quebrantan las protecciones de cierre y guarda que el propietario adoptó para defender su propiedad», pero no cuando es el mismo objeto protector (las puertas en este caso) lo único que se violenta y sustrae sin intención posterior de acceder al contenido del bien que con tales objetos trata de protegerse.

Tercero. Por lo expuesto, se deberá acceder al recurso interpuesto, condenando al recurrente en vez de por un delito de robo con fuerza en las cosas, por un delito de hurto, siendo aplicable esta misma calificación a los demás condenados, ya que independientemente de lo dispuesto en el artículo 903 LECrim., es necesario tener en cuenta que éstos fueron condenados como encubridores del delito cometido por el autor, aunque también es necesario resaltar que a estos encubridores, por razones obvias, no se le puede imponer pena de multa inferior a la señalada para los delitos.

ARTICULOS 504 Y 514. ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS. HURTO. DIFERENCIAS GRANDES ALMACENES. SISTEMAS DE ALERTA

(STS de 13 de mayo de 1991. Pte. Sr. Martín Pallín)

1. La línea diferencial entre el delito de hurto y el delito de robo viene marcada tanto por la acción traslativa del dominio de la cosa descrita por el verbo tipo —tomar en el hurto y apoderarse en el robo—, sino por las formas típicas en que se lleva a cabo el desplazamiento de la cosa, de tal manera que se puede afirmar que el hurto tiene un carácter residual o negativo en el sentido de considerar constitutivas de hurto todas aquellas formas de apoderamiento en las que no existe la fuerza o la intimidación específicamente recogida en los tipos penales que describen las modalidades de robo con fuerza en las cosas o con violencia o intimidación en las personas.

2. El MF concentra toda su argumentación en tratar de demostrar que, en los casos que se describen en los apartados *b)*, *c)* *d)* y *e)* del hecho probado, se aprecia la concurrencia de una fuerza material llevada a cabo sobre las cosas que aparece tipificada en los apartados correspondientes de los artículos que cita. Con carácter general se establece que existe robo cuando se fracturan armarios, arcas u otra clase de objetos cerrados o sellados, abarcándose en la descripción típica todos aquellos supuestos en los que el autor del hecho punible violenta o fuerza todas aquellas trabas o impedimentos que el titular de las cosas ha colocado para resguardar sus propiedades de la codicia ajena. Estas precauciones pueden consistir en guardar las cosas en cualquier clase de objetos cerrados y comprende también a la protección o custodia que se ejercita por medio de la colocación de sellos u otras formas de protección cuyo quebranto permite el acceso a las cosas y el subsiguiente apoderamiento. Una interpretación literal y restrictiva nos lleva a considerar que el legislador se ha referido exclusivamente a las distintas modalidades de cerrar un contenedor, recipiente, armario o arca, que éstas pueden hacerse mediante la colocación de cerraduras o sellos cuyo quebranto o fractura tipifica el delito de robo con fuerza en las cosas.

3. El concepto de fuerza que se recoge en el artículo 504 del Código Penal no es homogéneo. Por un lado se describen acciones que suponen el uso de la fuerza física para realizar el robo actuando directamente o aplicando el acto impulsivo sobre paredes, techos, suelos, puertas o ventanas o bien sobre los objetos cerrados o sellados y, por otro, configura la fuerza típica calificadora del delito de robo en acciones en las que predomina la utilización de la inteligencia para lograr el acceso a los espacios edificadas en los que sus moradores o usuarios distribuyen sus enseres y objetos; así se entra en la vivienda por un lugar no destinado al efecto o se utilizan llaves falsas o las legiti-

mas sustraídas a su propietario. En todo caso, una interpretación restrictiva de los preceptos sancionadores nos lleva a señalar que la fuerza típica se agota en estas modalidades sin que se puedan extender a supuestos distintos, utilizando la fórmula descriptiva del artículo 500 del Código Penal que se refiere, en general, al empleo de fuerza en las cosas.

4. Los modernos métodos magnéticos de identificación, marca y etiquetado de los objetos que se venden en las tiendas y grandes almacenes sirven para controlar las ventas y las disponibilidades existentes en los depósitos de mercancías y se utilizan, además, para detectar las salidas de estos objetos sin pasar por las cajas registradoras dotadas de los medios técnicos necesarios para desactivar las alarmas sónicas que se ponen en marcha cuando se intenta sacarlos subrepticamente de los establecimientos.

Estos sistemas de alerta no pueden ser equiparados a los cerramientos o fijaciones con las que se custodian y defienden las cosas para dificultar su apoderamiento. La sustracción de estos objetos o mercancías expuestos, generalmente al público sin ningún sistema de sujeción o cierre, no integra el elemento constitutivo del delito de robo tal como se configura en el artículo 504 del Código Penal. La acción de apoderamiento se realiza de forma subrepticia y sin fractura alguna tratando de burlar la vigilancia directa de los empleados de la tienda que disponen, como último control de seguridad ante esta modalidad de sustracción, de los mecanismos de activación y desactivación que se instalan en las cajas registradoras y en los accesos a la tienda. Esta seguridad adicional defiende mejor los intereses de los titulares de estos establecimientos, pero no constituye un obstáculo o impedimento insalvable que sea necesario forzar o burlar aplicando alguno de los medios que tipifican de manera específica y restrictiva la fuerza componente del delito de robo.

El motivo debe ser desestimado.

ARTICULO 528. ESTAFA. POLIZA DE CREDITO. DESCUENTO BANCARIO. LETRAS FICTICIAS

(STS de 10 de julio de 1991. Pte. Sr. Martín Pallín)

Primero. El primer motivo de casación se ampara en el artículo 849.1 LECrim. por aplicación indebida del artículo 528 del Código Penal.

1. Estima el recurrente que se ha infringido el precepto indicado toda vez que en los hechos que se declaran probados no aparecen los requisitos configuradores del engaño como elemento fundamental para la tipificación de la estafa y al mismo tiempo no existe una relación causal entre el engaño y el perjuicio patrimonial ocasionado. Invoca una doctrina jurisprudencial contenida en una Sentencia de 30 de abril de 1981 que estima que las letras de favor han sido admitidas como vehículo idóneo para la obtención de crédito bancario.

2. No podemos olvidar que, por elección del recurrente nos encontramos en la vía marcada por el artículo 849.1 LECrim. que nos obliga a un estricto respeto del contenido del relato de hechos probados. Según consta en la declaración fáctica del procesado y la entidad bancaria habfan firmado una póliza de crédito para la negociación de letras de cambio, efectos de comercio y otros documentos entre cuyos extremos se encontraba el descuento de letras de cambio respondiendo el procesado, entre otros extremos, del buen fin de las mismas, lo que equivale a considerar que la entidad mercantil esperaba y confiaba que las letras tuviesen un destino comercial o mercantil, cuyo desenlace económico estaba garantizado por la cobertura que le proporcionaba la cláusula de garantía que había firmado el suscriptor de la póliza de crédito.

3. Como ha señalado una reiterada doctrina de esta Sala —Sentencias de 12 de diciembre de 1986 y 17 de julio de 1987—, la operación de descuento bancario va acompañada como elemento inherente a su naturaleza y contenido de la cláusula «salvo buen fin» reveladora de que el banco anticipa el importe de la cambial a condición de que ésta sea abonada por el librado en la fecha de su vencimiento. La existencia de una previa póliza de crédito o línea de descuento no exime al cliente de la obligación de veracidad y de lealtad al suministrar a la entidad que realiza el descuento los datos que figuran incorporados al efecto mercantil que sirvió de resorte para la concesión de la cantidad que figuraba en la letra librada por el procesado.

4. La firma de una póliza de crédito para el descuento de letras no abre una línea de crédito indistinto y generalizado, ya que la operación tiene como motivo o causa la negociación de letras de cambio y se supone que ambos firmantes, la entidad bancaria y el procesado, se comprometen a cumplir estrictamente las condiciones y fines que les impone la letra del contrato. No estaban amparadas por el contrato la emisión de letras ficticias que no respondiesen a operaciones mercantiles y que se presentan al descuento como auténticas cuando en realidad están desprovistas de contenido causal al incorporar a su texto como deudoras personas o entidades que nada deben al librador y con el que no han tenido relación alguna.

5. La cláusula «salvo buen fin» quiere decir, como ya se ha expuesto, que la entidad bancaria anticipa el importe de la cantidad a condición de que la letra de cambio sea pagada en el momento de su vencimiento y si no se produce así le queda la posibilidad de dirigirse al aceptante, si éste existe, o hacia el librado o librador para hacer efectivo su pago, adeudando el importe en la cuenta de este último cuando ninguno de los anteriores ha pagado. Coexiste, en el caso concreto, el elemento del engaño en cuanto que la entidad crediticia confiaba en el buen fin de la letra de cambio.

Ha existido además un desplazamiento patrimonial originado por la mendacidad antes aludida y por la ocultación a la entidad bancaria de la situación económica por la que atravesaba y que desembocó, también según el hecho probado, en la solicitud de acogerse a los beneficios de la suspensión de pagos meses después de producirse el impago de la letra.

Por último, aparece claramente perfilado el ánimo de lucro y el daño o perjuicio económico ya que según se afirma el importe de la letra no ha sido recuperado por el Banco descontante.

Por todo lo expuesto procede desestimar el motivo.

ARTICULO 528. ESTAFA. DOCTRINA GENERAL. ENGAÑO. NEGOCIOS JURIDICOS PATRIMONIALES

(STS de 11 de julio de 1991. Pte. Sr. Moner Muñoz)

Cuarto. En el quinto motivo de impugnación, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 528 del Código Penal, pues aun partiendo de los hechos declarados probados, que se consideran intangibles, en aquéllos no se contiene ninguno de los elementos o requisitos que exige el artículo 528 del Código Penal.

A) Los elementos esenciales del delito de estafa son según una reiterada doctrina jurisprudencial —Cfr. Sentencias Tribunal Supremo 5 de marzo, 11 de octubre y 12 de noviembre de 1990 y 31 de enero de 1991—.

1) Un engaño precedente o concurrente, plasmado en algunos de los artificios incorporados a la enumeración que el Código efectuaba, y hoy concebido con un criterio amplio, dada la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece.

2) Dicho engaño ha de ser bastante para la consecución de los fines propuestos, con suficiente entidad para provocar el traspaso patrimonial.

3) Producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor de la que constituía la realidad.

4) Un acto de disposición patrimonial por parte del sujeto pasivo, con el consiguiente perjuicio para el mismo.

5) Nexo causal entre el engaño del autor y el perjuicio de la víctima, con lo que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente el *dolo subsequens*, esto es, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate.

6) Animo de lucro, incorporado a la definición legal desde la reforma del año 1983, que constituye el elemento subjetivo del injusto y que consiste en la intención de obtener un enriquecimiento de índole patrimonial que la doctrina jurisprudencial ha extendido a los beneficios meramente contemplativos.

Antes y después, por tanto, de la vigencia de la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, que reformó profundamente el delito de estafa, el requisito fundamental de esta infracción delictiva, lo es el engaño, en el que hace especial hincapié el recurrente, cuyo engaño, tendrá que ser necesariamente, antecedente, causante y bastante. Antecedente, por cuanto que tendría que preceder y determina el consecutivo perjuicio patrimonial, no siendo aptas para originar el delito de estafa las hipótesis del denominado *dolo subsequens*. Causante, ya que el engaño debe hallarse ligado por un nexo causal con el perjuicio patrimonial, de tal forma que éste haya sido generado por aquél. Y por último, bastante, toda vez que la evolución doctrinal en la actualidad no sigue la teoría objetiva, según la cual, la mendacidad en que radica el engaño, debía ser capaz de incidir a error a una persona medianamente perpicaz, sino que se ha adoptado una teoría subjetiva, la que propugna la idoneidad del engaño en cuanto sea suficiente para viciar la voluntad o consentimiento concretos del sujeto pasivo de la argucia en que consista el engaño.

En el campo civil, dice la Sentencia de esta Sala de 6 de febrero de 1989, especialmente en los negocios jurídicos de naturaleza patrimonial, se conocen dos especies del denominado dolo civil: uno, el dolo vicio de la voluntad o del consentimiento al que se refieren los artículos 1265, 1269 y 1270 del Código Civil, el cual es fácilmente criminalizable, con tal de que concurren los restantes requisitos de la estafa, y el dolo en el incumplimiento de las obligaciones, dolo sobrevenido, *subsequens* o *a posteriori*, regulado en los artículos 1101 y 1102 del Código sustantivo civil, el cual es difícilmente criminalizable, sino que sitúa la acción en el área civil, salvo que por los datos en que se manifieste dicho dolo civil, se adquiera la convicción de que ese deseo de incumplimiento, aunque se manifieste *a posteriori*, ya había surgido en la psique del agente en el momento de la celebración del contrato.

Aplicando dicha doctrina al supuesto aquí enjuiciado, es evidente que en él falta el requisito esencial del engaño precedente con suficiente entidad para provocar el traspaso patrimonial, con producción de un error esencial en el sujeto pasivo que desconociera lo que constituía la realidad.

El engaño precedente, como es cualificado el atribuido a los acusados en el fundamento de derecho primero de la Sentencia de instancia, no se desprende del relato fáctico, en el que se parte de una actividad negociada de índole civil, establecida con la Comunidad, dueña de la obra, y de la que el querellante forma parte. Se pretendía entre Comunidad y socio determinar la situación del Sr. Dobón, como consecuencia de la adjudicación de un solo piso, a aquél, y la cesión a la Comunidad de los restantes que en principio tenía adjudicados, llamándose a la Constructora para conocimiento de quién asumía la obligación de pago de los pisos asignados hasta entonces al Sr. Dobón. Pero

no consta en el *factum* que Riobra negociara o conviniera nada con aquél, sino que aporta su firma, si bien para su ejecución, convenía que el tenedor de las letras aceptadas las retirara, pero ello no es lo que mueve o motiva al querellante para su suscripción, ni que Riobra maquinara o promoviera el contrato, y, por tanto, pueda imputársele el engaño precedente necesario para la aparición del delito de estafa, ni fuese bastante, en todo caso, para determinar al querellante a suscribir el convenio con la Comunidad.

El motivo, pues, debe ser estimado, casando y anulando la Sentencia de instancia, dictándose a continuación la procedente.

ARTICULOS 528, 529.4.º Y 556. ESTAFA AGRAVADA. INCENDIO DE BIENES PROPIOS. DIVERSIDAD DE DOLOS. CONCURSO DE DELITOS

(STS de 5 de junio de 1991. Pte. Sr. Díaz Palos)

Segundo. El motivo segundo, subsidiario del anterior, se ampara en el artículo 849.1 LECrim., y aduce la aplicación indebida del artículo 528, en relación con el artículo 529.4.º y 7.º del Código Penal, y en relación con el artículo 71 del mismo texto legal, toda vez que el Tribunal *a quo* condena al recurrente como autor de un delito de incendio en bienes propios del artículo 556 del Código Penal, y de otro lado como autor de un delito de estafa, agravado por haberse producido destrucción o daño en cosa propia, y por su especial gravedad atendido el valor de la defraudación, de modo que el delito de incendio sirvió de medio para cometer el de estafa con dichas modalidades agravatorias, siendo así que la descripción típica del delito de incendio de bienes propios ya abarca el propósito defraudatorio y absorbe por tanto el delito de estafa, lo que elimina el concurso de delitos apreciado en la instancia suplantado por un concurso de normas regido por el principio de la consunción, lo que en el caso impediría castigar el delito de estafa consumido por el de incendio.

El problema planteado por este motivo, arduo en verdad, se ha agudizado más si cabe tras la reforma penal de 1983 en tanto que ésta al incluir la estafa de seguro en el artículo 529.4.º del Código Penal parece incidir en la misma descripción típica del artículo 556 en el que se castiga el incendio de bienes propios con propósito de defraudar a tercero, o si causare tal defraudación, como una de las modalidades descritas en dicho último precepto.

Ahora bien, como enseña la doctrina científica y la de esta Sala, la modalidad agravatoria del delito de estafa exige que se den todos los requisitos del delito básico descrito en el artículo 528: engaño que produciendo error en el sujeto pasivo le induzca a un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de un tercero. Es decir, que para aplicar el artículo 529.4.º no basta con la intención de defraudar o de causar daño efectivo al asegurador, sino que es menester que el asegurado, en este caso el incendiario, realice su conducta con propósito de inducir a error al asegurador y con él lograr la correspondiente indemnización. Si se lleva a término dicha conducta habrá lugar a estimar el delito de estafa de seguro en concurso con el delito de incendio de cosa propia, en cuanto que para este último, basta que se produzca el incendio con propósito de defraudar y que se cause incluso el perjuicio al asegurador pero sin que éste haya sufrido error alguno como consecuencia de aquella actividad engañosa.

Redunda también la jurisprudencia al respecto, al decir que puede existir *concurso de ambos delitos* si concurren tanto el dolo incendiario como el defraudatorio, de modo que además del primero, el dolo se dirige a engañar al asegurador, creando en el mismo un estado intelectual erróneo de falsa apreciación de las causas del incendio y como consecuencia de todo ello indemniza al asegurado (Sentencia de 9 de abril de 1984, con cita de las anteriores).

Tal doctrina es la aplicada por la Sala de instancia para fundar el concurso de delitos: El del artículo 556 al procurar los procesados el incendio de bienes propios de uno de ellos con propósito defraudatorio, lo que ya consumó tal delito, y luego instar de la Compañía Aseguradora el pago de la indemnización utilizando el medio falaz de presentar el incendio como causal y fortuito, siendo así que fue intencionado uniéndose al dolo incendiario el dolo engañoso propio de la estafa, con todos los engarces causales que hemos visto conlleve este último dolo.

El motivo, por tanto, debe ser desestimado.

ARTICULOS 528 Y 535. ESTAFA. APROPIACION INDEBIDA. APUNTES POR ORDENADOR

(STS de 19 de abril de 1991. Pte. Sr. Soto Nieto)

Primero. El primer motivo del recurso interpuesto por el procesado, con base en el número 1.º del artículo 849 de la LECrim., atribuye a la Sentencia haber cometido error de derecho al calificar los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito de estafa y no de apropiación indebida. En el *factum* de la Sentencia se atribuye al recurrente que, siendo empleado a la sazón de la Sucursal bancaria de Recogidas del Banco Hispano Americano, con la categoría de apoderado, manipulando las cuentas corrientes de diversos clientes haciendo apuntes inexistentes por vía del ordenador, consiguió incorporar a su peculio las cantidades que se enumeran. Para la consumación del delito de estafa del artículo 528 del Código Penal, se precisa, como elemento básico configurador, un engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa, antes traducido en alguno de los ardidés o artificios incorporados al listado de que el Código hacía mención, y hoy concebido con criterio de laxitud, sin recurrir a enunciados ejemplificativos, dada la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno. Dicho engaño ha de ser «bastante», es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto. Tal engaño ha de mostrarse como originador o productor de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad por causa de la falacia, mendacidad, fabulación o artificio que le antecede (Cfr. sentencias, entre muchas, de 17 de febrero, 9 y 27 de mayo y 24 de octubre de 1988, 29 de marzo y 6 de abril de 1990). Como consecuencia de la insidiosa o mendaz actividad del agente se provoca una situación de error esencial, juicio falso determinante de un acto de disposición patrimonial por el sujeto pasivo, en íntimo nexo causal con la fingidora maquinación precedente. *Para que un determinado acto de disposición llegue a tener relevancia típica ha de ser inducido por el error causado y realizado, por tanto, por la víctima del ardid.*

Segundo. A la vista de ello, mal puede concluirse la perpetración de un delito de estafa por parte del procesado, al impedirlo la concepción legal y jurisprudencial del engaño, ardid que se produce e incide por y sobre personas, surgiendo en el afectado un vicio de voluntad por mor de la alteración psicológica provocada. La «inducción» a un acto de disposición patrimonial sólo es realizable frente a una persona y no frente a una máquina, implica una dinámica comisiva con acusado substrato ideológico. Con razón

se ha destacado que a las máquinas no se las puede engañar, a los ordenadores tampoco, por lo que los casos en los que el perjuicio se produce directamente por medio del sistema informático, con el que se realizan las operaciones de desplazamiento patrimonial, no se produce ni el engaño ni el error necesarios para el delito de estafa. Sin engaño, elemento cardinal de la estafa, no puede entenderse producida ésta.

Tercero. En relación con la consideración del hecho contemplado como constitutivo de un delito de apropiación indebida, ha de señalarse que tal fue la tesis de la defensa en la instancia, alternativa a la de la libre absolución, según se hace constar en el tercer antecedente de hecho de la Sentencia recurrida. En la exposición del motivo primero del recurso se vuelve a insistir en ello, aduciendo, tras rechazar la existencia de una inducción a otro a realizar un acto de disposición patrimonial, que existió auténtica disposición por parte del Sr. V. M., quien ostentaba la condición de apoderado —Banco Hispano Americano— de los fondos que le fueron entregados para su administración, elemento básico del tipo de apropiación indebida. Siendo ello así, bien se deduce que el inculpado se apropió de dinero que tenía a su alcance por razón de su condición de apoderado de la entidad bancaria y en cuya administración tenía intervención directa, encaminándose los apuntes falsarios efectuados en el ordenador a justificar formalmente la disminución patrimonial de fondos derivada del hecho de la apropiación. *El supuesto ha de subsumirse en el tipo penal de la apropiación indebida.* El artículo 535 del Código Penal, tipificador de dicha infracción, remite al artículo 528, en orden a las penas a imponer, por lo que, aun dándose lugar al motivo, variación del *titulus condemnationis*, ello no supondrá alteración en la pena correspondiente, vigente la apreciación de la circunstancia 7.ª del artículo 529. El motivo ha de estimarse en el sentido y con el alcance expuesto.

ARTICULO 543. USURA ENCUBIERTA. SIMULACION DE PRÉSTAMO LICITO

(STS de 23 de mayo de 1991. Pte. Sr. Delgado García)

Quinto. Nuestro Código Penal en el capítulo VI del título XIII del libro II, bajo la denominación «De la usura y de las casas de préstamos sobre prendas», junto a dos figuras penales (arts. 545 y 546) que son meras infracciones administrativas elevadas al rango de criminales, recoge otras tres que se asientan sobre realidad de unos préstamos que, desde el punto de vista civil, fueron declarados nulos por la Ley de Azcárate de 23 de julio de 1908 por su contenido usuario, las cuales alcanzan la categoría de delito, por razón de la habitualidad (art. 542) del encubrimiento (art. 543) o la cualidad del sujeto pasivo, un menor de edad de cuya impericia o pasiones se abusa (art. 544).

Refiriéndose a la figura del artículo 543, que es la utilizada por la Audiencia de Zaragoza para condenar a quien ahora recurre, ha de decirse que aparece integrada por dos elementos:

a) Que exista un préstamo usuario, es decir, un contrato que responda a las características del definido en los artículos 1753 y ss. del Código Civil o 311 y ss. del Código de Comercio, que, además, responda a alguna de las modalidades que recoge el artículo 1.º de la mencionada Ley de Azcárate.

b) Aquel elemento que aparece como verdadera razón de ser de la punibilidad esta conducta, el encubrimiento de la realidad del préstamo usurario con otra forma contractual, con lo cual el legislador trata de dar respuesta penal a un procedimiento utilizado desde antiguo por los usureros preocupación de nuestros legisladores ante la frecuencia con que tras la apariencia de un contrato lícito se oculta una operación de

usura, constituyendo la simulación el fundamento del castigo por la vía penal precisamente porque con ella el sujeto activo de la conducta punible oculta la realidad de su actividad, especialmente despreciada por la sociedad porque con frecuencia va unida al aprovechamiento de situaciones de ignorancia o especial necesidad, quedándose para sí con un medio de prueba normalmente eficaz frente al prestatario que se encuentra así privado de unas posibilidades de defensa con las que acreditar la realidad de lo verdaderamente contratado.

Cualquier procedimiento de simulación relativa, por el cual las partes acuerdan aparentar bajo un determinado negocio (contrato simulado) la realidad de aquel que en verdad se concertó (contrato disimulado) cuando este último es un préstamo usurario, sirve para integrar el tipo de delito del artículo 543 del Código Penal, y a tal menester no es necesario que se adopte un contrato de clases diferente, pues la apariencia de un préstamo lícito puede utilizarse, y de hecho se utiliza con frecuencia, para enmascarar un supuesto de préstamo usurario, alcanzándose la misma eficacia en contra del prestatario que cuando se utiliza un contrato diferente (por ejemplo, una compraventa con pacto de retroventa), pues en definitiva lo único que importa es la conducta de encubrimiento que es lo que exige el texto del precepto penal citado, por medio de la cual se oculta la realidad del negocio ilícito, bastando, desde luego, la simulación de la cantidad recibida, cuando se hace constar como prestada una superior a la entregada. Si la diferencia es importante, de modo que en verdad constituye «un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», como dice el citado artículo 1.º de la Ley de Azcárate, es indudable que nos encontramos ante un caso tipificado en el artículo 543.

Y esto es lo que ocurrió en el supuesto presente, en el que sólo hubo una entrega de 700.000 pesetas y se hizo constar en escritura pública haber recibido 3.800.000 a devolver sin intereses en sesenta meses para cuyo pago se firmaron las correspondientes letras de cambio, lo que supone unos intereses anuales próximos al 90 por 100 (620.000 pesetas cada uno de los cinco años).

En esta línea de interpretación se ha movido la jurisprudencia de esta Sala, que en Sentencia de 21 de diciembre de 1970 condenó por este delito del artículo 543 cuando se hizo constar haber recibido 300.000 pesetas y sólo se habían entregado 217.000, así como la de 22 de mayo de 1971 en que se aparentó una entrega de 1.300.000 por las 805.000 que se recibieron, y la de 9 de octubre de 1984 que, aun reconociendo que la doctrina jurisprudencial no es unánime, dice así: «esta forma contractual cualquiera no necesita que se realice un contrato diferente del préstamo, sino que puede ser el mismo por el que se recibe la cantidad, siempre que impida descubrir la existencia de interés usurario, como es el supuesto en el que se haga constar mayor cantidad que la recibida y el exceso pueda estar comprendido dentro de los límites de la usura, ya que la ocultación se refiere a la existencia del préstamo usurario y no a la simulación contractual».

Por todo ello, tampoco pueden ser acogidas estas alegaciones que realizó el recurrente en su motivo 1.º sobre infracción de Ley por aplicación indebida de una norma del Código Penal.

ARTICULO 546 BIS B). RECEPCION. PRESUNCION DE HABITUALIDAD. INCONSTITUCIONALIDAD

(STS de 8 de mayo de 1991. Pte. Sr. García Ancos)

Segundo. El siguiente motivo del mismo procesado, con sede formal en el artículo 849.1, tiene su fundamento sustantivo en la indebida aplicación del artículo 546 bis

b) del Código Penal en cuanto presume la habitualidad, como circunstancia agravatoria de la pena impuesta al delito de receptación, a los que fuesen dueños, gerentes o encargados de establecimientos abiertos al público.

No cabe duda que esta presunción de habitualidad (de carácter, además, *iris et e iure*) expresada en la norma, aparecía claramente como contraria a la CE, y para ser más exactos, a otro principio presuntivo, pero a favor del reo, cual es el contenido en el artículo 24.2 CE (el de inocencia), no obstante lo cual el referido precepto, de manera poco comprensible, se mantuvo en la reforma de 1983, siendo difícil a los Tribunales, por tratarse de inconstitucionalidad sobrevenida, hacer caso omiso o inaplicación del referido precepto, a no ser a través de la vía «incidental» de recurso ante el TC, con los inconvenientes que ello supone de paralización de los procedimientos judiciales ordinarios. De ahí que la jurisprudencia, sobre todo a partir de 1985, utilizase diversas fórmulas, dentro de su ámbito, para evitar la aplicación directa y sin más de ese precepto, bien fuera la invocación del principio de culpabilidad, bien el de presunción de inocencia (Sentencia 5 de diciembre de 1987, que a su vez se remite a las de 23 y 25 de octubre de 1985 y 8 y 20 de julio de 1987).

Sin embargo, en la actualidad, esta problemática ha quedado resuelta o, al menos, paliada, después de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 21 de junio de 1989 que da nueva redacción al precepto en el doble sentido de que, de una parte, elimina esa presunción de habitualidad, y, de otra, crea un delito de receptación más agravado pero con vida propia e independiente del que podríamos denominar definidor del tipo genérico, requiriéndose, además, como requisito subjetivo para su comisión el de que el agente «ponga» el establecimiento o los establecimientos «al servicio» concreto del delito de receptación.

ARTICULO 8.4.ª LEGITIMA DEFENSA. LESIONES. NECESIDAD DEL MEDIO EMPLEADO. JUICIO EX ANTE

(STS de 23 de octubre de 1991. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater)

Unico. El único motivo de este recurso se fundamenta en al «falta de aplicación del art. 8.4.ª CP (requisito segundo)». Estima el recurrente que en las condiciones en las que se produjo el hecho (encuentro en su casa apartada con una persona extraña a las 22.30 horas) «mal puede pedirse al procesado (...) una capacidad de discernimiento rápido, pues los hechos ocurrieron rápidamente, para elegir el medio a emplear en la defensa». En este sentido agrega que «si por la propia Sala se nos dice que, por las circunstancias que concurren, no puede exigirse al procesado, conforme a los dictados de la razón, que se encuentre en condiciones de dirimir su actitud frente al que le ataca, no parece lógico que termine exigiendo precisamente esa capacidad de discernir su actitud que acaba de negarle».

Por otra parte, la Defensa del procesado cuestiona que el disparo de escopeta haya sido, en las circunstancias del hecho, un medio excesivo sólo por el autor, al haber podido contar con la ayuda de su cuñado, tenía a su disposición medios menos gravosos para neutralizar la agresión.

El recurso debe ser estimado.

La Audiencia sostuvo que el presente caso «el exceso en la defensa viene dado no sólo por el medio empleado, sino también por la posibilidad de impetrar la ayuda de su cuñado que le acompañaba, hombre de corpulencia, capaz de hacer frente a esa situación y atajarla de manera menos dolorosa que, como hizo el acusado, empleando un arma de fuego».

El punto de partida de la Audiencia es indudablemente correcto: la exigencia de necesidad de la acción de defensa determina que el art. 8.4.^ª del Código Penal sólo justifique aquellas reacciones defensivas que produzcan el menor de los daños posibles al agresor:

a) La primera crítica del recurrente a la Sentencia es, en este sentido, injustificada. En efecto, su representación procura combatir la decisión de la Audiencia respecto de la necesidad de la acción defensiva alegando que el procesado, por haber sido objeto de anteriores agresiones a su propiedad no estaba en condiciones de ponderar los medios y la necesidad en la forma exigida por el Tribunal *a quo*. *Pero si se acepta* que la acción de defensa era objetivamente innecesaria, pues cabían otras menos dañosas, la única posibilidad de excluir la punibilidad dependería de que se apreciara un error inevitable sobre la necesidad racional de la acción. Tal error, sin embargo, carece de toda base fáctica, pues en los hechos probados no consta que el procesado haya obrado sobre la base de una presentación errónea.

b) La segunda objeción del recurrente, por el contrario, debe prosperar. El Tribunal *a quo* no ha tenido en cuenta que el juicio sobre la necesidad racional del medio empleado para la defensa se debe establecer objetivamente *ex ante*, es decir, en el momento de la realización de la acción defensiva. La conclusión a la que llega la Audiencia, sin embargo, está determinada, indudablemente, por un juicio *ex post* referente a la necesidad, pues sólo una vez ocurrido el hecho se pudo comprobar que el intruso no estaba armado y que con la ayuda de la corpulencia del cuñado hubiera sido suficiente para repeler la agresión.

El juicio *ex ante* sobre la necesidad de la acción requiere que el Tribunal de los hechos adopte la perspectiva de un tercero razonable en el momento de la agresión y a partir de las circunstancias entonces conocidas y cognoscibles establezca cuál es la acción que aparece como apropiada y menos lesiva para lograr el cese inmediato de la agresión.

Como se lo ha subrayado en la doctrina más reciente en el momento de la acción se puede presentar aquí la *cuestión de la inseguridad de los efectos del medio defensivo*. En tales supuestos se trata, se señala, de una decisión respecto de si cabe emplear un medio más riguroso cuando el efecto del medio menos contundente aparece como inseguro y la utilización sucesiva de ambos medios no es posible sin riesgo para la defensa. Esta situación se da en los casos en los que la advertencia o la intervención más débil puede generar razonablemente un aumento de la agresión de parte del agresor difícil de repeler con los medios que quedan a disposición del agredido o que pueden generar un peligro todavía mayor para éste. En estos casos, el agredido no estará obligado a mantenerse dentro de los límites de la defensa más reducida si es de prever que, fracasada ésta, un segundo intento podría ser ineficaz o, directamente, imposible.

De acuerdo con estos principios, en el caso que ahora se juzga se debe admitir la concurrencia plena del segundo requisito establece en el art. 8, n.º 4 del Código Penal. Naturalmente —como se dijo— el procesado podría haber repelido la agresión expulsando al agresor de su morada a golpe de puños con la ayuda de su cuñado o, acaso, efectuando sólo un disparo de advertencia. En el momento de la defensa, sin embargo, este medio aparecía como sumamente inseguro, pues no *era posible saber si el agresor estaba armado y no era impensable, ni mucho menos, que lo estuviera*, dado que se proponía realizar una acción que —por los riesgos que implicaba— sugería como razonable tal posibilidad. Cualquiera de las otras alternativas defensivas a disposición del acusado implicaban asumir el peligro de una respuesta contundente de parte del agresor que —en las circunstancias del caso— cabía, por tanto, presumir armado. Despejar esta incógnita antes de borrar, por otra parte, hubiera implicado para el autor asumir otros peligros que, en verdad, no le eran exigibles, dado que es muy difícil prever la reacción

del agresor que se siente descubierto. En este marco la acción de disparar a las piernas de aquél resulta un medio necesario para conjurar el peligro representado por la agresión, dado que sin debilitar al agresor el autor podría haber quedado a merced de un riesgo para su persona.

En la vista del recurso la representación de la Acusación Particular alegó que la protección que dispensa a la vida el art. 2 CEDH excluye la legítima defensa de la propiedad cuando el primero de los bienes jurídicos se vea afectado por dicha defensa. Al respecto la Sala debe hacer las siguientes consideraciones. En la situación *ex ante* no cabía excluir que la agresión afectara también a otros bienes jurídicos, particularmente la integridad corporal y la vida del procesado. Pero, fuera de ello, lo cierto es que, en principio, el art. 2 CEDH establece básicamente una obligación del estado frente a los individuos, razón por la cual no cabe deducir las consecuencias postuladas por la Acusación Particular para la legítima defensa de las personas frente a agresiones de particulares. Ello no excluye, de todos modos, que la jurisprudencia y la doctrina haya admitido límites (llamados a veces límites éticos) al derecho de defensa, sobre todo en aquellos casos en los que existe una total desproporción entre el interés defendido y el afectado por la defensa. Pero en el presente caso no es necesario entrar en la discusión de la legitimidad de estos límites, previnientes del principio de proporcionalidad, porque la acción de defensa no ha afectado la vida del agresor.

ARTICULO 14. COAUTORIA POR OMISION. POSICION DE GARANTE. LESIONES

(STS de 31 de octubre de 1991. Pte. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez)

Se fundamenta el recurso en la falta de apreciación por el Tribunal de instancia de la conducta de dicha procesada como coautora por omisión del delito de lesiones del número 4.º y párrafo último del art. 420 del Código Penal y que fue causado materialmente por el otro procesado y cónyuge, Juan Romero Rodríguez, ya que conociendo que éste hacía objeto de malos tratos en forma persistente a su hija Alexandra de tres años de edad, «al menos desde aproximadamente un mes», toleró los mismos y no los evitó como era su obligación de madre.

El cauce procesal utilizado por el motivo obliga a un escrupuloso respeto a los hechos probados consignados en la Sentencia recurrida, pero en ellos se expresa: a) que «no se ha probado que la procesada Roser Ruano infiriese lesión o maltrato alguno a su hija, aunque sí con conocimiento de los que era objeto por parte de su marido no denunció tales hechos, antes de adquirir la gravedad que tuvieron»; b) que el esposo de Roser, tutor de la menor, a la sazón de tres años, Alejandra Romero Ruano, le hizo objeto de malos tratos de obra y causó lesiones a la misma, que al ser trasladada al centro hospitalario entre las 13.45 y las 14.00 horas del día 27 de octubre de 1987, donde quedó ingresada, se descubrieron diversas lesiones todas causadas por el citado procesado «el cual frecuentemente y al menos desde aproximadamente un mes antes de la fecha indicada había pegado a la menor en distintas partes de su cuerpo hasta producirle diversos hematomas y heridas en manos que ya habían sido apreciadas con anterioridad por sus abuelos maternos, con los cuales la menor pasaba alguna jornada y a los que mostraba su miedo de volver en compañía del procesado», y c) que en el centro hospitalario Germans Trias i Ripoll de Badalona se apreciaron a la menor diversas lesiones «la mayoría recientes con alguna aislada antigua... lesiones en ambas nalgas, una antigua y otra reciente».

Segundo. Que, con independencia de la actuación antijurídica del coprocesado condenado, que la Sala de instancia moteja de «clara vileza» en el primero de sus fun-

damentos jurídicos y que, por otra parte, ha sido sancionada por el citado órgano *a quo*, plantea el Ministerio Fiscal la responsabilidad de la procesada absuelta, fundamentándola en una participación delictiva por omisión.

La participación omisiva, tanto para las infracciones dolosas como para las culposas, viene siendo admitida por la doctrina científica, aunque no pacíficamente, e incluso aparece recogida en diversos Códigos penales extranjeros. La doctrina de esta Sala, ya desde antiguo, ha admitido la participación omisiva en una añeja Sentencia de 17 de febrero de 1877, referida a un delito de incendio, aunque otros fallos posteriores, como las de 19 de febrero de 1935 y 19 de octubre de 1943, lo negaron respectivamente para la complicidad y en la actitud pasiva de amiga. Sin embargo, la posterior de 30 de enero de 1945 declaró responsable al padre de una menor, en presencia del cual y con su conocimiento y tácito consentimiento, se concertó un tercero con su hija para realizar un delito de robo, no existiendo contradicción entre esta resolución y la precedente, porque en esta última existía un deber jurídico de obrar, nacido de la relación paterno filial y de la patria potestad que no se producía en relación con la amiga. Se vuelve a admitir en algunos casos, como el de la Sentencia de 24 de mayo de 1962, pero ya las más recientes de 10 de abril de 1981, 10 de diciembre de 1982, 28 de octubre de 1983 y 30 de octubre de 1984, admitieron tal participación y exigiendo para que se produjera la complicidad omisiva: a) un elemento objetivo constituido por la omisión siempre y cuando sea eficaz (no necesaria) en orden a la producción del resultado; b) un elemento subjetivo representado por el *animus adjuvandi*, y c) un elemento normativo que es el que acaba de dar todo su sentido a la omisión, integrado por la existencia, de un específico deber de actuar derivado de un precepto jurídico (Ley, contrato, etc.) o de una situación de peligro precedentemente creada por el omitente que le coloca en posición de garante (es decir que le obliga a garantizar que no se producirá el resultado). La Sentencia de 31 de enero de 1986 estimó la cooperación necesaria omisiva en dos delitos de violación cometidos por cada uno de los acompañantes, entendiendo que la pasividad ante las violaciones cometidos por sus dos compañeros y ante el estrangulamiento de la muchacha constituye una participación en comisión por omisión en dichos delitos y con la categoría de autor, en cuanto cooperador necesario por su causalidad para los mismos. Finalmente, la de 26 de junio de 1990, tras negar que nuestro Código Penal no contenga precepto que especifique la acción y la omisión como equivalentes, recoge que para entenderse cometido un delito de «comisión por omisión» es imprescindible que el sujeto inculcado tenga la cualidad de «garante» de la víctima, o lo que es lo mismo, esté obligado por circunstancias concretas a evitar la realización del hecho, circunstancias que pueden ser muy diferentes en cada supuesto, pero hay dos de evidente carácter definitorio: haber creado el peligro que desencadena la acción y haberse desarrollado en su propio domicilio.

Tercero. La conducta omisiva de la coprocesada absuelta reviste eficacia causal con el resultado producido, lesiones sufridas por su hija de tres años, de tal entidad que precisaron la hospitalización con sesenta días de duración y secuelas psíquicas, por no haber evitado e impedido el continuo maltrato realizado por su cónyuge sobre la menor, que de haber actuado hubiera evitado la producción de las más graves, cuyo enjuiciamiento determina este recurso del Ministerio Fiscal.

Se ha producido en la conducta de la procesada la ausencia de la acción esperada y exigible dentro de un comportamiento humano y socialmente relevante, habida cuenta que como madre de una menor de tres años a la sazón, aparecía como *garante* de la evitación del resultado. La fuente de este deber jurídico de actuación de garante, o sea del deber jurídico de obrar puede nacer de la Ley, del contrato de un actuar peligroso precedente. En el caso ahora enjuiciado, la responsabilidad por la omisión arranca de su carácter de madre de la niña de tres años, cuyos deberes positivos de protección y cuidado derivan no sólo de

la propia naturaleza fundada en el hecho biológico de la maternidad natural —deber moral— sino de su traducción en exigencias normativas —deber legal—. El Código Civil impone a los padres el velar por los hijos menores —artículo 154.1.º— y permite a los progenitores recabar incluso el auxilio de la autoridad, en su caso, para dicho cumplimiento. Por tal concepto debe entenderse el de cuidar solícitamente a los hijos evitándoles cualquier mal o perjuicio y entre ellos y como más graves, las posibles agresiones sexuales o maltratos que puedan sufrir por actuaciones desalmadas de terceros.

No cabe duda que la coprocesada, aunque no haya maltratado personalmente a su hija, no ha impedido dicho maltrato por parte de su esposo, y de haberlo realizado, bien denunciando los hechos, abandonando con su hija el domicilio, o de cualquier modo lícito y con virtualidad impeditiva de los golpes y heridas inferidas, no se hubiera producido el grave resultado. Existían según el *factum* diversas lesiones anteriores al momento en que se precisó el internamiento de la niña, porque desde hacía un mes el marido y coprocesado la golpeaba y producía hematomas que fueron incluso apreciados por sus abuelos maternos y del trato lesivo persistente que tenía aterrorizada a la menor respecto a su padrastro.

Tal actitud omisiva, cuando por su condición de madre se encontraba obligada a actuar, velando por la salud e integridad de la hija, de la que se hallaba constituida en garante por mandato legal, la constituye en coautora del delito de lesiones por el que fue procesada y acusada por el Ministerio Fiscal, en la categoría de cooperadora necesaria del núm. 3.º del art. 14 del Código Penal, porque con su intervención, con la actuación omisiva hubiera evitado el resultado lesivo para la menor.

El delito de lesiones del que es coautora por omisión la procesada, Roser Ruaño Viñas, es el mismo porque el fue acusado y condenado el otro coprocesado, el del número 4.º y párrafo último del art. 420 del Código Penal, sin que pueda plantearse cuestión por la sucesión de leyes penales. Los hechos se produjeron entre el 27 de septiembre y 27 de octubre de 1987 y fueron juzgados el 14 de abril de 1989, en que se absolvió a la procesada y se condenó a su marido. Después se ha producido la reforma del capítulo de las lesiones del Título VIII del Libro II del Código Penal, determinada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, pero en todo caso no es más favorable. El nuevo texto que castiga en todo caso estas lesiones con prisión menor cuya pena tendría que aplicarse con las agravaciones genéricas del art. 10, circunstancia 1.ª, y del art. 11 que obligaría a la imposición del grado máximo (art. 61.2), mientras que con el texto anterior, la pena sería de arresto mayor por tales lesiones, que por concurrir alguna de las circunstancias del art. 406 o contra alguna de las personas del art. 405 la pena sería de prisión menor con una sola agravante, pudiendo imponerse el grado medio.

ARTICULO 22. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA. DELITO DE IMPRUDENCIA. CESION HABITUAL DEL VEHICULO

(STS de 10 de octubre de 1991. Pte. Sr. Barbero Santos)

Unico. La acusación particular interpone recurso, por infracción de Ley, por un solo motivo, al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la LECrim., denunciándose la infracción del art. 22 del Código Penal ya que, de acuerdo con la jurisprudencia más reciente de esta Sala, ha de interpretarse este precepto de conformidad con la *realidad social* del tiempo en que ha de ser aplicado y, en consecuencia, ha de decretarse la responsabilidad civil subsidiaria de María Isabel G. P., hermana del procesado por ser la *propietaria del vehículo* que aquél conducía habitualmente.

El artículo 22 del Código Penal viene siendo interpretado por esta Sala en sentido cada vez más amplio y progresivo de forma que sin abocar en criterios propios de una

responsabilidad objetiva ha desplazado el centro de gravedad hacia la protección indemnizatoria del tercero perjudicado. Interpretación progresiva que se extiende a la determinación de los supuestos de dependencia, pudiendo pronunciarse tal responsabilidad en situaciones de transmisión o cesión de uso, de forma duradera o transitoria, remunerada o gratuita, expresa o tácita, estando inspirada esta doctrina en el principio *qui sentit commodum, incomodum debet sentire*, lo que lleva a que deba asumir el riesgo quien, a través de un tercero, aporta al tráfico un elemento patrimonial sobre el que conserva unas potenciales facultades de disposición o control.

En lo que al uso de vehículos de motor afecta las cesiones de los mismos no liberan al titular de una eventual responsabilidad civil subsidiaria en caso de siniestro, siempre que el propietario del vehículo lo ceda en régimen de utilización transitoria, por un tiempo mayor o menor, para su uso o disfrute, quedando establecida la relación de dependencia a través de un triple elemento: el pacto ocasional perfeccionado por el conductor, el dominio o libertad dispositiva del vehículo y el conocimiento de la misión que va a realizar (Sentencia 22 de mayo de 1989). Cuando aquél se cede *sin límite de tiempo o especificación de actividades*, existiendo una virtual renuncia abdicativa o abandono de dichas facultades, aunque se conserve la titularidad formal del vehículo *suele esta Sala excluir la responsabilidad civil subsidiaria del propietario* (Sentencia 16 de mayo de 1988). En la presente causa, empero, la autorización de la propietaria al procesado, su hermano, para conducir habitualmente el vehículo se verificó conociendo aquélla que éste carecía de la preceptiva licencia o permiso, con lo que evidentemente asumía el riesgo de la no probada capacidad para conducir de su hermano deriva.

ARTICULO 48. COMISO. IMPOSICION EXPRESA

(STS de 7 de noviembre de 1991. Pte. Sr. Ruiz Vochel)

No es posible construir una condena, aunque se trate del destino de los efectos ocupados, incluido el dinero, de una manera implícita o indirecta. El art. 48 del Código Penal regula el tema de la pérdida de los efectos que provienen de un delito o falta y dice cómo se debe proceder. El Tribunal omite este pronunciamiento y, en consecuencia, no ha lugar a mantenerlo ahora sobre la base de una especie de presunción. Tema tan importante, que puede significar mucho para los condenados, ha de resolverse primero motivadamente (aunque en este sentido cabe aceptar que la motivación existe) y después, llevándolo a la parte dispositiva, que es, en definitiva, la que puede ser fundamentalmente objeto de impugnación. Por ello la solución ha de ser puramente especulativa porque, si el Tribunal no decretó el comiso del dinero, el dinero no se decomisó y no es posible ahora hacer un pronunciamiento para aclarar el contenido del fallo de la Sentencia impugnada que no necesita aclaración, ya que ha de entenderse tal y como aparece reflejado literalmente. No habiéndose hecho pronunciamiento sobre el posible comiso, no hay comiso y procederá la correspondiente devolución del dinero en trámite de ejecución de sentencia.

ARTICULOS 93 Y 94. REMISION CONDICIONAL. REQUISITOS. ARRESTO SUSTITUTORIO

(STS de 16 de septiembre de 1991. Pte. Sr. García Ancos)

Primero. El único motivo de casación se interpone en base procesal del art. 849 LECrim. y con fundamento sustantivo en la no aplicación del art. 94 del Código Penal

al haber denegado el Tribunal de instancia al recurrente, por ministerio de la Ley, el beneficio de la condena condicional. En efecto, por A 23 de febrero de 1988 se acordó no conceder ese beneficio al ahora recurrente, resolución que, resolviendo el recurso de súplica, fue confirmada por A 28/1988 y ello por entender la Sala que no se cumplía el requisito que establece la regla 2.ª, art. 93 del Código Penal, ya que a la pena de 1 año de privación de libertad había de sumarse el arresto sustitutorio de la multa impuesta por el mismo delito.

Segundo. La figura o instituto de la condena condicional fue establecida en nuestro Derecho por la Ley 17 de marzo de 1908 y después, en lo esencial, incorporada al Código cuyo art. 92 vigente, además de hacer definición de ese beneficio (dejar en suspenso la ejecución de la pena), señala los dos posibles caminos a seguir para su otorgamiento, según cada supuesto enjuiciado: la libre apreciación de los Tribunales, pero siempre que se cumplan determinados requisitos, y la aplicación por ministerio de la Ley en Algunos supuestos; ambos vehículos de aplicación se concretan en los dos artículos siguientes, el 93 y 94, estableciendo el primero, como limitación al arbitrio judicial, el que se cumplan estos dos requisitos: que el reo haya delinquido por primera vez o haya sido rehabilitado de anteriores condenas, y que la pena consista en privación de libertad cuya duración no exceda de un año y esté impuesta como principal del delito o falta o como subsidiaria por insolvencia en caso de multa. En cuanto al art. 94, la aplicación surge *ope legis*, con requisitos diferenciados según se trate de delitos perseguibles de oficio o de delitos de naturaleza privada, indicándose, respecto a los primeros (son los únicos que en este recurso interesan), que el Tribunal aplicará la condena condicional «o en la Sentencia se aprecie el mayor número de los requisitos establecidos para declarar la exención de la responsabilidad con arreglo a este Código».

Esta norma (art. 94.1) plantea, quizá por su deficiente redacción, una serie de problemas que podemos resumir así: a) no es fácil de entender cuáles deban ser, tanto desde el punto de vista cuantitativo, como cualitativo, esos requisitos eximidores de la responsabilidad, aunque la doctrina desde antiguo (desde la Ley de 1908) ha interpretado que tales se dan cuando en la calificación jurídica de los hechos enjuiciados se aprecia la eximente incompleta de enajenación mental, primera del art. 9, como ocurre en el presente caso; b) otro problema, planteado por algún sector doctrinal, es el de si el artículo 94 tiene vida propia e independiente o si, por el contrario, ha de correlacionarse con el 93, o lo que es lo mismo, si basta con la existencia de ese requisito de la «aproximada» exención de responsabilidad, o es necesario también que se cumplan las condiciones de condena primaria y límite temporal de un año. Esta cuestión, sin embargo, y no obstante la falta de remisión concreta de un precepto a otro, creemos que también son aplicables esas condiciones, pues de lo contrario se llegaría al absurdo de que fuera cual fuese la cuantía de la pena impuesta se habría de conceder la remisión condicional, solución ésta que nunca pudo ser querida por el legislador, y c) sin embargo, la labor hermenéutica de la norma se complica precisamente al tratar de interpretar la temporalidad de la condena y cómo debe medirse cuando por un mismo delito se impone pena privativa de libertad y multa con arresto sustitutorio, y en concreto, si este arresto debe sumarse o no al tiempo de aquélla.

Tercero. Esta última cuestión es precisamente la que constituye la esencial problemática que se somete a debate en este recurso, respecto a la cual y siempre partiendo de la base de que la pena de multa impuesta lo fue con carácter principal y no con carácter accesorio como alega la parte recurrente, se ha de indicar lo que sigue: 1.º Desde una interpretación literalista hemos de fijarnos en que el precepto cuando habla de pena privativa de libertad y de pena subsidiaria de la multa, emplea un término disyuntivo y no conjuntivo, lo que demuestra que las está concretamente diferenciando a los efectos de la concesión del beneficio remisivo. 2.º Desde un punto de vista lógi-

co, aunque la multa y la privación de libertad sean penas conjuntas integradas en el mismo tipo delictivo, la realidad es que constituyen medios sancionadores absolutamente diferenciados, tanto por su propia naturaleza, como por su forma de cumplimiento, es decir, se trata de sanciones que podríamos denominar heterogéneas y de ahí que, desde un punto de vista aritmético, sea imposible que constituyan dos sumandos de una misma suma. Y esta acusada diferencia entre uno y otro tipo de penas se aprecia de manera muy definitiva en su forma de cumplimiento, pues el condenado a multa puede, mediante su pago, quedar exonerado en cualquier momento del cumplimiento del arresto sustitutorio aunque se hallase en prisión, de tal manera que si la causa de su privación de libertad hubiera sido la consecuencia de añadir al año de condena el arresto subsidiario, habría de aplicarse automáticamente la remisión condicional y puesto en libertad, trámite un tanto complicado desde el punto de vista procesal de ejecución de penas, si nos fijamos en que el legislador nunca pudo pretender reducir temporalmente la posibilidad del cumplimiento del arresto (pago de la multa) a la firmeza de la liquidación de condena efectuada por el Tribunal de instancia, y 3.º Consideramos, además, que desde un punto de vista constitucional, el último inciso núm. 2, art. 93, cuando habla de impago de la multa «por insolvencia», ataca frontalmente el principio de igualdad ante la Ley que proclama el art. 14 CE, pues, en definitiva, hace depender el posible ingreso en prisión de la diferente situación económica del sujeto afectado, y no ya en trámite de prisión preventiva, sino de cumplimiento de la pena, lo que en realidad supone resucitar (aunque sea en corta medida) la vieja idea de la «prisión por deudas», hoy día inaceptable en cualquier Estado de Derecho.

Frente a esta interpretación, entendemos que carece de virtualidad suficiente lo alegado por el MF en su escrito de impugnación del recurso cuando indica que la norma de que se trata «se está refiriendo implícitamente a aquellos supuestos en que la condena comprende una pena de privación de libertad y otra de multa, ya que de no seguirse tal criterio interpretativo sobraría el inciso que comentamos, dado que la privación de libertad subsidiaria nunca podrá exceder de seis meses». Decimos que esta interpretación es inadecuada porque nada impide a los Tribunales hacer remisión condicional cuando la pena sea inferior a un año, ya sean seis meses o menos, y así tenemos el ejemplo de las faltas cuya privación de libertad (obvio es decirlo) no puede exceder de un mes y sin embargo, está incluida en el precepto cuando también en el ap. 2.º, art. 93 habla de «delitos o faltas».

Cuarto. Por lo hasta aquí dicho, podemos concluir: 1.º) Que para la concesión por ministerio de la ley de la condena condicional es necesario que se cumplan las dos primeras reglas contenidas en el art. 93, es decir, que el reo haya delinquirido por primera vez, haya sido rehabilitado o pueda serlo y que la pena consista en privación de libertad, cuya duración no exceda de un año. 2.º) Que, sin embargo, no cabe sumar al tiempo de la pena privativa de libertad, el tiempo sustitutorio por impago de la pena de multa, aunque ambas hayan sido impuestas conjuntamente por proceder de un mismo delito.

Se deberá acceder, por tanto, al recurso entablado.

ARTICULOS 112 Y 113. PRESCRIPCIÓN DE DELITOS. PLURALIDAD DE TIPOS PENALES

(STS 6 de noviembre de 1991. Pte. Sr. Ruiz Vellido)

Primer. Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los arts. 112 y 113.3 en relación con los arts. 481 y 407 del Código Penal y 17.3 y 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Dice el Ministerio Fiscal que, dada la conexidad existente entre el delito de detención ilegal y el de homicidio, cuyo sujeto pasivo fue D. Eufemiano Fuentes, incurre la Sala de instancia en error *iuris* al aplicar al primero de los mismos, es decir, al delito de detención ilegal del art.481.4, los arts. 112 y 113.3 del Código Penal declarando prescrito el delito, dejando de penar el mismo al considerar extinguida la responsabilidad penal del procesado, autor del citado delito de detención ilegal.

Cuando se da una conducta humana, como manifestación que se exterioriza a través de un hecho o de varios hechos unidos por la abrazadera común, como es el caso que nos ocupa, con una evidente conexidad, no es posible en el momento de juzgar hacer una especie de disección de un comportamiento continuado y plural pero inspirado en una idea central y declarar, respecto de cada una de las acciones aisladamente consideradas, la prescripción por el transcurso del tiempo establecido en la Ley.

El instituto de la prescripción, de aplicación a todas las ramas jurídicas, tiene, sin embargo, en el Derecho Penal, una específica significación. La esencial nota que caracteriza a la prescripción en el Derecho Penal es que, cuando ha transcurrido el tiempo que marca la Ley en cada uno de los supuestos, el Estado decide renunciar al ejercicio del poder punitivo que ostenta, teniendo en cuenta que por esta sola circunstancia la razón de su persecución se debilita o extingue y los fines básicos de la pena resultan ya prácticamente inalcanzables.

Pero cuando a una persona se le imputan varias infracciones penales gravísimas: asesinato, detención ilegal, atentado, etc., no concurren ya las circunstancias que sirven de presupuesto a la prescripción. La sociedad no ha olvidado el comportamiento ni sus consecuencias, entendiendo todo como una unidad. Se trata, en definitiva, de un propósito único que se proyecta penalmente hacia varias direcciones y, por consiguiente, no procede aplicar la prescripción que la Sala de instancia utilizó, razonándolo de forma adecuada desde su punto de vista o la idea que presidía su realización.

Procede, pues, la estimación del motivo. La detención ilegal seguida de homicidio no puede separarse de éste. Hay una conexión natural, íntima, indestructible y, por tanto, mientras el delito principal no prescriba, no puede entenderse prescrito el delito que podemos llamar, a estos efectos, subordinado (cfr. art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

ARTICULO 174 BIS B). TERRORISMO. DOCTRINA GENERAL. PROBLEMATICA CONCURSAL

(STS de 25 de octubre de 1991. Pte. Sr. de Vega Ruiz)

Tercero. El tercer motivo plantea el contenido y requisitos del delito terrorista en virtud del cual se condena a quien, integrado en banda armada o similares, realizare cualquier hecho delictivo que contribuya a la actividad de aquélla, a través de los medios y formas que el precepto señala.

Es el antiguo delito de terrorismo que se contempla en el art. 8.1, derogado, de la Ley Orgánica 9/84. La infracción, como se desprende de lo expuesto, requiere no sólo esa pertenencia a la banda armada, organización terrorista o rebelde («en colaboración con sus objetivos y fines»), sino también la realización de un hecho delictivo, que el recurrente pone en entredicho para negar la existencia de la infracción porque, dice, al no haber referencia alguna a otro precepto del Código, la acusación ha quedado en incompleta.

Nada más lejos de la realidad. Lo que el Código exige es que el sujeto activo ejecute algún delito a medio de un tipo penal autónomo que viene cualificado por la pertenencia dicha y por los medios que para ejecutar ese delito se empleen.

Del relato fáctico, de obligado acatamiento, se desprenden los distintos requisitos del hecho enjuiciado. Pero el precepto no exige que necesariamente se haya de hacer referencia a otro artículo concreto del texto penal. En el supuesto de ahora se manifiesta la conducta de quien, integrado en una banda terrorista, colocó y provocó la explosión de un artefacto, previamente por él preparado, con lo que produjo importantes daños.

Es claro que de esa manera se contribuyó, como se pretendía, a la actividad y a la finalidad ilícita, buscando la espectacularidad, la alarma y en cierta medida hasta la subversión social y ciudadana, dentro de los parámetros absurdos entre los que ese terrorismo se desenvuelve queriendo remover un país contra quinientos años de historia consolidada.

Nos encontramos, en suma, a presencia de una figura delictiva nacida *ex novo* a virtud de la Ley Orgánica 3/88, de 25 de mayo, en la idea de legislador de ir puliendo la penalidad y el castigo de unas infracciones por las que se ataca, conjuntamente, al Estado y a la ciudadanía. Más que en ningún otro supuesto, se trata de encontrar el equilibrio más justo entre la obligación de repudiar tan elementales conductas, de un lado, y el respeto a los derechos libres de un Estado democrático y de derecho, de otro.

La *idea concursual viene rechazada por el Legislador*. Por eso, sea cual fuere el resultado producido con la acción, se considera consumado el tipo penal sin mención ni referencia alguna a los delitos que tales resultados pudieran integrar, a menos que por razón de las infracciones concretas cometidas, consecuencia del resultado, correspondiera pena mayor, en cuyo caso quedaría absuelto el delito del art. 174 bis b). Esto constituye a tal precepto en infracción penal de alternancia, porque existirá o no, autónomamente, según las consecuencias jurídico-penales del resultado originado.

ARTICULO 236. ATENTADO. SUJETO PASIVO. VIGILANTE JURADO

(STS de 25 de octubre de 1991. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater)

Unico. El único motivo del presente recurso se fundamenta en la vulneración del art. 25.1 CE. Sostiene el recurrente que la atribución de los vigilantes jurados en el artículo 18 D 10 de marzo de 1978 del carácter de «autenticidad» (*sic*), en el sentido del artículo 236 del Código Penal, es inconstitucional, dado que carece de la jerarquía normativa requerida para el complemento de una ley penal en blanco.

El representante del MF, si bien ha impugnado en la vista formalmente el motivo único del recurso, ha expuesto, en cumplimiento de lo ordenado por el Excmo. Sr. Fiscal General del Estado, las razones que, sin embargo, entiende cabe alegar en favor de la tesis del recurrente.

El motivo debe ser estimado:

a) El principio de reserva de ley en materia penal se deriva en forma pacífica del art. 25.1 CE. Tanto la jurisprudencia del TS como la del TC han considerado que este principio es compatible con la técnica legislativa de las leyes penales en blanco, lo que permite que una disposición penal sea completada por una norma de diversa jerarquía. Sin embargo, cuando la norma complementadora no tenga jerarquía de ley, será preciso que la autoridad que la haya dictado esté autorizada a hacerlo por ley en sentido formal. La CE ha reservado al Parlamento el acordar a la Administración por medio de leyes la autorización para adoptar tales medidas. En este sentido el TC sostuvo en la STC 83/1984 «la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias», pero excluyó «que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley». Asimismo en la STC 3/1988 afirmó que «el

artículo 25.1 determina necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, pero no excluye que esa norma contenga remisiones a normas reglamentarias, siempre que en aquélla queden suficientemente determinados los elementos de la conducta antijurídica (de tal manera que sólo sean infracciones las acciones u omisiones subsumibles en la norma con rango de ley) y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer».

De acuerdo con esta jurisprudencia la ley del Parlamento debe establecer con suficiente determinación el contenido, el fin y la intensidad de la intervención de la Administración en los derechos fundamentales, razón por la cual aquél debe haber tomado en una ley la decisión esencial sobre la intervención, sin delegar este aspecto en la Administración. La doctrina constitucional moderna ha delineado el cuadro de estas exigencias en la llamada «teoría de la esencialidad».

b) La STS 29 de octubre de 1979 sostuvo ya que «sujeto pasivo de esta infracción (arts. 231 y ss. CP) lo puede ser la Autoridad, entendiéndose por tal las personas a que se refieren los dos primeros párrafos del art. 119 CP —los funcionarios públicos—, cuyo concepto se encuentra en el párr. 3.º del precepto que se acaba de citar, o los agentes de la autoridad (...)», deduciendo de ello que «si los vigilantes se hallaban al servicio de una entidad privada (...) no puede afirmarse ni reconocérseles la condición de agente de la autoridad». En este mismo sentido esta Sala debe precisar que el art. 18 D 10 de marzo de 1978, que acuerda a los Vigilantes Jurados de Seguridad el carácter de autoridad, importa más que el complemento de una ley penal en blanco como lo sostiene el recurrente, una extensión del concepto de autoridad pública establecido en el art. 119 del Código Penal. No obstante ello, los principios que orientan la citada jurisprudencia sobre la reserva de ley son aquí de aplicación directa al caso del personal de seguridad privado. En efecto, una extensión del concepto de autoridad en la forma prevista por el citado decreto importa no sólo una redefinición del concepto legal del art. 119 del Código Penal de autoridad, sino, además, una ampliación de punibilidad de los delitos previstos en el Código Penal para la protección de los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones.

Las razones que limitan el poder reglamentaria de la Administración mediante la reserva de ley, deducido del art. 25.1 CE, impiden en general —como se dijo— que aquélla adopte medidas que, en lo esencial, no hayan sido decididas por el Parlamento. Este podría decidir una extensión de la protección penal a personal de seguridad privado, pero si no lo ha hecho ello no puede ser suplido por la simple actividad reglamentaria de la Administración.

El D 10 de marzo de 1978 es anterior a la CE, y, por tanto, anterior también a los arts. 25.1 y 81.1 de la misma. Sin embargo, la exigencia de Ley Penal previa estaba ya establecida en el art. 1 del Código Penal en la época de la sanción de aquel Decreto. Por tanto, la extensión de la punibilidad establecida en la Ley Penal mediante un decreto tampoco se ajustaba a las exigencias del sistema institucional del tiempo en el que se la dictó. Por estas razones, si bien la TC S 11/1981 establece que «no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materia y situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el Derecho anterior», es indudable que tal precedente no resulta aplicable al presente caso, pues el decreto tampoco era fuente legítima del Derecho Penal en marzo de 1978 para disponer una ampliación del contenido del art. 119 del Código Penal.

c) Todo esto no significa que el art. 18 D de 10 de marzo de 1978 sea en sí mismo inconstitucional. Pero su validez en el marco del Derecho administrativo y privado —que no está en discusión— aquí no puede ser materia de pronunciamiento en esta jurisdicción.

ARTICULO 246. DESORDENES PUBLICOS. FINALIDAD. MOTIVACION. DIFERENCIAS

(STS de 28 de octubre de 1991. Pte. Sr. Carrero Ramos)

Primero. El único motivo del recurso se ha encauzado por el art. 849, núm. 1.º de la Ley de enjuiciamiento Criminal, alegando la aplicación indebida del art. 246 del Código Penal. El argumento de su desarrollo se concreta a negar la concurrencia de un elemento del delito tipificado en dicho precepto, el subjetivo o tendencial de pretender alterar la paz pública. Se basa en que el propósito de los autores era sólo el de protestar contra la política agraria del Gobierno.

Este delito es, en efecto, uno de los llamados de tendencia interna trascendente; exige como elementos: a) conducta colectiva o grupal; b) actos que alteren el orden, entre ellos concretamente (y ha sido el realizado en el caso de que aquí se trata), obstaculizando las vías públicas; c) un resultado de perturbación de servicios públicos o convivencia ciudadana, y d) actuar con el fin de atentar contra la paz pública. Es tan notorio que los tres primeros concurren en los hechos que sólo el último es el que se cuestiona en el recurso.

Como quiera que las intenciones pertenecen a la esfera interna de las personas hay que inferirlas con criterios lógicos y de experiencia de la conducta exteriorizada. No pueden ser decisivas al efecto sólo las manifestaciones de los interesados, cuya sinceridad tiene que evaluarse poniéndolas en contraste con sus realizaciones prácticas. Por último, cabe distinguir entre causas o motivos de esas actuaciones y los fines reales del comportamiento, así como entre fines inmediatos y mediatos o remotos.

Segundo. Pues bien, lo que hicieron los recurrentes, al frente de un grupo en el que destacó su rol dirigente, activo, fue cortar absolutamente con obstáculos inamovibles atravesados el tráfico de una carretera nacional y otra comarcal en ambos sentidos y en toda su anchura durante una hora por la mañana, repitiéndolo por la tarde durante más de dos horas, llegando a formar la cola de los vehículos bloqueados un kilómetro de longitud, impidiendo el paso a toda clase de vehículos incluso a un camión cargado con explosivos, pese a haber sido informados expresamente de su presencia y del peligro que podía representar su presencia prolongada en ese atasco por ellos promovido, llegando uno de ellos, Pedro Antonio Alonso a empujar al Sargento de la Guardia Civil que intentaba convencerle para dejarle pasar, y otro, Angel Vicente, arengó con megáfono al grupo para que no se replegaran a los requerimientos de la Fuerza Pública. Al día siguiente se repitió el bloqueo por espacios sucesivos de media hora.

Por otra parte, es obvio que todo ello se hacía en un cruce de caminos alejado de todo centro oficial donde hubiera sido lo lógico hacer patente protestas o presentación de reivindicaciones y, por supuesto sin la comunicación previa que exige la Constitución vigente en su art. 21.2, infringiendo lo dispuesto en el art. 8.º de la Ley Orgánica 9/1983 de 15 de julio, ya que se trataba obviamente de vía de tránsito público, cuyo derecho de muchos usuarios fue arbitrariamente impedido.

En nuestro sistema democrático hay cauces sobrados para canalizar las reivindicaciones y protestas sin recurrir a la perturbación violenta, interrumpiendo como se hizo la libre circulación por el territorio nacional (derecho también garantizado por la Constitución, art. 19). Doctrina mantenida por Sentencias de esta Sala de 16-6, 5 y 87-7-84, 6-3-86, 17-9-86, 25-2-87, 24-10-87, 3-5 y 26-10-89, entre otras.

De modo que es notorio que se trató deliberada y organizada de perturbar grave, prolongada y reiteradamente la normalidad de la vida nacional en sus comunicaciones y así la paz pública.

El fin alegado de protesta política no exigía este medio atentatorio contra el orden público, y así concurrió como fin inmediato el propósito perturbador sin que el remoto

de exteriorizar la protesta fuera incompatible con el respeto a la vida ciudadana de la comunidad. Dolo inmediato, al menos de consecuencia necesaria.

Por ello, la inferencia o juicio de valor del Tribunal de instancia se ajustó a criterios razonables de sana lógica y concurrió el elemento subjetivo tendencial que justificó la aplicación del art. 246, en unión de los demás objetivos antes enumerados. La Sentencia se ajustó a Derecho en base a los hechos probados aquí intangibles.

Por lo que no procede estimar el recurso.

ARTICULO 303. DOCUMENTO OFICIAL POR INCORPORACION. NUEVA JURISPRUDENCIA. EXCEPCIONES

(STS de 28 de noviembre de 1991. Pte. Sr. Ruiz Vadillo)

Segundo. El problema que plantea este interesante recurso del Ministerio Fiscal, es el de si el art. 303 incluye, no sólo a los documentos públicos y oficiales, sino también a los privados si se incorporan a actuaciones judiciales y administrativas, bien por haber sido creados con ese propósito, o bien por su utilización posterior con ese fin.

El Ministerio Fiscal estima que las instancias, solicitudes o impresos, cuyos espacios vacíos han sido rellenos por un particular, no son documentos oficiales *per se* pero si tienen como finalidad iniciar un expediente administrativo o determinar una resolución o acto de esta índole, adquieren el rango de documentos oficiales por destino, todo ello, se dice, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de esta Sala que cita.

El hecho probado describe con toda precisión el comportamiento: el procesado pretendía importar varias partidas de vacas frisonas con destino a la reproducción, procedentes de la República Federal de Alemania y, siendo necesario para conseguirlo que los solicitantes fueran ganaderos, firmó solicitudes para presentar en la Consellería de Agricultura de Lugo a nombre de diversos ganaderos que reunían las cualidades exigidas, sin conocimiento ni autorización de los mismos, imitando sus firmas, procediendo por el cual importó reses vacunas que después vendió a personas en gran parte no identificadas, sin que esté demostrado que se haya causado perjuicio a ninguna de las personas cuyas firmas se fingieron ni al Estado mismo.

La doctrina de esta Sala, en Sentencia de 11 de octubre de 1990, se separó del criterio tradicionalmente mantenido en el sentido de dotar de naturaleza documental oficial a los documentos privados que se incorporaban a un proceso o expediente administrativo (veáanse Sentencias de 9 de febrero y 16 de marzo de 1990). En este sentido, la doctrina científica y la jurisprudencial no marchan acordes, tampoco la *jufisprudencia* es incondicionadamente uniforme.

El supuesto que aquí se contempla es especial porque el documento, cuando es creado por el procesado, en el que se fingen las firmas de los solicitantes, es requisito *sine qua non* para que la Administración se ponga en marcha y no es indiferente a los intereses generales quiénes hayan de ser los destinatarios de la importación, en razón, por ejemplo, a la verificación de controles cuando sea necesario llevarlos a cabo. En este sentido existen unos intereses difusos: de la Comunidad Europea, del Estado, del sector ganadero en general.

Así pues, se trata de una falsedad documental, de un mudamiento de verdad para engañar a la Administración y obtener de ella un beneficio que, sin el engaño, no hubiera conseguido, de tal manera que el hecho ofrece una cierta analogía con el artículo 350 del Código Penal respecto a la obtención de subvenciones o desgravaciones públicas, lo que se dice a los solos y únicos efectos de descubrir el bien jurídico protegido y no a la utilización del precepto citado.

ARTICULOS 303 Y 306. DOCUMENTO PRIVADO. INOPERANCIA DEL DESTINO ULTERIOR

(STS de 21 de noviembre de 1991. Pte. Sr. Díaz Palos)

El primero de tales temas se argumenta así: los documentos presentados al Banco como relación de bienes para obtener el préstamo o crédito bancario que el procesado pretendía y que, en efecto, obtuvo no pueden considerarse como documentos mercantiles sino privados. Como éstos exigen perjuicio de tercero o ánimo de causarlo, es así que no llegó a causar tal perjuicio por haber devuelto el procesado el importe del préstamo a su vencimiento, luego no existe el pretendido delito de falsedad documental.

La premisa inicial del silogismo de que parte el razonamiento puede decirse que es jurídicamente correcta.

En efecto, a partir de las Sentencias 11 y 25 de octubre de 1990, se ha corregido una larga trayectoria jurisprudencial que estimaba que la incorporación de documentos inicialmente privados a procedimientos judiciales o a expedientes administrativos se convertían, por destino, en oficiales o públicos, lo que se predicaba también de la conversión de documentos privados en mercantiles por la misma razón de su destino mercantil (Sentencia 7 de octubre de 1987).

La razón de este giro jurisprudencial es, en síntesis, que la falsedad se comete en el documento privado y no en aquel al que se incorpora a la causa, tal como se desprende de la ficción de los arts. 303 y 306 del Código Penal, de modo que la falsificación en documento privado se consuma y agota con la conducta falsaria descrita en el art. 302, y los efectos que puedan provocar en documentos de otra índole (públicos, oficiales o de comercio) no tienen ya poderío para transmutar lo que en verdad se falsificó. La prueba, además de la preposición locativa «en», es el reenvío que hace el propio artículo 306 a los modos falsarios del art. 302, lo que indica la plena autonomía de la falsedad en documento privado, de suerte que los modos de comisión son comunes a las tres especies de falsedad documental, pero sin que tal nota común haga perder a cada una su propia naturaleza.

Ahora bien, en lo que no acierta el recurrente es en que aceptando como acepta que cometió falsificación en documento privado, lo hiciera sin perjuicio de tercero: la póliza intervenida por Corredor de comercio en que plasmó el crédito bancario concedido como consecuencia de los documentos (privados) que presentó el procesado para apañar una solvencia que no tenía, contiene la cláusula 7.^a que permite al Banco «comprobar la existencia de los bienes figurados en el inventario» presentado por el solicitante del crédito, de modo que la inexactitud de los mismos se considera como incumplimiento del contrato, y que existe el «vencimiento anticipado» previsto en la cláusula 8.^a

Así ocurrió en el caso de autos en que, no obstante otorgarse la póliza en 6 de junio de 1986 con vencimiento al 6 de diciembre de 1986, se denuncian los hechos el 14 de junio de 1986, es decir, ocho días después de otorgarse el préstamo. En consecuencia, el deseo del procesado de hacerse con dinero bancario utilizando documentos privados falsos era *per se ipsa* el modo de obtener un lucro ilícito. El hecho de que en el curso del procesamiento el Banco, en fecha 26 de diciembre de 1986, después, por tanto, del vencimiento (o en todo caso con vencimiento anticipado por la razón ya expuesta), se dé por indemnizado es posterior a la consumación jurídica del delito y sólo afecta a la fase económica de su agotamiento según doctrina conocidísima de esta Sala.

El motivo, en esta primera parte del mismo, debe ser aceptado en el sentido de que la falsificación documental cometida por el recurrente es de documentos privados y no mercantiles, con la consecuencia punitiva que esto lleva consigo (supresión de la multa conjunta).

ARTICULO 338 BIS. DIMISION DEL DEBER DE IMPEDIR DETERMINADOS DELITOS. ELEMENTOS

(STS de 8 de octubre de 1991. Pte. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez)

Segundo. Con antecedentes en el art. 122 de nuestro primer Código Penal, de 1822, que no pasó a los textos posteriores, fue introducido por la Ley de 17 de julio de 1951 en el Título IV del Libro II, como un quinto y último Capítulo, en el Código Penal de 1944, añadiendo, más tarde, la Ley 82/1978, de 28 de diciembre, una segunda figura omisiva referida a la ausencia de denuncia, manteniéndose después inalterable su redacción hasta la fecha, salvo la determinación de las cuantías de las multas operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio. La inserción de dicha infracción dentro de los delitos contra la Administración de Justicia motivó críticas, entendiendo que las funciones de la Justicia son meramente represivas, pero no preventivas, correspondiendo estas últimas a la Policía, como se deduce del art. 11 f) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Fuera del problema de su ubicación sistemática en el Código Penal, su similitud con el delito tipificado en el art. 489 bis resulta evidente, respondiendo ambas figuras a la humanización del Derecho punitivo y el robustecimiento del sentimiento de solidaridad entre las personas, ya que la finalidad perseguida por el legislador con la creación de este tipo del art. 338 bis es la tutela de la solidaridad humana.

Como ha señalado la Sentencia de esta Sala de 19 de diciembre de 1985 es indispensable que se esté cometiendo o se vaya a cometer inmediatamente un delito contra la vida, la integridad corporal, la honestidad o la libertad y seguridad, y que el agente, pudiendo impedirlo con su intervención inmediata, y sin riesgo propio o ajeno, se abstenga de hacerlo. La de 29 de septiembre de 1989 añade que se centra la estructura objetiva del tipo en la abstención de impedir —mediante una intervención inmediata— un delito de los que señala el precepto que está cometiéndose o va a cometerse, es decir —precisando más—, que se tenga la certeza o creencia seria de que el delito va a ejecutarse, y el dolo exige —en orden al tipo subjetivo— el conocimiento de que el sujeto está siendo objeto o lo va a ser de uno de los delitos a que se refiere la Ley, unido a la conciencia de la propia posibilidad de impedirlo mediante una intervención inmediata que no reporte riesgo alguno para su persona.

Con el respeto que merece el *factum* de la Sentencia de instancia cuando el motivo utiliza esta vía casacional del núm. 1.º del art. 849 de la Ley Procesal Penal, el mismo nos describe una serie de datos que deben valorarse por este Tribunal para determinar si la conducta del acusado es o no subsumible en el artículo 338 bis, párrafo primero. Los hechos probados en un orden cronológico y sucesivo destacan los siguientes datos: a) Sobre las tres horas de la madrugada del 19 de septiembre de 1985 se encontraba en una discoteca de Zaratán, Jesús Heriberto Parrado Moral, acusado en esta causa, y un amigo suyo, Andrés Plaza Muncio, quienes trabaron conversación con Raquel de la Fuente Carrión, a quien se comprometieron a trasladar a Valladolid. b) Aunque ambos amigos tenían a su disposición en tal momento un vehículo, montaron los tres en el coche del acusado que lo conducía y por indicación de su amigo, en lugar de dirigirse a Valladolid tomaron dirección a Wamba. Advertido por Raquel pidió a ambos que regresaran a Valladolid y así lo hizo el acusado, realizando una maniobra de cambio de sentido de la marcha que provocó la caída del coche en una cuneta de donde fue sacado con ayuda de otras personas. c) A continuación se dirigieron los tres, conduciendo el acusado y ocupando Raquel el asiento trasero del vehículo en compañía de Andrés, hacia Zaratán y en el curso del viaje Andrés golpeó en la cara a la mujer. d) Llegados a tal localidad y tras pegar nuevamente Andrés a Raquel, ésta se montó en el coche de

Andrés poniéndose en marcha nuevamente hacia Wamba, siguiéndoles en su coche el acusado. e) A la vista que tomaban los acontecimientos, Raquel, aprovechando un momento en que el coche de Andrés circulaba más despacio, abrió la puerta delantera derecha del vehículo y se tiró en marcha del mismo f) En cuyo momento el acusado que seguía a la pareja se bajó del coche, lo que también hizo Andrés y la obligó a montarse nuevamente en su coche indicando a Jesús Heriberto que se marchara, lo que éste hizo, y g) Posteriormente Andrés realizó el acto carnal con Raquel, siendo condenado por Sentencia firme de la Audiencia de Valladolid por tales hechos como autor de un delito de violación.

Pues bien, de tales datos fácticos en la pureza prístina con que aparecen en el ordinal de hechos probados, se desprende con una claridad patente una continua y constante anulación de la voluntad de la mujer, primero dirigiéndose en dirección distinta de la acordada y a la que se habían comprometido ambos amigos. En el nuevo viaje hacia el punto de origen la conducta de Andrés se torna violenta al golpear en la cara a Raquel y al llegar a la localidad vuelve a hacerlo. No podía ignorar el acusado la persistente conducta de su amigo, volviendo a quebrantar la voluntad de la mujer y llevándola en dirección contraria a su destino acordado, ni su voluntario lanzamiento del vehículo en que viajaba, al punto que detuvo su vehículo.

Al aceptar la indicación de su amigo de que se marchara, tras obligar a Raquel a montarse en su vehículo, no podía desconocer las intenciones, patentizadas en una persistente actuación coactora sobre la mujer de forma constante. Ya se había producido un ataque violento contra la seguridad de las personas, tuviera o no finalidad sexual ulterior, por parte del amigo del acusado, pues, en definitiva, los delitos que el precepto ordena evitar son los que causan graves daños a la seguridad de las personas, esto es, aquellas infracciones que originan un peligro para la vida, la integridad o la libertad.

La realización de la conducta descrita en el precepto no exige que el riesgo hubierta desembocado ya en la efectiva producción del delito, ni tampoco se precisa que coincida la infracción a la que va referida dicha situación de peligro con el delito realmente ocasionado, toda vez que el juicio de probabilidad definidor del riesgo, puede tener como objeto una infracción diferente a la realmente producida.

La omisión de intervención ante un delito, unido a la voluntad de cooperar, si va acompañada de la posición de garante, surgida de una actuación del sujeto creadora de riesgo o de otra causa —posición que implica el deber específico de impedir que se produzca el resultado dañoso— es distinta del mero deber genérico de actuación en solidaridad frente a los delitos que enumera el art. 338 bis, párrafo primero, como ha recogido una doctrina que enumera el art. 338 bis, párrafo primero, como ha recogido una doctrina de esta Sala de la que son exponente las Sentencias de 10 de abril de 1981, 10 de febrero de 1982, 28 de octubre de 1983 y, sobre todo, al de 31 de enero de 1986.

El acusado no estaba en la posición de garante, ambos jóvenes, amigos, trabaron conversación con la mujer en la discoteca y ambos se comprometieron a su traslado a Valladolid. No pesaba sobre el acusado deberes de custodia nacidos de parentesco, relación de amistad precedente a otra causa.

Pero sí concurren todos los elementos que exige el tipo delictivo del delito del artículo 338 bis, párrafo primero, del Código Penal, la infracción del deber jurídico de impedir la ejecución de un delito que sabía concretamente que con toda probabilidad iba a cometerse, pero respecto al cual no le afectaban especiales deberes de cuidado o vigilancia, como recogen las Sentencias de esta Sala de 27 de diciembre de 1954, 14 de marzo de 1961 y 15 de julio de 1983.

El acusado contaba con la posibilidad personal con su inmediata intervención de impedir el delito. El relato fáctico nos dice que era amigo del que más tarde consumaría

la violación, tenía un vehículo a su disposición para poder trasladar a la mujer a cualquier sitio donde estuviera amparada, evitando así el delito.

El motivo debe ser estimado.

ARTICULO 349. DELITO CONTRA LA HACIENDA PUBLICA. ACTAS DE INSPECCION

(STS de 23 de diciembre de 1991. Pte. Sr. Puerta Luis)

Primer. El único motivo de casación formulado por el Abogado del Estado, al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de enjuiciamiento Criminal, denuncia «violación del artículo 349 del Código Penal y la Doctrina... recogida, entre otras, en Sentencias de 12 de febrero, 12 de marzo de 1986 y 2 de marzo de 1988».

Afirma la parte recurrente que «... aun aceptando como ciertos los hechos que se declaran probados, la conducta del inculcado es constitutiva del delito contra la Hacienda Pública, previsto y sancionado en el artículo 349 del Código Penal, al concurrir tanto el requisito objetivo como el subjetivo integrantes de esa figura delictiva». «El ánimo defraudatorio es factible por la simple omisión del sujeto tributario sin la concurrencia de artificio o mecanismo engañoso...». «Queda claro, pues, que la omisión cometida por el inculcado..., constituye, por sí mismo, el dolo necesario para la producción del delito contra la Hacienda Pública...» «Igualmente, concurre el elemento objetivo, es decir, la elusión del Impuesto en cuantía superior a 5.000.000 de pesetas...»; afirmando, a este respecto, que «... resultando de las actas y diligencias extendidas por la Inspección que el importe total de la facturación realizada por el contribuyente durante el año 1985, alcanzó a 135.351.741 pesetas, es evidente que la cuota tributaria excede de los 5.000.000 de pesetas, aun cuando el tipo aplicable fuere el de 4,5 por 100, tal como se afirma en la Sentencia que se recurre, que excluye del tipo de tributación, a efectos penales, el 1 por 100 del recargo provincial».

La argumentación de la parte recurrente implica, de modo patente, una falta de respeto al relato de hechos probados de la Sentencia recurrida, que debe ser intangible, dado el cauce procesal elegido (vid. art. 884.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Ello puede ser causa de inadmisión del recurso y, en este trámite, debe serlo de desestimación.

En efecto, el Tribunal de instancia fundamenta su tesis absolutoria en base a las siguientes consideraciones:

1.º «De cuanto figura en el expediente (administrativo abierto al inculcado Rufino J.) el Tribunal no halla dato alguno que permita constatar la certeza de las cantidades que se señalan como "sujetas y no exentas al IGE" y que suman 135.351.741 pesetas.» Por tanto, la cuantía de la base imponible que debe tenerse en cuenta para determinar la cuota tributaria defraudada es la de 110.221.015 pesetas, de la que obra en la causa el correspondiente elemento probatorio consistente en la declaración anual de ingresos y gastos, presentada por P., el 31 de marzo de 1986, en aplicación del Real Decreto 1913/78 (vid. F. J. 1.º de la Sentencia recurrida).

2.º El tipo impositivo aplicable, a efectos del ITE, debe ser el 4 por 100, o, a lo sumo, el 4,5 por 100; sin tener en cuenta, por tanto, el 1 por 100 del recargo provincial, que únicamente habrá de tenerse en cuenta para la determinación del importe íntegro de la deuda tributaria, pero no para la determinación de la cuota correspondiente al impuesto de ITE (vid. F. J. 1.º de la Sentencia recurrida).

El Abogado del Estado no discute realmente la cuestión de tipo aplicable, pero estima que la base imponible a tener en cuenta debe ser la figurada en el acta de la ins-

pección —135.351.741 pesetas—, de conformidad con lo dispuesto en el art. 145.3 de la Ley General Tributaria, según el cual: «Las actas y diligencias extendidas por la Inspección de los Tributos tienen naturaleza de documentos públicos y hacen prueba de los hechos que motiven su formalización, salvo que se acredite lo contrario.»

Segundo. Centrada en el último extremo la cuestión debatida en este motivo, es preciso tener en cuenta que, como declaró el *Tribunal Constitucional* (en Sentencia del Pleno, n.º 76/1990, de 26 de abril), al examinar la eficacia que a las actas y diligencias de la Inspección haya de darse, según el citado artículo de la Ley General Tributaria, en el orden penal, en atención a la presunción constitucional de inocencia, a la luz de la doctrina constitucional sobre este derecho, «no es admisible que el proceso penal pueda resultar condicionado por una presunción previa derivada del procedimiento administrativo de inspección y comprobación de la situación tributaria del contribuyente, pues ello significaría que la documentación de la Inspección tendría a efectos penales un valor de certeza de los hechos que en la misma se hacen constar, viniendo obligado el pretendido infractor a destruir aquella certeza mediante la prueba en contrario de su inocencia. Tal interpretación del artículo 145.3 de la LGT, sería inconstitucional... Mas no es ésta la única exégesis posible del citado precepto, ya que el acta de la Inspección contiene la constatación de unos hechos de los cuales se infiere un *notitia criminis* suficiente para la apertura de un proceso penal, dentro del cual y en la fase del juicio oral tendrá el valor probatorio como prueba documental que el juez penal libremente aprecie, con respecto a todos los derechos reconocidos por el art. 24 de la Constitución Española...».

A la vista de lo dicho, es patente la falta de fundamento del motivo examinado. El Tribunal de instancia, por tanto, ha centrado adecuadamente el tema del valor de las actas de la Inspección Tributaria, y, dentro del ámbito de su competencia, ha valorado su alcance probatorio, en forma que, dado el cauce procesal examinado, no puede ser discutida en el trámite casacional.

ARTICULO 364.2.º INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE DOCUMENTOS. DAÑO. CONCEPTO

(STS de 28 de octubre de 1991. Pte. Sr. García Miguel)

Unico. El único motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal se formula al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y mediante él se denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 364.2.º del Código Penal por falta de aplicación y el motivo debe ser estimado, dado que, al ser una cuestión indiscutida que en el registro practicado en el domicilio del procesado fueron hallados la multitud de documentos que se reseñan en el relato fáctico de la Sentencia y que, entre ellos se encontraban los comprendidos bajo los números 3 y 5 del mentado relato y que los mismos fueron sustraídos por el procesado aprovechando que tenía acceso a los mismos por razón de su cargo, el único tema objeto de discusión es el de si procede apreciar, como lo hizo el Tribunal de instancia, que de dicho comportamiento no se derivó *daño alguno a la causa pública*, o, si por el contrario, como entiende el Ministerio Fiscal debe apreciarse la concurrencia del daño, criterio este último que comparte este Tribunal como ya quedó anunciado anteriormente al pronunciarse sobre la procedencia de estimar el motivo, ya que al *no tener que ser el daño económico*, es indudable que se produjo un daño a la causa pública, pues el conocimiento por los ciudadanos de que un *funcionario de Policía* que teniendo a su cargo la custodia de documentos en los que se contenían datos confidenciales o secretos los sustrajo, y se apoderó de ellos en mani-

fiesto incumplimiento de los derechos de su cargo, es indudable que produce un *estado general de alarma y de desconfianza* ante servicios del Estado tan fundamentales, lo que, evidentemente, se traduce en un daño para la causa pública, pero *además*, como acertadamente se sostuvo por el Ministerio Fiscal en el acto de la vista el hecho de sus- traer al Organismo del Estado en el que se hallaban los documentos impidiendo la posi- bilidad de utilizarlos si necesario fuere, implica un evidente *daño, al menos potencial*, para la causa pública.

ARTICULO 367. VIOLACION DE SECRETOS. AUXILIAR DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. TRIBUNAL DE OPOSICIONES

(STS de 22 de noviembre de 1991. Pte. Sr. Martínez Fernández-Cid)

Cuarto. La segunda dirección impugnativa ofrece, en primer término por la falta de frecuencia de impugnaciones de este carácter, un destacado relieve y por ello precisa de un examen detenido, otras veces menos preciso ante la reiteración de los temas impugnativos y consecuente existencia de un cuerpo de doctrina jurisprudencial.

El núcleo de este segundo (quinto en la numeración del recurrente) motivo es la ale- gación de *ausencia de tipicidad*, al estimar que la figura penal descrita en el art. 367 del Código Penal se integra o complementa mediante las disposiciones de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre Secretos Oficiales, y el Decreto complementario 242/1969, de 20 de febrero, con las modificaciones establecidas por la Ley 48/1978. A ello agrega que en todo caso el necesario requisito del tipo penal consistente en que el funcionario tenga *conocimiento de tales secretos por razón de su oficio*, lo que no ocurre en el sentir del recurrente, al tratarse de la participación de un Auxiliar como miembro de un tri- bunal de oposiciones de una actividad excepcional y ocasional y desconectada de las específicas reglamentariamente asignadas a su función.

El examen del motivo ha de partir necesariamente de los datos esenciales de prohi- bición de la interpretación extensiva de las normas sancionadoras o restrictivas de los derechos que establece el art. 9.3 de la Constitución y derivada consecuencia de exi- gencia de taxatividad de los tipos penales. Ciertamente es así que las *funciones estrictas* de los Auxiliares de la Administración de Justicia no son otras que las establecidas en el art. 9.º del Real Decreto 2003/1986, de 19 de septiembre, entre las que ciertamente no se encuentra la participación en tribunales evaluadores de pruebas de acceso a la función pública. Pero el recurrente obvia en su sentir naturalmente parcial, que la misma disposición administrativa introduce en su art. 13 una competencia que no por ocasional deja de ser inherente a la función de los Auxiliares: la de ser miembros del/los Tri- bunal/es calificadoros de las pruebas de acceso a tal función, al lado de otros profesio- nales. Presentar así la participación en tales actuaciones como alejado de la función es algo que recae sobre un puro sofisma. El *Auxiliar es designado* —generalmente en virtud de petición propia previa— *precisamente por su condición* de tal y precisamente por sus conocimientos específicos en el desarrollo ordinario de su función. De esta suerte, y aunque de manera muy concreta y temporalmente limitada, *su esfera de obli- gaciones profesionales se amplía* y no en virtud de una hermenéutica extensiva de los elementos del tipo penal, sino por estricta aplicación de estas competencias inherentes y derivadas de su función. En consecuencia, esta primera dirección del motivo que se analiza ha de reputarse carente de eficacia suasoria.

Quinto. No mejor suerte ha de correr la vertiente dirigida a una sedicente preci- sión en orden a la conexión con la normativa de «secretos oficiales». La más autorizada doctrina científica indica correctamente que el elemento descriptivo del «secreto»

puede derivar tanto de una transmisión de información que participa por propia naturaleza de tal condición como por una regulación específica. En este caso, ambas posibilidades disyuntivas existen de manera conjunta. La transmisión a parte de los opositores quebrantada el esencial derecho a la igualdad establecido en el art. 14 de la Constitución y su carácter específicamente reservado venía impuesto por las mismas bases de la convocatoria de la prueba de acceso. Su quebrantamiento cumple así, como rectamente entendió el juzgador de instancia, las exigencias del tipo penal y por ello el motivo ha de ser desestimado, como para casos similares ya declaró esta Sala en Sentencias, entre otras, de 6 de octubre de 1977 y 15 de marzo de 1982, relativas a entrega de fotocopias de pruebas de acceso a la Universidad. El recurso, por tanto, ha de ser íntegramente desestimado.

ARTICULO 407. HOMICIDIO. NEXO CAUSAL. CONDICIONES. HERIDA MORTAL

(STS de 13 de noviembre de 1991. Pte. Sr. Díaz Palos)

Segundo. El motivo segundo, con amparo en el art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduce la aplicación indebida del art. 407 del Código Penal, por entender que hubo interrupción del nexo causal imputable a la propia negligencia de la víctima, así como al hecho de que estuviera afectada en su anatomía por la hemorragia aguda sufrida consecutiva a un shock hipovomémico, que quizá no se hubiese producido, si el fallecido se hubiere prestado a ser rápidamente asistido o éste no hubiera sido toxicómano.

El motivo plantea el siempre interesante problema de la ruptura del nexo causal. En este punto, ya se atienda a la doctrina de la equivalencia de condiciones, versión seguida de antiguo por la jurisprudencia al afiliarse al viejo axioma del *causa causae*, ya se hable con terminología moderna de imputación objetiva que, además de la causa que en sentido científico se identifica con la *conditio*, se exige la adecuación y relevancia de dicha causa en el orden jurídico-penal, el tema más concreto de la interrupción del nexo causal se gobierna en todo caso por el poderío etiológico de las condiciones preexistentes, concomitantes o sobrevenidas al suceso, de tal modo que las primeras son irrelevantes para el curso causal, destacando entre ellas la condición patológica de la víctima; como son también irrelevantes las condiciones que, si bien coetáneas a la acción, están ligadas en su eficacia a otras anteriores como la embriaguez o drogodependencia del herido, como tampoco pueden considerarse «extrañas» a la acción las condiciones estrictamente concomitantes, entre ellas y como destacada la ausencia de facultativos que puedan auxiliar a la víctima con prontitud. En fin, las condiciones sobrevenidas, las de mayor dificultad, no romperán el nexo causal, ni podrán considerarse accidente extraño, según la mayor o menor dependencia con el hecho imputado. Se trata de aquellas lesiones calificadas de mortales por *accidens*, es decir, por falta de cuidado y auxilio facultativo originario de esa letalidad, porque si la lesión era en sí misma mortal (*lethalitas vulneris*) prevalecerá como causa (en tal sentido Sentencias 30 de marzo de 1973, 11 de febrero de 1975, 20 de junio de 1979, 16 de mayo de 1988 y otras).

Aplicada la anterior doctrina al caso *subjudice*, el *factum* sienta la letalidad de la herida inferida por el procesado de manera inconcusa, al decir que «falleció» F. A. A. a causa del shock hipovolémico producido por hemorragia aguda por herida de arma blanca en región abdominal. Es decir, que la serie causal íntimamente ligada a la acción está perfectamente delimitada. La afirmación se amplía luego en el *iudicium* (fundamento primero) cuando dice que el fallecido fue apuñalado por el procesado «en una

zona vital del cuerpo y vulnerable como es la cavidad abdominal, afectando a masa intestinal, con salida de ésta y afectando también a peritoneo y empleando un arma potencialmente letal que le produjo la muerte veinticuatro horas después, a pesar de la asistencia médica recibida y ello con independencia absoluta de que quizá en otras condiciones, si el fallecido se hubiese prestado a ser rápidamente asistido o éste no hubiera sido toxicómano con posible afectación a su anatomía por dicha circunstancia, se hubiera logrado impedir ese resultado letal, puesto que el procesado causal que terminó en el fallecimiento del agredido, fue puesto en marcha por la acción agresora del agredido».

De tales antecedentes fácticos y valorativos, claramente se infiere la letalidad de la herida *per se* y no *per accidens* y que la condición toxicómana del herido no tiene relevancia causal, en cuanto es preexistente a la acción. Finalmente, la dilación en la asistencia del herido es una condición sobrevenida pero formulada hipotéticamente, puesto que se concitaron varios factores que no fueron exclusivamente la inicial resistencia del herido a ser asistido, sino a la falta de servicio médico adecuado en Rosas, lo que obligó a trasladarlo en ambulancia al Hospital de Figueras, donde ingresó sobre las 22.25 horas del día de autos (el hecho se inicia sobre las 21.000 horas), es decir, que en poco más de una hora el herido estaba ya en centro asistencial debidamente atendido. Por consiguiente, no puede decirse que si esta escasa demora en la atención del herido pudo coadyuvar de algún modo al resultado mortal, no lo fue hasta el punto de degradar la herida en sí misma mortal como causa de tal resultado.

Consecuentemente, el motivo debe ser desestimado.

ARTICULO 407. HOMICIDIO. DOLO DE IMPETU

(STS de 10 de diciembre de 1991. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater)

Primer. En los motivos primero y segundo del recurso se alega la infracción por aplicación indebida del art. 407 y por no aplicación del art. 422 del Código Penal, en la redacción vigente en la época en la que ocurrieron los hechos (1987).

Estima la Defensa del recurrente que éste no obró con dolo de matar (*animus nec-candi*), pues, por un lado, el procesado realizó un «movimiento instintivo de defensa con el arma que llevaba en el bolsillo, arma que dirigió hacia la zona más inmediata de su agresor, que evidentemente es la cintura. Por otro lado, alega que el dolo de homicidio se debe excluir también porque «el procesado no persistió en la agresión».

Ambos motivos deben ser desestimados.

Es indudable que el comportamiento del procesado no es el resultado de un acto reflejo que pudiera excluir la acción. Por el contrario, su reacción respecto de la víctima es un acto consciente, dado que partió de una percepción sensorial de los hechos circundantes y de una ponderación de los mismos. El carácter de «instintivo» que le atribuye la Defensa, consecuentemente, no puede sino referirse a la ausencia de premeditación, que —en todo caso— no ha sido motivo de consideración en la materia. De cualquier manera, la premeditación no constituye un elemento esencial del dolo, sino todo lo contrario. El dolo se puede presentar también en reacciones más o menos rápidas y ello ha sido reconocido en la teoría y en la práctica desde antiguo (piénsese en el llamado «dolo de ímpetu»).

Por otra parte, en nada modifican estas conclusiones la circunstancia de que el procesado no haya continuado su agresión luego de haber herido al recurrente. La jurisprudencia de esta Sala ya ha puntualizado que la no continuación de la agresión no elimina el dolo de la agresión ya realizada, cuando el acto cumplido pudo haber conducido al

resultado y éste no se produjo por razones ajenas a la voluntad del autor (confr. STS 6-6-89). En tales casos, se ha señalado, sólo cabría alegar el desistimiento de la tentativa (acabada o inacabada, según el caso). Pero, en el presente caso, en el que el autor ha llevado a cabo, según su plan, hechos que por sí mismos podrían haber producido el resultado —como lo es claramente una puñalada en el hígado con una navaja— es indudable que nos encontramos ante un delito frustrado (o tentativa acabada), para cuyo desistimiento es insuficiente la no continuación de la agresión, a pesar de la posibilidad de hacerlo. En efecto, el desistimiento del delito frustrado o de la tentativa acabada requiere que el autor haya (activamente) impedido la consumación, lo que en el presente caso no es posible sostener en modo alguno, pues —como lo reconoce la Defensa— el acusado solamente «no persistió en la agresión».

ARTICULOS 420, 421 Y 582. LESIONES. RELACIONES ENTRE LOS ARTICULOS 421 Y 582

(STS de 5 de noviembre de 1991. Pte. Sr. Carrero Ramos)

Se sostiene en él a tal efecto que no cabe aplicar a lesiones que de suyo conforme al art. 582 serían falta, la calificación de delito aunque se hayan empleado en su ejecución medios comisivos previstos en el art. 421. Se esgrime en apoyo de tal tesis el voto particular deducido en el Tribunal de instancia. Y es a efectos de reclamar esta interpretación legal, por lo que se aducen tanto las citas constitucionales como el Código Civil.

Desde luego, en todo caso, hay que descartar *a priori* que se aprecie vulneración de derecho constitucional alguno en la Sentencia de instancia y tampoco se concreta así en el propio recurso, aparte de la supuesta infracción por la interpretación que deba darse al *segundo párrafo del art. 582*. Ni se señala, ni se aprecia motivo alguno de indefensión (art. 24.1) ni la Sentencia quebranta el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la irretroactividad de normas penales desfavorables, etc. (art. 9.3). En la preparación no se anunció ningún motivo por vulneración constitucional.

Los hechos ocurrieron el 30-9-89 y por ello era de aplicación el texto penal ya vigente, el reformado por la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio (BOE del 22). Luego no puede hablarse de aplicación retroactiva.

Segundo. Debe ceñirse pues esta Sala al tema de interpretación legal planteado. La aplicada por la Audiencia, está motivada en el Fundamento Jurídico primero, apartado B), C) de su sentencia, discrepando un Magistrado en su voto particular. Lo que indica las dudas de interpretación que suscita sobre todo el art. 582.

En efecto, al reforma penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 3/89 ha modificado profundamente el tratamiento tipificador de las lesiones y, entre otros, los arts. 420, 421 y 582; se ha sustituido el sistema anterior enumerativo, conforme a un baremo de gravedad del resultado producido, por una simplificación quizá excesiva, *entrando en juego como criterio diferenciador global entre delito y falta el que la lesión requiera o no tratamiento médico o quirúrgico además de la primera asistencia* (arts. 420 y 582, párrafo primero) y, para matizar tan amplia globalización punitiva (o prisión menor o arresto menor) y paliar sus efectos, se concede, por un lado (420, segundo), una discrecionalidad casuística al Tribunal para bajar a arresto mayor o multa (lo discrecional no es recurrible en casación) y, por otro, en el art. 421 se construyen tres subtipos agravados de los que el 1.º y 3.º se refieren a medios comisivos y el 2.º a resultados deformantes o inutilizadores muy graves.

Este subtipo agravado lleva la prisión menor a sus grados medio o máximo.

Las lesiones en cuestión en este recurso no han requerido tratamiento, lo que las excluiría del art. 420 y las conduciría al 582. Pero el último inciso del primer párrafo de

este último realiza un *reenvío al 421* y es lo que motiva la discrepancia del voto particular y los argumentos del recurrente. Dice el texto discutido: «salvo que se tratare de alguna de las lesiones del art. 421».

El Tribunal *a quo* entiende que son tanto las lesiones enumeradas en el núm. 2.º (difícilmente concebibles en la hipótesis de requerirse una sola asistencia), como las producidas por los medios comisivos del núm. 1.º o con las torturas del núm. 3.º El recurrente da al término «lesiones» el alcance restringido, las producidas, o sea el resultado, no las que fueren (cualesquiera que sea su importancia) ocasionadas con los medios que enumera el núm. 1.º: «armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas susceptibles de causar graves daños en la integridad del lesionado, o reveladoras de acusada brutalidad en la acción»; para sintetizar podemos decir que usando medios gravemente peligrosos. Podemos también prescindir de los núms. 2.º y 3.º puesto que es obvio que en el caso presente no se trata de tales supuestos. *La tesis recurrente coincide aproximadamente con el voto particular que sostiene que de «lesiones» habla el 421 en su párrafo 1.º, remitiéndose a las del 420 que son las que exigen más de una asistencia*, luego no aplicables a la falta.

En cambio a juicio de la Sentencia impugnada hay que aceptar el reenvío del inciso final del 582 al 421 incluido su núm. 1.º Opinión con la que coincide el informe del Ministerio Fiscal.

Pues bien donde la ley no distingue no debemos distinguir y la voluntad del legislador (cualesquiera que hayan sido los motivos de política penal que le hayan inspirado y el juicio doctrinal que puedan merecer) es, tal como aparece, literalmente, hay que subrayar la relevancia de los medios empleados en la agresión aunque no se corresponda el resultado en proporción con los mismos. Opinión defendible, pero muy simplista. Agravación basada en razones de política penal según la Audiencia.

Tercero. Centrado el debate en estos términos preciso es reconocer que la redacción del art. 582 presenta dificultades hermenéuticas. Por un lado su primer inciso recalca al centrar a definir esa falta de lesiones «El que por cualquier medio o procedimiento causare, etc.», lo que parece prescindir del medio para atender al resultado nada más; criterio que es congruente con el carácter residual de esta figura respecto del artículo 420 del que es alternativa lógica. Si no importa el medio claro está que tampoco los enumerados en el núm. 1.º, del art. 421.

Pero el inciso final establece una excepción «salvo que se tratare de alguna de las lesiones del art. 421» remisión que o es incompatible con el introito del artículo o es una derogación del mismo. Aumentando la dificultad si en el art. 421 se mezclan las lesiones del núm. 2.º con los medios del 1.º y los procedimientos del 3.º Si se interpreta, además, como cabría, que todas las lesiones del 421 tienen que ser las del 420 (con tratamiento) el reenvío crecería de aplicación (como se dijo en el voto particular). Y si sólo se refiriera al núm. 2.º interpretación semántica restringida de «lesiones» (y no medios) surge la dificultad práctica de que esas lesiones de suyo precisarían casi siempre de tratamiento y el reenvío es superfluo. Claro que también podría interpretarse que todas las lesiones veniales originadas según los tres números se convierten *ipso facto* en delito y que el término «medios» se refiere al introito del 420 con el que se corresponde en la redacción palabra por palabra y está dirigido a la posibilidad de menoscabar indistintamente la integridad o salud física tanto como la mental.

Lo más preocupante es la consecuencia punitiva que puede conducir a que una levísima contusión, tratada con una sola cura que puede ser elemental se convierta por la accidental presencia de un instrumento más o menos contundente o incisivo en un delito y de subtipo agravado saltando del arresto menor —uno a treinta días—, a prisión menor al menos en grado medio —dos años, cuatro meses y un día—, lo que parece manifiestamente contrario al principio de proporcionalidad e incluso al de culpabilidad.

Cuando se hace necesario resolver una antinomia, al menos, aparente de la literalidad debe darse preferencia al criterio inspirador de nuestro Código en su art. 1.º decididamente inspirado por el *principio subjetivista de culpabilidad*. El legislador no puede pues con su reforma de la Ley Orgánica 3/89 de 21 de junio querer prescindir de la intencionalidad que se infiere del comportamiento del agente y menos en un tipo penal concebido como venial; *no se va a caer al eliminar el criterio objetivo del resultado en el otro criterio aún más material del medio o instrumento*, salvo que de éste o de su empleo se produzca precisamente un ánimo doloso de producir resultados graves, aunque por mero accidente ajeno a la voluntad del sujeto activo no los hubiere producido.

En resumen, *esta Sala interpreta que el inciso final del art. 582 por su mismo carácter excepcional y agravatorio ha de ser objeto de una aplicación restrictiva y que la «mens legislatoris» ha sido no conducir a una antinomia ni menos a consecuencias prácticas absurdas de punición desproporcionada*, sino a medir la responsabilidad y su consecuencia penológica por la verdadera finalidad dolosa deducible del arma, u objeto asimilable, y de la forma de emplearlo (brutalidad o tortura). Lo que obligará al análisis casuístico de cada supuesto fáctico.

El art. 421 substituirá pues al 582 sólo cuando el instrumento de suyo, o por la aplicación que maliciosamente se le dé, revele el propósito de causar una lesión grave y no la leve originada contra la voluntad intencional del agente. Así el 421, y su número 1.º tendrán justificada aplicación congruente con el principio de culpabilidad. Lejos pues de la literalidad automática y generalizada.

Cuarto. Resta por examinar el *caso de autos* a la luz de este criterio interpretativo.

Pues bien, de la conducta de todos los intervinientes, de su secuencia antecedente con esa búsqueda vindicativa, provistos de armas propiamente dichas unos, de otros objetos suficientemente lesivos si se usaren apropiadamente y llevados con igual intención, del desarrollo de la agresión colectiva, recíproca y desafiante por ambos bandos sólo cabe inferir que *tales medios eran susceptibles de producir graves daños* y concurría en sus portadores *animus vulnerandi* de producirlos y en cualquier caso esa «acusada brutalidad en la acción» con independencia de que al equilibrarse los medios de unos con los de los otros algunos de los resultados fueran desproporcionadamente a tal acción leves desde el punto de vista médico.

Por lo que ateniéndonos a los hechos probados, que en esta motivación obligan íntegramente, *la calificación recogida en la Sentencia aparece ajustada a las normas penales y al principio de culpabilidad que las inspira*.

ARTICULO 429.2.º VIOLACION. VICTIMA OLIGOFRENICA

(STS de 28 de octubre de 1991. Pte. Sr. García Ancos)

Si bien es cierto que el precepto sancionador expresa que «la mujer se hallase privada de razón o de sentido», pareciendo *prima facie* que ha de encontrarse totalmente inconsciente para poder ser sujeto pasivo de la acción, la realidad es que, en interpretación lógica de la norma, esa idea de lo «absoluto» o «total» en el estado anímico de la agraviada no es realmente aceptable, pues *basta la existencia de una disminución psíquica que la haga realmente inerte a los requerimientos sexuales ajenos*, al quedar prácticamente anulados sus frenos inhibitorios tanto en el saber como en el querer, de ahí que estas personas por sí mismas y por su naturaleza desprotegidas, necesiten de una mayor protección frente a la agresión externa, lo mismo que ocurre, según también mandato legal, con las mujeres menores de doce años.

En el presente caso, esa disminución intelectual está concretada nada menos que en el carácter oligofrénico de la ofendida, de naturaleza permanente e irreversible y que la sitúa en una *edad mental entre los cinco y los ochos años*, por tener un retraso mental inferior al cero 50 por 100.

**ARTICULO 452 BIS B). CORRUPCION DE MENORES.
BIEN JURIDICO PROTEGIDO. CONSTITUCIONALIDAD DEL TIPO**

(STS de 14 de diciembre de 1991. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater)

Cuarto. El motivo cuarto del recurso plantea la cuestión de la compatibilidad del art. 452 bis b), 1.º del Código Penal con el art. 25.1 CE.

Con relación al art. 25.1 CE entiende el recurrente que esta disposición establece que «la efectiva comisión del delito presupone la lesión o puesta en peligro del interés jurídico protegido, de manera que no podrá hablarse de tal delito si no tiene lugar la ofensa jurídica». A ello agrega que «desde la necesaria distinción entre Moral y Derecho, debe hacerse especial hincapié en que la teoría del bien jurídico presupone tanto la necesidad de establecimiento de niveles legislativos de tipos legales que respondan a la efectiva protección de intereses jurídicos, como a que la aplicación de dichos preceptos lo sea cuando realmente se ha ofendido, lesionado o puesto en peligro tal bien jurídico». Desde el punto de vista de la Defensa del procesado «la ausencia de interés jurídico viene dada, en este caso, a partir del establecimiento en la Sentencia recurrida de la *honestidad* (Fundamento de Derecho tercero) como valor protegido, sin atender al interés jurídico de la *libertad sexual*». En definitiva, concluye el recurrente, «se parte de la existencia de prácticas sexuales viciadas *per se* y de otras absolutamente lícitas», razón por la cual «lo que realmente se infringe es el art. 25.1 CE y, como consecuencia, su art. 17.1, por ausencia de interés jurídico, por no lesionarse en su caso la libertad sexual de los sujetos pasivos del delito».

El motivo debe ser desestimado.

La impugnación planteada afecta, por tanto, al problema del *bien jurídico protegido*. La Defensa lo fundamenta de dos maneras diferentes: en primer lugar sosteniendo que todo delito requiere la protección de un interés o bien jurídico y en segundo lugar que la honestidad, como tal no puede constituir dicho objeto de protección. La Sala estima que ambos puntos de vista son erróneos.

Dejando ahora de lado la cuestión referente a si el art. 25.1 CE impone una limitación del poder penal del Estado a la protección de bienes jurídicos o si esta exigencia encontraría acogida, en su caso, en otra u otras disposiciones de la Constitución, lo cierto es que el delito de corrupción de menores protege un interés social determinado y, además, que ese interés social no se identifica simplemente con una determinada concepción moral de la sexualidad.

a) El problema del bien jurídico protegido por los delitos sexuales se planteó en Europa de una manera especialmente aguda en los años sesenta, cuando se puso en duda desde la perspectiva del Estado de Derecho la punibilidad de los actos de homosexualidad entre varones, que contenía, p. ej., el parágrafo 175 del Código Penal alemán. En el marco de esta discusión se sostuvo que se debía mantener la punibilidad de la homosexualidad simple, dado que «ciertamente las normas jurídico-penales protegen predominantemente bienes jurídicos, pero, ello no excluye amenazar con pena también determinados casos de conductas éticamente reprobables y, según la convicción general, calificadas como depravadas» (confr. Exposición de Motivos del Proyecto Alemán de Código Penal de 1962, parágrafo 216, pág. 376).

Juicios como éste no pueden ser aceptados en un orden jurídico que sólo postula la penalización de comportamientos que dañen gravemente la vida social, como es el caso del español vigente. Desde este punto de partida es claro que las acciones de homosexualidad no importan por sí mismas daño social alguno y quedan por ello situadas fuera del ámbito de la uturidad del Estado.

Sin embargo, la protección de los menores frente a comportamientos sexuales de adultos que pueden llegar a perjudicar su desarrollo personal, no ha sido puesto en duda por quienes han considerado que la legitimidad constitucional de la punibilidad presupone la protección de un bien jurídico. En efecto, los autores del Proyecto Alternativo alemán (confr. Parte especial, Delitos sexuales, etc., 1968, pág. 19), luego de reconocer las dificultades para configurar una protección adecuada en este sentido, han afirmado que no es admisible en la actualidad reducir la extensión del núcleo de la protección penal respecto de los menores, en la medida en la que se puede esperar una autolimitación de los adultos respecto de los mismos. En estos casos ya no se trata del ejercicio de la libertad protegida por el art. 17.1 CE, sino de la libertad de realizar acciones que afectan a otros, más precisamente, a la libertad de otros.

En este sentido cabe señalar que la orientación de la vida sexual tiene singulares consecuencias sociales y el legislador, por tanto, puede proteger penalmente a quienes —según las convenciones sociales y jurídicas vigentes— todavía no tienen la madurez necesaria para decidir sobre ella, con el fin de posibilitar una decisión autorresponsable al respecto. Tales intervenciones del legislador, por lo demás, se manifiestan también en otras figuras delictivas en ámbitos en los que el ejercicio de la libertad personal aparece condicionada por un determinado desarrollo de la personalidad (p. ej., en el estupro, art. 434 del Código Penal; las exhibiciones obscenas, art. 431 del Código Penal, que reconocen su fundamento en el art. 20.4 CE, etc.).

El interés social en tales decisiones autorresponsables del que parte el vigente artículo 452 bis b), 1.º del Código Penal se puede discutir de *lege ferenda*. Pero, no es discutible de *lege lata* y, sobre todo, no cabe duda que constituye la base de la disposición legal cuestionada. Por tanto, no cabe afirmar que el art. 452 bis b), 1.º del Código Penal contradice el principio de la limitación del Derecho Penal a la protección de bienes jurídicos, aunque se pueda discutir —como es obvio— sobre el merecimiento de protección de éste o de cualquier otro objeto jurídico de protección.

b) Dicho lo anterior, no ofrece problema alguno la objeción del recurrente respecto de la supuesta fundamentación de la Sentencia recurrida en «la honestidad como valor protegido, sin atender al interés jurídico libertad sexual».

En realidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia habían entendido, ya antes de la reforma de 1989, que el bien jurídico protegido por los delitos contenidos en el título IX del Libro II del Código Penal no se podía entender en un sentido literal, sino a partir de la idea de libertad sexual. De esta manera se puede explicar el abandono, por incompatibles con el correcto entendimiento de estos delitos, de ciertas consecuencias puntuales del bien jurídico «honestidad», como p. ej., las que limitaban el sujeto pasivo de la violación (art. 429, 1.º del Código Penal) a las «mujeres honestas».

La Sentencia que es materia de este recurso no se aparta de este punto de vista. Por el contrario, no se percibe en qué se habría apartado de esta interpretación el Tribunal *a quo* al aplicar el art. 452 bis b) 1.º del Código Penal a los hechos que entiendo como probados. En efecto, la libertad sexual del menor —como se dijo— se lesiona precisamente porque con los actos con él realizados se provoca su toma de decisiones trascendentes para la vida social y personal, cuando aquél no ha alcanzado todavía la madurez que se estima necesaria.

ARTICULO 487. ABANDONO DE FAMILIA. ASISTENCIA INDISPENSABLE. DELITO DE OMISION. RESULTADO. TENTATIVA

(STS de 10 de diciembre de 1991. Pte. Sr. Bacigalupo Zapater)

a) La jurisprudencia de esta Sala ha señalado en reiterados precedentes que *el artículo 487 del Código Penal debe ser interpretado restrictivamente*, pues de lo contrario se frustraría el propósito del legislador, es decir, el aseguramiento del respeto de las normas que imponen deberes de asistencia familiar. En este sentido en las SSTS de 7-3-88, 22-5-88, 26-6-88, 4-4-90 y 18-12-90 (entre otras) han hecho referencia al «principio de intervención mínima». Con esta referencia la jurisprudencia ha querido subrayar, en primer lugar, el *carácter estrictamente subsidiario del Derecho Penal* en el ámbito de las relaciones familiares y las consiguientes exigencias legales que condiciona la aplicación del art. 487 del Código Penal.

En particular, estas consideraciones se manifiestan en el entendimiento del delito del art. 487 del Código Penal como un *delito de lesión*, que, por tanto, sólo se consuma, cuando la omisión ha provocado una real situación de inseguridad para los afectados. Ello se percibe especialmente en el texto de la segunda alternativa típica contenida en dicha disposición, que requiere que los descendientes, ascendientes o cónyuges «se hallaren necesitados».

En el caso que ahora se juzga es indudable que la acusada ha omitido cumplir con los deberes de asistencia familiar que le impone su ejercicio de la patria potestad especialmente los referentes al sustento de sus hijos (2.ª alternativa del art. 487 del Código Penal). Sin embargo, *está también fuera de toda duda que los menores no se encontraban necesitados*, como lo requiere la mencionada disposición, *pues se encontraban con su hermana y concurrían a un colegio especial*. Asimismo su seguridad tampoco se veía afectada pues estaba al cuidado de una hermana mayor de edad y de las personas encargadas de ello en el referido colegio al que asistían.

Por otra parte, no cabe pensar en la tipicidad de la omisión de la procesada respecto de la primera alternativa típica, pues el hecho probado no permite suponer que aquélla haya abandonado maliciosamente su hogar o que su incumplimiento tuviese por causa su conducta desordenada. La acusada no abandonó su hogar sino que *forzó con su conducta a su hija a asumir de hecho la guarda de los menores*, lo que, evidentemente no reúne las condiciones requeridas por el primer párrafo del art. 478 del Código Penal.

Como es lógico, el comportamiento de la recurrente puede merecer otra valoración desde una perspectiva puramente ética, pero este aspecto de la cuestión es ajeno a la competencia de los Tribunales de justicia.

b) De todos modos, cabe preguntar si el comportamiento de la procesada podría constituir una tentativa o un delito frustrado (art. 3 del Código Penal) del delito de artículo 487 del Código Penal cometido omisivamente. Como es sabido, en la doctrina se considera que la *omisión del intento de cumplir con el deber, cuya infracción fundamenta la realización del delito*, constituye la base de la figura de la tentativa de los *delitos de omisión de resultado*, como es el caso de *abandono familiar* previsto en el art. 487 del Código Penal. Por el contrario, no existe acuerdo en lo que respecta al momento en el cual corresponde apreciar el comienzo de la omisión típica correspondiente al comienzo de ejecución de los delitos activos. De un lado se considera que la omisión típica ha comenzado ya cuando se ha dejado pasar la primera posibilidad de cumplir con el mandato de acción. Del otro, por el contrario, se estima que el comienzo de la omisión será de apreciar en el último momento en el que el omitente —según su representación— tendría que haber ejecutado la acción. Este último punto de vista es el preferible, pues sin perjudicar la situación del bien jurídico protegido no impone al omitente un deber más extenso que el necesario para la protección de dicho bien jurídico.

En el presente caso, cualquiera sea el punto de vista que se mantenga respecto del comienzo de la omisión típica, lo cierto es que no se percibe —a través del escueto hecho probado de la Sentencia— que se haya comprobado por la Audiencia una cercanía temporal de la producción de la situación de necesidad requerida por el tipo penal del delito del art. 487 del Código Penal como presupuesto del deber de actuar. Por tanto, no sólo no se percibe que la omitente haya dejado pasar el último momento en el que podría cumplir con el mandato de acción, sino que no habrían dado las condiciones para que dicho imperativo se tornara exigible.

ARTICULO 499 BIS 3.º DELITO SOCIAL. COOPERACION NECESARIA

(STS 16 de octubre de 1991. Ptes. Sr. Moner Muñoz)

Primero. El procesado Rogelio Pérez Humbrado, formuló un exclusivo motivo de impugnación, al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aduciendo infracción por indebida aplicación del art. 499 bis núm. 3, apartado 2.º del Código Penal.

Teniendo en cuenta el cauce procesal elegido por el recurrente, ha de partirse de los hechos declarados probados, y en éstos se expresa que aquél, en la época que acontecieron los hechos, no ostentaba la condición de comerciante, y que su cuñado, el otro procesado, en connivencia con el impugnante le vendió el 22 de noviembre de 1989 un piso, subrogándose en la hipoteca existente, y constituyéndose de tal modo el coprocesado en estado de insolvencia con lo que no se satisfizo las indemnizaciones que por un despido nulo se le habían impuesto en el procedimiento laboral seguido al efecto.

La argumentación del recurrente es que no ostentando la condición de empresario ni comerciante, es legalmente imposible atribuírsele responsabilidad penal por el hecho.

Cierto es que las Sentencias citadas por aquél, y otras como la de 29 de mayo de 1989, al examinar el denominado alzamiento laboral de bienes, atribuyen la cualidad de sujeto activo al empresario, pero si ello puede sostenerse sin ninguna duda respecto de las conductas de los núms. 1.º y 2.º de dicho artículo, no acontece lo mismo con el tercero, y desde luego con el párrafo 2.º de este último número, que es una modalidad específica consistente en hacer maliciosamente ineficaces los derechos de los trabajadores en caso de crisis de empresa. La técnica legislativa usada remitiendo el aspecto punitivo del delito de alzamiento de bienes del art. 519 del Código Penal, ha determinado a la jurisprudencia de esta Sala —cfr. Sentencias 15 de octubre de 1982 y 3 de julio de 1989—, a reputarlo una modalidad de alzamiento, exigiendo se den todos y cada uno de los requisitos de tal delito, con una actuación maliciosa tendente a defraudar los créditos de los trabajadores.

Por otra parte, *la participación en delitos especiales propios, es admisible*, pues, aun cuando falte en ellos la cualidad de comerciante, han cooperado, extraños, al tipo con actos estrictamente necesarios para que el delito pudiera efectuarse, por lo que con arreglo al núm. 3.º del art. 14 del código Penal, su conducta puede ser incriminada, si realiza tales actos de cooperación necesaria, que más bien que autoría, lo que no podría aceptarse en los delitos especiales, respecto a quien no realiza de una manera total y plenaria el tipo descrito en la parte especial del Código Penal, si deben ser reputados partícipes del delito de otro —cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1982—.

Si la Sentencia recurrida establece que el ahora recurrente actuó en connivencia con el otro procesado, tal connivencia no puede ir referida a la constitución en estado de insolvencia.

ARTICULOS 501 Y 516 BIS. ROBO Y UTILIZACION ILEGITIMA DE VEHICULO DE MOTOR. PROGRESION DELICTIVA

(STS de 23 de octubre de 1991. Pte. Sr. Puerta Luis)

Primero. La representación del procesado ha formulado cuatro motivos de casación, todos ellos por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim., denunciando —en el primero de ellos— «aplicación indebida del art. 516 bis, párrs. 4 y 5, y 501, párrs. 4 y último del Código Penal».

Sostiene la parte recurrente que los hechos enjuiciados debieron ser calificados como constitutivos de un delito de robo, en virtud del «principio de absorción o conunción» al poder apreciarse «unidad de acción», identidad de marco intimidatorio o violento, identidad también de protagonistas y, finalmente, conexión espacio-temporal. Combate luego la tesis de la Sentencia recurrida que, en relación con el principio de gravedad o alternatividad, sostiene la mayor gravedad del delito contemplado en el artículo 516 bis del Código Penal, afirmando que «el delito de robo lo es de mayor rango punitivo que la utilización ilegítima de vehículo de motor ajeno».

La Sentencia 4 de julio de 1988 de esta Sala, recordada por la de 19 de abril de 1990, analiza la evolución jurisprudencial llevada a cabo por esta Sala en los supuestos de concurso del *robo con violencia o intimidación y la utilización ilegítima de vehículos de motor ajeno*. Por ello, de acuerdo con dicha evolución, dice la Sentencia de 3 de mayo de 1990 que es doctrina reciente de este Tribunal que, cuando la utilización ilegítima de vehículo de motor tiene lugar conectada a un robo de una secuencia delictiva progresiva, sin solución de continuidad, a un mismo sujeto pasivo, ya sea para facilitar o para completar el delito principal, ya para asegurarse posteriormente la huida, debe considerarse absorbido en este robo, como figura de mayor rango punitivo, pues, aunque sean tipos distintos, ambos coinciden en la naturaleza e apropiación patrimonial y en el ánimo de lucro finalístico del agente. En su consecuencia, deben penarse los hechos como un solo delito, el de robo, teniendo en cuenta la absorción al fijar la extensión de la pena, dentro del grado, sin otro límite que el del art. 903 LECrim.

La aplicación de esta doctrina al presente caso debe llevar necesariamente a la estimación del motivo examinado, expresamente apoyado por el MF, por cuanto la utilización ilegítima del taxi tuvo lugar dentro del contexto más amplio del robo con intimidación de que fue víctima el taxista.

ARTICULO 529.7.ª ESTAFA. AGRAVACION POR LA CUANTIA. SITUACION ECONOMICA DE LA VICTIMA

(STS de 16 de septiembre de 1991. Pte. Sr. Delgado García)

Segundo. En el primero de ellos, al amparo del art. 849 LECrim., se alegó aplicación indebida de la circunstancia de agravación 7.ª, art. 529 del Código Penal, que fue apreciada como muy cualificada, porque, se dice, 8.000.000 de pesetas es una cantidad de menor importancia teniendo presente el movimiento de la empresa afectada, que en 1985 declaró 350.000.000 de pesetas. A efectos del impuesto de sociedades, así como la buena situación económica de los dos accionistas, que son un acaudalado matrimonio.

Ha de rechazarse tal motivo por las razones siguientes:

1.ª Ni la importancia del negocio ni la alegada buena situación económica del matrimonio titular de las acciones de la sociedad perjudicada aparecen recogidas como

hechos probados en la Sentencia de la Audiencia, y, dada la vía procesal utilizada por el recurrente (art. 849 LECrim.), éste debe sujetarse a lo que el Tribunal de instancia entendió acreditado (art. 884.3 de la misma Ley), y ello tanto en su aspecto positivo, en cuanto que nada ha de alegar fuera de lo declarado probado, como en su aspecto negativo, porque tampoco puede prescindir de circunstancia alguna que haya sido acogida como realmente sucedida en la resolución impugnada, salvo utilización del recurso del art. 849.2.

2.^a La buena situación económica de la empresa o del empresario perjudicado en principio nada tiene que ver con la posible aplicación de esta circunstancia de agravación 7.^a, art. 529 del Código Penal, pues el supuesto que ha de reputarse normal en estos casos es el de un sujeto pasivo acaudalado, porque una cantidad importante sólo puede ser sustraída a una persona física o jurídica que tenga una buena posición patrimonial, apareciendo, por el contrario, como otra agravante específica en estos delitos el caso inverso, esto es, la mala situación económica de la víctima de la que se abusa o a la que se coloca en tal estado por efecto del delito (art. 529.5), todo sin perjuicio de que esa buena situación, de haber sido estimada como probada, pudiera haberse tenido en cuenta, junto con otros datos concurrentes en el caso concreto, a los efectos de valorar todos en conjunto para apreciar o no la agravante ahora examinada.

3.^a Esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, consciente de su deber de respetar el criterio del legislador que no ha querido señalar una cifra concreta en el castigo de esta clase de delitos contra la propiedad al definir la circunstancia agravante ahora examinada, pero al mismo tiempo conociendo la necesidad de fijar, a efectos de la obligada unificación de criterios en todo el territorio nacional, unas cifras no rígidas sino simplemente orientativas, recientemente ha acordado señalar los 2.000.000 de pesetas para apreciar la concurrencia de tal circunstancia 7.^a, art. 529 del Código Penal con carácter ordinario, y los 6.000.000 de pesetas para estimarla como muy cualificada, a fin de acompañar los criterios de valoración penal a los paulatinos cambios que se van produciendo en la situación económica del país.

ARTICULO 532.2.º ESTAFA. ALZAMIENTO DE BIENES. RELACIONES

(STS de 25 de octubre de 1991. Pte. Sr. Martínez Pereda Rodríguez)

Cuarto. El cuarto motivo se articula al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la Ley Procesal Penal, porque al declararse probada la notificación del precio ofrecido en la tercera subasta del piso embargado en el juicio ejecutivo al procesado, Armando Lacruz, así como el requerimiento de otorgamiento de escritura realizado al mismo, a través de su madre, y el otorgamiento de escritura de compraventa del mismo piso embargado a favor de otras personas el 20 de junio de 1983, se infringen por inaplicación los arts. 528 y 532, 2.º del código Penal o el art. 519 del mismo texto legal.

El motivo siguiente con el mismo apoyo, añade que puestos de manifiesto los errores en la apreciación de la prueba denunciados en los motivos primero a tercero del escrito de formalización del recurso, resulta que el querellante impugnó la rescisión o nulidad aparecida en el ejemplar del contrato privado de compraventa aportado por los querellados a la causa penal y que dicha rescisión o nulidad no es legítima y asimismo que los ingresos en la cuenta de la vendedora, en la Caja de Ahorros, los realizaron ambos hermanos Lacruz Monge, auténticos compradores del piso, habiéndose otorgado, a pesar de ello, escritura a favor de los padres, José Lacruz Latorre y Gregoria Monge Franco, se infringen los arts. 528 y 532, 2.º del Código Pnal y alternativamente el art. 519 del mismo cuerpo legal.

A la vista de la estimación de los dos primeros motivos del recurso y teniendo la Sala a su disposición el sumario y el rollo a los efectos señalados en el art. 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tiene que decidir este Tribunal si los hechos resultantes tras los estimados motivos son subsumibles o no en alguna de las figuras penales indicadas.

A este respecto, conviene señalar que el delito de estafa ejecutado a través del otorgamiento de contrato simulado, que aparece tipificado en el núm. 2.º del art. 532 del Código Penal y que ha sido denominado por la doctrina como falsedad defraudatoria, constituye una figura penal específica y autónoma, presentando singularidad respecto a la estafa ordinaria, encontrándose más próxima a la falsedad, ya que aquí el sujeto en lugar de perseguir con su engaño —el contrato simulado— un desplazamiento de elementos del patrimonio del sujeto pasivo hacia el suyo, trata de impedir que salgan de éste a favor del acreedor legítimo que ostenta un derecho que precede próximamente a la maniobra diversiva que aparenta una transmisión de los bienes a un tercero connivente —Sentencia de 14 de julio de 1989—.

Según la doctrina de esta Sala —Sentencia de 30 de enero de 1985— exige para su apreciación: a) En cuanto a la acción, el hecho de otorgar un contrato como sinónimo de extender un documento público o privado y a través del cual se pone de relieve un negocio jurídico, bien sin existencia real alguna (simulación absoluta) o bien con ocultación del contrato verdadero (simulación relativa). b) Desde la óptica de la antijuricidad, que el resultado de la simulación tenga una valoración perjudicial de carácter patrimonial, conforme a la normativa jurídica que regula el tráfico de bienes, y c) En cuanto a la culpabilidad, que se tenga conciencia y voluntad libre de la simulación realizada, de la que debe derivarse, con toda claridad la existencia de un ánimo tendencial dirigido a causar un perjuicio patrimonial que ha de redundar en beneficio del sujeto activo de la acción.

Tales requisitos concurren en este caso. En el juicio ejecutivo seguido contra Armando Lacruz Monge se embargó como de propiedad del mismo, la mitad indivisa de un piso —la otra mitad pertenecía a su hermano como comprador juntamente con el acusado— que figuraba inscrito a favor de terceras personas, pero que había sido transmitido por éstos a dicho ejecutado por documento privado de 3 de noviembre de 1979. Seguido el juicio sin trámites, y ya en la vía de apremio, en la oportuna subasta quedó como rematante don Domingo Campos López, padre del querellante, otorgándose a su favor la correspondiente escritura pública del bien embargado ante notario. Sin embargo, al ir a hacer efectivos sus derechos sobre la parte individa del inmueble el recurrente, tuvo conocimiento de que tal piso se había transmitido por escritura pública el 20 de marzo de 1983, cuando ya se había adjudicado al padre del querellante, a los padres de Armando Lacruz Monge, confesándose en esta escritura que el precio ya estaba recibido por la compradora.

Como ha señalado la Sentencia citada de 14 de julio de 1989, el elemento subjetivo dolo tendencial al resultado perjudicial al acreedor, nace al conocer la exigibilidad del crédito, en este caso la Sentencia de remate, y siéndole notificado al citado deudor el precio ofrecido por la mitad del piso el 29 de diciembre de 1982 y tras haber sido requerido, a través de su madre, también acusada, para que otorgase la escritura pública correspondiente, vendiéndose en el intermedio, de acuerdo con los propietarios, a favor de los padres de los primeros compradores, que ya habían pagado el precio de la compra.

En la estafa típica el contrato engañoso se pacta con el engañado, mientras que en la del art. 582.2.º no ocurre así, pretendiendo con tal adición el resultado de impago en perjuicio del rematante y un beneficio del agente para eludir el cumplimiento de su obligación. Porque, en definitiva, la simulación no es otra cosa que la declaración apa-

rente, emitida de acuerdo con otra parte con la finalidad de engaño u ocultación a terceros, ya que no cabe duda de la inautenticidad intrínseca del documento posterior notarial, pues se trata de una compraventa sin precio, que ya había sido pagado en el contrato anterior y sin causa, que ha sido revestido de la apariencia y ropaje contractual con la finalidad torticera expresada.

Como ha dicho la Sentencia de este Tribunal de 15 de marzo de 1990, el contrato de compraventa otorgado bajo fe notarial, pero sin una voluntad contractual subyacente, tuvo la finalidad de consolidar en su madre y coacusada, así como en su padre, ya fallecido, una situación dominical en perjuicio de derechos declarados a favor del que-rellante a una mitad indivisa de un piso.

El delito de alzamiento de bienes, que en el motivo se plantea alternativamente respecto al de estafa, no concurre en este supuesto ya que, en todo caso, se trataría de una conducta impune por tener que estimarse como un simple agotamiento del delito de estafa precedente, como ya recogió esta Sala en su Sentencia de 27 de marzo de 1991.

NOTICIARIO

NUEVA CATEDRATICA DE DERECHO PENAL

Tras haber superado las pruebas de acceso al Cuerpo de Catedráticos de Universidad, ha obtenido la Cátedra de Derecho Penal doña Mercedes Alonso Alamo, en la Universidad de Burgos.

FASCICULO I

SECCION DOCTRINAL

Págs.

<i>La victimología ante las persecuciones a Ignacio de Loyola y los jesuitas</i> , por Antonio Beristain	5
<i>Código Penal y Ley Orgánica</i> , por Joan Josep Queralt	49
<i>Algunas cuestiones en torno al delito de realización arbitraria del propio derecho</i> , por María José Magaldi	85
<i>El quebrantamiento de condena. Una propuesta legislativa: la frustración de la pena</i> , por N. Corcoy Bidasolo	113
<i>El principio de inherencia del artículo 59 del Código Penal</i> , por Emiliano Borja Jiménez	165

CRONICAS EXTRANJERAS

<i>Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas</i> , por Günther Jacobs	213
<i>Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno</i> , por el profesor Winfried Hassemer	235

SECCION LEGISLATIVA

<i>Disposiciones</i> , sección elaborada por la redacción de la Revista	251
---	-----

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

<i>Aspectos procesales de la autorización judicial necesaria para la esterilización de los incapaces que adolezcan de graves deficiencias psíquicas. Consulta sobre si es imprescindible la anotación de las condenas en los registros de naturaleza del penado. Criterio de competencia territorial en los supuestos del delito establecido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/84. Indemnizaciones por daños personales derivados de accidentes de circulación. Medidas de seguridad predelictuales. Notificación de sentencias absolutorias en procesos por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas a las Jefaturas de Tráfico. Atribuciones y competencias de los fiscales delegados de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas. Sobre garantías en las autorizaciones judiciales de internamiento de extranjeros sometidos a procedimientos de expulsión. Criterios de actuación en los supuestos de infracciones contra el orden social. Notificaciones de sentencias y resoluciones judiciales a las personas que no han sido parte en procesos en los que se les conceden indemnizaciones. Sobre algunas cuestiones procesales en los delitos de tráfico ilegal de drogas y estupefacientes</i>	311
---	-----

Indice

Págs.

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sección dirigida por Santiago Mir Puig: «Robo con toma de rehenes, utilización ilegítima de vehículos a motor y detenciones ilegales», por Ujala Joshi Jubert</i>	349
<i>Jurisprudencia constitucional, por Antonio González Cuéllar García ...</i>	365
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por José Luis Manzanares Samaniego</i>	399

NOTICIARIO

<i>Nueva catedrática de Derecho Penal</i>	459
---	-----

INDICE

	<i>Págs.</i>
SECCION DOCTRINAL	
<i>La victimología ante las persecuciones a Ignacio de Loyola y los jesuitas</i> , por Antonio Beristain	5
<i>Código Penal y Ley Orgánica</i> , por Joan Josep Queralt	49
<i>Algunas cuestiones en torno al delito de realización arbitraria del propio derecho</i> , por María José Magaldi	85
<i>El quebrantamiento de condena. Una propuesta legislativa: la frustración de la pena</i> , por N. Corcoy Bidasolo	113
<i>El principio de inherencia del artículo 59 del Código Penal</i> , por Emiliano Borja Jiménez	165
CRONICAS EXTRANJERAS	
<i>Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas</i> , por Günther Jacobs	213
<i>Ravags y crisis del Derecho Penal moderno</i> , por el profesor Winfried Hassemer	235
SECCION LEGISLATIVA	
<i>Disposiciones</i> , sección elaborada por la redacción de la Revista	251
CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO	
<i>Aspectos procesales de la autorización judicial necesaria para la esterilización de los incapaces que adolezcan de graves deficiencias psíquicas. Consulta sobre si es imprescindible la anotación de las condenas en los registros de naturaleza del penado. Criterio de competencia territorial en los supuestos del delito establecido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 8/84. Indemnizaciones por daños personales derivados de accidentes de circulación. Medidas de seguridad predelictuales. Notificación de sentencias absolutorias en procesos por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas a las Jefaturas de Tráfico. Atribuciones y competencias de los fiscales delegados de la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del Tráfico Ilegal de Drogas. Sobre garantías en las autorizaciones judiciales de internamiento de extranjeros sometidos a procedimientos de expulsión. Criterios de actuación en los supuestos de infracciones contra el orden social. Notificaciones de sentencias y resoluciones judiciales a las personas que no han sido parte en procesos en los que se les conceden indemnizaciones. Sobre algunas cuestiones procesales en los delitos de tráfico ilegal de drogas y estupefacientes</i>	311
SECCION DE JURISPRUDENCIA	
<i>Comentarios a la jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , sección dirigida por Santiago Mir Puig: «Robo con toma de rehenes, utilización ilegítima de vehículos a motor y detenciones ilegales», por Ujala Joshi Jubert	349
<i>Jurisprudencia constitucional</i> , por Antonio González Cuéllar García ...	365
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por José Luis Manzanares Samaniego	399
NOTICIARIO	
<i>Nueva catedrática de Derecho Penal</i>	459

